



UNIVERSIDAD DE GRANADA

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA UNIÓN EUROPEA

ASPECTOS INTERNOS Y DINÁMICAS
EXTERNAS DEL DISCURSO
SECURITARIO

Doctorando: Lucas J. Ruiz Díaz

Directores: Prof. Dr. D. Diego J. Liñán Nogueras
y Prof. Dr. D. Pablo J. Martín Rodríguez

Granada, septiembre de 2015

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales
Autor: Lucas Jesús Ruiz Díaz
ISBN: 978-84-9125-349-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/41230>

El doctorando, D. Lucas J. Ruiz Díaz, y los directores de la tesis, Dr. D. Diego J. Liñán Nogueras y Dr. D. Pablo J. Martín Rodríguez,

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo se han respetado los derechos de otros autores a ser citados cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, 31 de agosto de 2015

Directores de la Tesis

Fdo.: Diego J. Liñán Nogueras y
Pablo J. Martín Rodríguez

Doctorando

Fdo.: Lucas J. Ruiz Díaz

La presente Tesis Doctoral ha sido presentada para la obtención del Título de Doctor, con Mención Internacional, en el marco del Programa Oficial de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada, bajo la dirección de los Doctores Diego J. Liñán Nogueras, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, y Pablo J. Martín Rodríguez, Profesor Titular, ambos de la Universidad de Granada.

A la memoria de mi abuela Ángeles, por más de mil motivos.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo constituye la síntesis de más de ocho años de investigación sobre la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Este (largo) período comenzó, en 2006, gracias a una Beca de Investigación predoctoral concedida en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía, *La problemática jurídico-internacional derivada de los fenómenos actuales de la globalización económica y social, y de la integración europea* (SEJ 725), cuyo investigador principal fue el Prof. Dr. Diego J. Liñán Nogueras, a quien aprovecho la ocasión para presentarle mi más sincera gratitud y admiración por su afecto y magisterio durante estos años.

Asimismo, mención especial en este turno de agradecimientos merece el Prof. Dr. Pablo J. Martín Rodríguez, por sus amables, juiciosas y pertinentes observaciones y consejos a lo largo de todo este período, que han venido a consolidarse posteriormente tras su incorporación a la Dirección de la tesis en el último y más importante tramo de la investigación doctoral. Sin su incansable —y no siempre grata— labor desde los inicios de esta aventura, este trabajo no hubiese llegado a ser presentado para su defensa.

Este agradecimiento es extensible al resto de mis compañeros y compañeras del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, quienes, de una u otra forma, me han apoyado, aconsejado y alentado durante esta extensa investigación.

Por otra parte, este trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración de otras personas a las que he tenido el placer de conocer durante estos años en el marco de esta investigación. Especialmente, he de agradecer las aportaciones de los miembros del Groupe de Recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP, Bruselas), así como de los funcionarios y expertos de Eurojust, del Parlamento Europeo y de la Comisión, quienes han contribuido a contrastar hipótesis y recabar información en la elaboración de esta tesis doctoral.

No sería juicioso terminar este apartado sin dedicar unas palabras de agradecimiento a mis padres, hermana y a Juanma, por su apoyo diario y la confianza que han depositado en mí, haciéndome menos “solitaria” la labor investigadora.

Almuñécar, a 18 de agosto de 2015

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA	Acuerdo de Asociación
AEA	Acuerdo Euromediterráneo de Asociación
ALPC	Armas Ligeras y de Pequeño Calibre
AOD	Ayuda Oficial al Desarrollo
ARYM	Antigua República Yugoslava de Macedonia
CETS	Council of Europe Treaty Series
CoE	Consejo de Europa
COSI	Comité Permanente de Seguridad Interior
COT	Crimen Organizado Transnacional
CPJP	Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal
DDR	Desarme, desmovilización y reinserción
DM	Decisión marco
ECIM	European Criminal Intelligence Model
EES	Estrategia Europea de Seguridad
EEMM	Estados miembros
EEUU	Estados Unidos
EIXM	European Information Exchange Model
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
ESI	Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea
Eurojust	Unidad Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal
Europol	Oficina Europea de Policía
FRONTEX	Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa
GRETA	Grupo de Expertos sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos
IBM	Integrated Border Management, Gestión Integrada de Fronteras
IEV	Instrumento Europeo de Vecindad

JAI	Justicia y Asuntos de Interior
JIT	Joint Investigation Teams, Equipos Conjuntos de Investigación
OCTA	Organized Crime Threat Assessment
OLAF	Oficina de Lucha contra el Fraude
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONUDD	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PEV	Política Europea de Vecindad
PCC	Política Comercial Común
PCD	Política Comunitaria de Cooperación al Desarrollo
PCSD	Política Común de Seguridad y Defensa
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PNR	Passenger Name Record
RICO	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations
RSS	Reforma del Sector de la Seguridad
SIS	Sistema de Información Schengen
SOCTA	Serious and Organized Crime Threat Assessment
SPG	Sistema de Preferencias arancelarias Generalizadas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VIS	Visa Information System

Resumen

Durante las dos últimas décadas, la Unión Europea (UE) ha jugado un papel central en la lucha contra el crimen organizado transnacional (COT) tanto a nivel interno como internacional. Establecido en los comienzos como un complemento al mercado interior y la libertad de movimiento de personas, el conjunto de medidas tomadas en la UE para luchar contra el COT constituye en la actualidad uno de los elementos principales del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). En este marco, la Unión ha impulsado el establecimiento de cierta política “común” para luchar contra el COT en su espacio interno basada en diferentes instrumentos transversales e inter-pilares destinados a atajar esta “nueva” amenaza, incorporando actores novedosos en la escena institucional y el embrión de un Derecho penal puramente europeo. Es precisamente en este último punto en el que se observa el uso instrumental del Derecho penal que ha venido ejerciendo la Unión en los últimos decenios, aduciendo la necesidad de profundizar en la integración comunitaria para atajar el COT de una forma más eficaz sin que, por ello, las instituciones tengan un conocimiento claro del fenómeno delictivo y su alcance, ni exista una política criminal común consistente. Más bien, al contrario, la Unión ha proporcionado un marco transnacional relativamente complejo debido a presiones domésticas (agendas internas de Estados miembros e instituciones, opinión pública, medios de comunicación, etc.) y externas (“guerras” contra la droga y el terrorismo de Estados Unidos, medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo) apoyándose en una retórica securitaria impulsada por el discurso oficial de las instituciones europeas y las agencias del ELSJ, lo que ha dado como resultado un complejo entramado de medidas que han incrementado el alcance del Derecho penal como un elemento más de las políticas de seguridad estatales y de la UE, transformando incluso su propia naturaleza como medida de último recurso.

Este modelo de gestión multinivel de la seguridad contra el COT funciona no solamente a nivel interno, sino que, igualmente, interactúa con las relaciones exteriores de la Unión y despliega una fuerte influencia sobre las jurisdicciones y política interior de terceros Estados. Esta particularidad le ofrece a la UE nuevas dimensiones para actuar en el exterior como un actor internacional relevante en la *transnacionalización* del Derecho penal y ejercer de esta forma influencia en las relaciones internacionales

como un actor *normativo*, comprometido con la lucha contra el COT. Sin embargo, al mismo tiempo, este rol internacional sirve a la consecución de sus propios objetivos de seguridad contra lo que es percibido como una “amenaza exterior”. Es decir, puesto que el discurso oficial reitera el carácter eminentemente externo del COT, desde el principio se consideró indispensable actuar globalmente con el fin de reforzar su seguridad interior frente a las amenazas derivadas de la globalización del crimen. Por tanto, si bien la Unión no jugó un papel central en la aprobación de los principales estándares legales internacionales, como la Convención de Palermo y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional contra el blanqueo de capitales, pronto se convirtió en uno de los más fervientes partidarios de su adopción e incorporación al ordenamiento interno por parte de terceros Estados. Asimismo, estos estándares legales internacionales y otras medidas de seguridad para luchar contra el COT forman parte de la dimensión exterior de las políticas relacionadas con el ELSJ en otros ámbitos, como la inmigración y el asilo, y representa un punto esencial en sus relaciones exteriores con los países candidatos a la adhesión y terceros Estados. Lo que es más, la UE “exporta” su modelo multinivel de gobernanza de seguridad interior contra el COT al promover su propio *acquis* legal por medio de sus políticas exteriores y la cada vez más activa agenda internacional de sus “agencias”, así como a través de las misiones y operaciones de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD).

Independientemente de la supuesta legitimidad de la intervención de la UE en el exterior para luchar contra el COT a través de los múltiples instrumentos a su disposición, es cada vez más evidente que su acción externa en este ámbito ejerce un efecto “perverso” en el papel que la Unión busca en la escena internacional como actor global. Así, la UE es identificada por terceros Estados y la doctrina (especialmente, europea), entre otros calificativos, como un “poder civil” (Duchêne, 1972), “proveedor de seguridad” (Tardy, 2009), “potencia normativa” (Manners, 2002), o “poder transformador” (Grabbe, 2005) en la escena internacional y, especialmente, en su entorno geográfico próximo. El propósito de la “hiperactividad” exterior de la Unión, no obstante, obedece a otros intereses cortoplacistas: busca reforzar su seguridad interior como objetivo pragmático y, de cierta forma, “egoísta”, exteriorizando sus propias metas en la lucha contra el COT a través de una panoplia de instrumentos y actores, por lo general descoordinados en su acción exterior y desconectados del interlocutor tercero con el que se relacionan.

Summary

During the last two decades, the European Union (EU) has played a driving role combating transnational organized crime (TOC) both internally and at the international level. Launched initially as a complement to the internal market and the freedom of movement, the set of measures taken at the EU level to fight TOC represents nowadays one of the main constituents of the broader *area of freedom, security and justice* (AFSJ). Within this framework, the Union has encouraged the establishment of some kind of “common” policy to counter TOC domestically, based upon many different cross- and inter-pillar instruments to tackle this “new” threat, introducing innovative actors in the institutional scene and the embryo of a purely European criminal law. As regards the latter point, the EU has made an instrumental use of criminal law arguing the need for a stronger European integration to fight TOC more effectively, even though it neither had a clear understanding of the phenomenon and its scope, nor a common, consistent criminal policy. Quite the opposite, the Union has provided for a transnational, comprehensive legal framework due to domestic (Member States and institutions’ own agendas, public opinion, mass media, etc.) and external pressures (e.g., U.S. counter-terrorism policy, United Nations, anti-money laundering measures) backed by the securitarian rhetoric of the official discourse of the European institutions and JHA agencies, having as a result a set of legal measures that have increased the scope of criminal law as a means of national and EU security policies, changing its very nature.

This EU security model to fight TOC acts not only internally, but also has a strong influence upon, and interacts with, its external policies and third States’ jurisdictions and politics. This particularity offers the EU new dimensions to act abroad, bringing opportunities to become a relevant international actor and influence international relations through the increased use of criminal law —along with the exchange of personal information and data with third parties; notwithstanding that, at the same time, this international role serves it to preserve its own security against what are perceived as “external threats”. That is, since the official discourse reiterated that TOC was primarily an external threat, from the very beginning it became indispensable to act globally in order to reinforce its internal security. Therefore, and although the Union *per se* did not play a central role in the adoption of the main international standards (e.g. the Palermo Convention and the FATF Recommendations on anti-money laundering), it has been one of the main supporters of the adoption of these international norms, calling for their

ratification in its relations with third countries. In addition, these international legal standards and other security measures fighting TOC are part of the external dimension of many EU policies related to the AFSJ and a substantial point in its external relations with candidate countries and third States. Furthermore, the EU “exports” its multilevel model of internal security governance against TOC, promoting its own legal *acquis* through its external policies and the increasingly manifest external agenda of its “agencies”, as well as through its Common Security and Defence Policy (CSDP) missions and operations.

Regardless the alleged legitimacy of the EU intervention abroad to fight TOC through the multiple instruments at its disposal, it is becoming more and more evident that this external action in the field of criminal law is having a noticeable effect on the international role the Union seeks for. The EU is perceived *inter alia* as a “civilian power” (Duchêne, 1972), a “security provider” (Tardy, 2009), a “normative power” (Manners, 2002), or a “transformation power” (Grabbe, 2005) by third parties and (mostly, European) doctrine. However, the purpose of the EU external “hyperactivity” in this area serves other short-term interests: it mainly seeks for strengthening internal security in a more pragmatic, somehow “selfish” goal, externalizing EU security goals in fighting TOC through a set of different, uncoordinated means and actors that hamper the achievements of other long-term objectives.

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA UNIÓN EUROPEA

INTRODUCTION.....1

CAPÍTULO I CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: IDENTIFICACIÓN Y TRATAMIENTO INTERNACIONAL.....18

- 1. El delito transfronterizo y los orígenes de un embrionario Derecho penal transnacional.....20**
 - 1. Los comienzos del ilícito transfronterizo y el papel promotor de los Estados-nación e imperios coloniales.....21*
 - 2. La represión internacional del delito transnacional y la privatización del ilícito transfronterizo.....29*
 - 3. ¿Hacia un Derecho transnacional penal?32*

- 2. La influencia del discurso securitario de la década de 1990 en la expansión de un concepto criminológico originariamente estadounidense.....35**
 - 1. El nacimiento del concepto: la influencia de la doctrina en el imaginario popular y la legislación estadounidenses (y viceversa).....36*
 - 2. La repercusión en Europa del discurso estadounidense.....45*
 - 3. La progresiva transnacionalización del fenómeno y la internacionalización de la respuesta penal. El papel del resurgido debate securitario.....51*

- 3. Hacia la necesaria desmitificación del fenómeno. Ensayo de definición del crimen organizado transnacional y distinción con otros delitos.....56**
 - 1. Elementos característicos del crimen organizado transnacional.....57*
 - 2. Distinción con otros delitos y evolución paralela de la respuesta internacional.....66*
 - A) Criminalidad organizada transnacional y delitos económicos.....67*
 - B) Criminalidad organizada transnacional y terrorismo.....71*
 - C) Criminalidad organizada transnacional y corrupción.....80*

- 4. Tratamiento jurídico internacional: la Convención de Naciones Unidas como marco de referencia.....83**
 - 1. El camino hacia la Convención de Naciones Unidas. El discreto papel de la Unión Europea.....84*
 - 2. Los principales elementos de la Convención. Definiciones y tipificación de participación en organización criminal.....92*

3. Delitos secundarios o instrumentales. La tipificación (exhaustiva) de un fenómeno multiforme.....	101
4. La respuesta proactiva de la Convención: la mejora de las normas procesales, la prevención, la investigación y la cooperación internacional.....	107
5. La protección de testigos en la Convención, piezas clave en la investigación del crimen organizado.....	125
6. Los Protocolos, ¿adicionales o imprescindibles para la supresión del fenómeno?	128
7. Principales lagunas del marco onusiano.....	135
5. El marco regional de lucha contra el crimen organizado y sus repercusiones transfronterizas. La necesaria compleción del sistema de Naciones Unidas.....	142
1. La labor contra la criminalidad organizada realizada por el Consejo de Europa como órgano precursor de la cooperación regional a nivel paneuropeo.....	143
2. La Organización de Estados Americanos y el crimen organizado en América Latina y Central.....	148
3. La represión del crimen organizado en otras regiones.....	154
6. Reflexiones finales del Capítulo I.....	159

CAPÍTULO II LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA UNIÓN EUROPEA. Entre urgencia de actuación y ausencia de política criminal “común”: el Derecho penal como respuesta.....

1. La lucha contra el crimen organizado como elemento de la estrategia de seguridad de la Unión Europea. Los antecedentes.....	165
1. Seguridad interior”, “orden público” y “espacio”. ¿Sentando las bases para un homeland security europeo por oposición al enemigo exterior?.....	166
2. Hacia una primera aproximación al objeto: La Estrategia de Seguridad Interior.....	175
3. La identificación del crimen organizado transnacional como amenaza a la seguridad europea. Trazos del discurso securitario en el debate europeo.....	186
4. La traslación del discurso securitario en el Derecho de la Unión. Los precedentes.....	195
2. Los actores, ¿piezas clave en el funcionamiento de la política “común” contra el crimen organizado o continuadores del discurso securitario?.....	201
1. Entre impulso y control: el rol de las instituciones en el establecimiento y desarrollo de los actores y de la política “común” contra el crimen organizado.....	202
2. La importancia de los actores en la efectiva implementación de la lucha contra el crimen organizado.....	209

3. <i>Europol y la cooperación policial en la Unión Europea en materia de crimen organizado transnacional</i>	215
4. <i>La cooperación judicial en la Unión Europea, ¿tiene carácter verdaderamente supranacional la investigación del delito transfronterizo?</i>	224
5. <i>La contribución de Frontex a la política “común” contra el crimen organizado transnacional</i>	232
3. El marco jurídico de la lucha contra el Crimen Organizado en la Unión. La tipificación de pertenencia a organización delictiva	237
1. <i>Objetivos de la Decisión marco: las expectativas sin cumplir</i>	238
2. <i>Definiciones y elementos de referencia</i>	244
3. <i>Ámbito material de la Decisión marco</i>	253
4. <i>Las sanciones: los mínimos requeridos</i>	257
5. <i>La inclusión de una cuestión controvertida: las circunstancias especiales o atenuantes</i>	262
6. <i>La responsabilidad de las personas jurídicas</i>	265
7. <i>Contradicciones, ambigüedades y protección de los derechos fundamentales</i>	268
4. Hacia la concreción jurídica del fenómeno criminológico y de su persecución en la Unión Europea. La implicación de organización delictiva como agravante	277
1. <i>La protección de los intereses financieros de la Unión y de la integridad del sistema financiero frente a la actividad del crimen organizado: medidas contra el fraude, la falsificación del euro y el blanqueo de capitales</i>	278
2. <i>La lucha contra el tráfico ilícito de drogas</i>	288
3. <i>La protección del medio ambiente a través del Derecho penal y su relación con el crimen organizado: la delincuencia medioambiental</i>	292
4. <i>Otros comercios ilícitos que afectan al mercado interior: la protección del patrimonio cultural y de los derechos de propiedad intelectual</i>	296
5. <i>Entre mercado interior y política exterior: los tráfico ilícitos de armas y de diamantes</i>	301
6. <i>La represión de la trata de seres humanos: tras los pasos del Protocolo de la Convención de Palermo</i>	309
7. <i>La sanción de la ayuda a la inmigración y residencia ilegales, ¿lucha contra las organizaciones delictivas o contra el “indocumentado”?</i>	316
8. <i>Ciberdelincuencia: la incursión de las organizaciones delictivas en el mundo virtual</i>	323
9. <i>La lucha contra la piratería marítima, ¿un nuevo subtipo de delincuencia organizada?</i>	331
5. La incidencia de la lucha contra el crimen organizado transnacional en el Derecho procesal. Los medios especiales de investigación y persecución del delito	336
1. <i>Cuestiones introductorias. El principio de reconocimiento mutuo como piedra angular del espacio judicial europeo</i>	337

2. <i>La búsqueda de una mejora en la cooperación judicial intracomunitaria en materia procesal. Especial referencia a la jurisdicción para conocer de los delitos</i>	343
A. <i>Primeros pasos hacia la integración comunitaria en materia de obtención y transferencia de pruebas, reconocimiento de sanciones y detención</i>	343
B. <i>La resolución de conflictos de jurisdicción en el seno del espacio judicial europeo. Normas mínimas, viejos problemas</i>	347
3. <i>La lenta aproximación de los derechos procesales del inculpado. La asignatura pendiente de la integración comunitaria</i>	351
6. El papel de las autoridades de aplicación de la ley en la represión del crimen organizado transnacional. Hacia un cambio de modelo en la gestión de la seguridad	357
1. <i>El cambio de paradigma en la represión del crimen organizado transnacional y otras amenazas a la seguridad: el modelo de inteligencia penal europeo</i>	359
2. <i>El progresivo refuerzo de la cooperación policial contra el crimen organizado transnacional. La introducción de medios de investigación “proactiva” del delito</i>	371
3. <i>Fronteras y aduanas: la gestión integrada de las fronteras exteriores como elemento de lucha contra el crimen organizado transnacional</i>	381
4. <i>La responsabilidad de las Unidades de Inteligencia Financiera y de los agentes privados en el mantenimiento de la seguridad pública</i>	390
7. Las medidas preventivas en la política “común” contra el crimen organizado	396
1. <i>Atajar el beneficio. El decomiso de los productos del delito como elemento clave para prevenir las actividades delictivas de la criminalidad organizada</i>	397
2. <i>La prevención de la drogodependencia y de otros delitos relacionados con el mantenimiento del orden público europeo. Reducir la demanda de bienes y servicios ilícitos</i>	403
3. <i>La prevención en otros ámbitos delictivos. Radicalismo y delincuencia juvenil, pasos previos al crimen organizado?</i>	407
8. Reflexiones finales Capítulo II	414
 CAPÍTULO III LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA – Límites y contradicciones al papel de la UE como actor normativo en su entorno próximo	
1. La identificación del crimen organizado transnacional como prioridad de la acción exterior de la Unión. Proteger el espacio interno del “enemigo exterior”	422
1. <i>Dos dinámicas paralelas, un único objetivo: el refuerzo de la seguridad interior</i>	423

2. <i>La inclusión de la lucha contra la criminalidad organizada en la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La proliferación de estrategias</i>	430
3. <i>La relevancia del entorno próximo en el imaginario europeo: los Balcanes occidentales, el Este de Europa y otros “focos de criminalidad” en el vecindario europeo</i>	443
4. <i>La agenda exterior propia de los actores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia</i>	452
5. <i>¿Existe una dimensión exterior única en la lucha de la UE contra el crimen organizado transnacional? Proliferación de actores, estrategias, políticas e instrumentos</i>	459
2. La acción exterior de la Unión a través del Derecho y la cooperación judicial. La diplomacia normativa como instrumento privilegiado en la prevención y lucha contra el crimen organizado	464
1. <i>El marco general de relaciones: entre cooperación reglada y “planes de acción”</i>	466
2. <i>La tipificación de determinados delitos relacionados con el crimen organizado en los Balcanes occidentales y Turquía. La perspectiva europea como motor de cambio</i>	473
3. <i>La relevancia de las reformas legales en la Política Europea de Vecindad. Entre asociación e imposición de prioridades</i>	485
A) <i>Los principios cardinales de la PEV: flexibilidad, condicionalidad y asociación</i>	487
B) <i>Europa del Este</i>	492
C) <i>Cáucaso meridional</i>	498
D) <i>Ribera sur del Mediterráneo</i>	503
4. <i>El exiguo papel de Eurojust en la cooperación judicial con terceros Estados y el ambiguo régimen de las unidades de investigación financiera</i>	511
5. <i>Entre imposición de reformas y “resocialización” institucional. Límites de la diplomacia normativa europea</i>	517
3. La cooperación en el ámbito del law enforcement. El elemento activo de la acción exterior europea	521
1. <i>De la cooperación policial internacional a la extensión del modelo europeo de prevención y lucha contra el crimen organizado en los países del vecindario</i>	522
2. <i>Lucha contra el crimen organizado a través del refuerzo de los servicios aduaneros y de fronteras de terceros Estados. La implementación del IBM en los países vecinos</i>	534
3. <i>El trasfondo securitario de la Política común de (In)migración de la UE. Imposición de reformas y acuerdos de readmisión</i>	546
4. La acción exterior de la Unión a través de otras políticas. La externalización “pura” de los objetivos de lucha contra el crimen organizado	558
1. <i>Las operaciones coordinadas por Frontex en el exterior. La extraterritorialidad de la lucha contra el crimen organizado transnacional</i>	559
2. <i>La contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa a la seguridad interior</i>	571
3. <i>La securitización de la ayuda oficial al desarrollo. Un paso más en la promoción del modelo de seguridad europeo</i>	582

4. <i>La política comercial, ¿factor de desarrollo o de cambio en materia de seguridad?</i>	590
5. Reflexiones finales Capítulo III.....	595
GENERAL CONCLUSIONS	600
BIBLIOGRAFÍA	616

INTRODUCTION

The development of common measures against [Transnational Organized Crime] within the EU is closely related to the development of relevant international instruments, with the Union increasingly emerging as an international actor in the globalisation of criminal law. However, at the same time international (hard and soft law) instruments have had a significant impact on the development of internal EU law in the field.¹

Preliminary remarks

As already debated by Heads of State and Government in 1994 at the Naples World Conference, since “organized crime was evading national controls, decisive and urgent international action was needed to counter it”². For that reason, international efforts to suppress this type of cross-border criminality —different but, in some cases, linked to terrorism and international (core) crimes³— have been a constant feature long before the adoption, in 2000, of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC or Palermo Convention). In addition to international efforts in the United Nations General Assembly and regional organizations to counter TOC globally, many States (e.g. USA, Canada, Italy, Belgium and Germany) passed in the 1990s pieces of legislation that have largely influenced this transnational legal framework and the response of the European Union (EU) in the early 21st century; a response that is decided to place criminal law at the disposal of security policies.

In fact, we perceive as a consequence of this raising international concern to counter TOC the increasing use of criminal law to deal with security issues at the national and international levels, being the Palermo Convention just one of the legal instruments adopted in the last decades taking that approach. Indeed, influenced by the “war on drugs” of the U.S.A. in the 1980s and some national legislations in Europe,

¹ SCHERRER, A., MÉGIE, A. and MITSILEGAS, V., *The EU role in fighting transnational organized crime*, study requested by the European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), February 2009, Brussels, p. 11, available at: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN> [Accessed 30 June 2015].

² UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Annex “Report of the World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime”, A/49/748, 2 December 1994, paragraph 31.

³ See Chapter I.

during the last two decades there has been a substantial extension in the use of criminal law to fight TOC without properly considering the increase of effective means to foster international police cooperation and innovative criminal investigations and prosecution measures as alternative or complementary means, transforming as a consequence the very nature and scope of criminal law and criminal policies ⁴.

Having in mind this instrumental approach of criminal law, the international community has established a network of international and regional treaties in order to fight TOC jointly. Ranging from those legal instruments dealing with specific crimes to those that promote a general scope, these treaties criminalize different activities linked to organized criminal groups, providing common definitions and instruments aimed at preventing and punishing TOC in its various manifestations. Moreover, these conventions include (*soft law*) provisions to foster international police and judicial cooperation, as well as preventive measures, with the aim of providing a comprehensive approach to counter TOC. In the case of the Palermo Convention, it also foresees the criminalization of other instrumental crimes that fuel TOC in certain regions, such as corruption, obstruction of Justice and money laundering. Nevertheless, due to the fact that the criminal activities of organized groups are not yet considered an international crime against Humanity, these legal instruments are only binding upon the signing parties, giving as a result —as Neil Boster named it— a sort of *transnational* criminal law ⁵, in between International Criminal Law and national legislations. Therefore, this transnational criminal law imposes certain obligations upon the jurisdictions of the signing parties to effectively prevent and deter criminal activities of “international concern”, most of the time poorly implemented at national level and affecting considerably individual procedural rights constitutionally recognized without national parliaments having a say in their transposition into domestic law.

⁴ Adherents of this theory are, *inter alia*, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. and VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 85-126; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 6, Vol., 3, 2004, pp. 1-34, available at: <http://criminnet.ugr.es/recpc> [Accessed 30 June 2015]; MITSILEGAS, V., “The Transformation of Criminal Law in the ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Yearbook of European Law*, Vol. 26, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford – London, 2007, pp. 1-32.

⁵ BOISTER, N., “‘Transnational Criminal Law’?”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 5, 2003, pp. 953-976.

The European continent has echoed this approach and copied most of the measures established at the international arena to fight TOC putting at stake many of its constitutional values and principles. In particular, the EU has established an ever closer transnational criminal law and related measures to counter TOC that challenges the equilibrium between *liberty* and *security*, calling for the efficiency and urgency in its action against this kind of cross-border criminality. Although fighting organized crime entered into the agenda of the European integration since the establishment of the informal group TREVI III in the mid-80s, the new security environment in the 1990s and the assumed negative effects of globalisation brought a different dimension to the conception of security and a renewed voluntarism amongst European politicians, leading to the endorsement of the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) as a priority objective for the EU in the 21st century. According to the official discourse of the European institutions and agencies, criminal activity had become transnational, evading national jurisdictions and reducing authorities' ability to arrest criminals. *Transnational* organized crime (TOC), unlike old forms of cross-border criminality, was now perceived as a risk to international security and to the principles of Western democracies, including the EU and its Member States. "Combating" TOC became, thus, a priority on the international political agenda, being the Union one of its main promoters both domestically and abroad.

In just ten years, the EU has developed a "common" policy against TOC clearly marked by an institutional *securitarian discourse* promoted by European institutions and agencies —with the collusion of some Member States, driven by their own internal political agendas. It did so without defining a common criminal policy ⁶ or even having a clear, common understanding of the criminal phenomenon and its scope. Encouraged by the European Council and the international general consensus to fight TOC, the EU has established a legal and institutional framework with cross- and inter-pillar scope to tackle this "new" threat, introducing innovative actors in the institutional scene, new policing methods, as well as the embryo of a purely European criminal law that

⁶ Due to its lack of competence in criminal law until the entry into force of the Lisbon Treaty, the European Commission only launched this debate on defining an EU criminal policy in 2011. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Social and Economic Committee and the Committee of the Regions – Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, COM (2011) 573 final, Brussels, 20.9.2011.

provides common definitions of *Eurocrimes*⁷ and sanctions. Therefore, the “Europeanisation of the (perceived) threats has been the central incentive (and crucial legitimizing argument) to reinforce and institutionalize the already existing European cooperation in [the] field” of Justice and Home Affairs (JHA)⁸. A construction of threats and European responses that “may deter the EU from seeking to ‘desecuritize’ the issues of organized crime and illegal immigration in the longer term”⁹, precisely because it is the basis for the construction of the Union’s multilevel model of internal security governance and, in particular, its “common” policy against TOC, characterized by the use of vague terms and poorly defined internal and (especially) external competences, lacking strategic thinking and excessively focused in the use of Criminal Law as instrument of its security policy.

That Europeanization of threats has been, thus, an essential part of the EU “common” policy against TOC, along with “externalisation”¹⁰ of its internal security objectives¹¹. The Union has not only established a legal and institutional framework domestically. Since the official discourse insists on TOC being primarily an external danger¹², from the very beginning it became indispensable to act globally in order to reinforce its internal security and protect the *European public order* from what the EU considers to be “external threats”. Therefore —and although the Union *per se* did not play a central role in the adoption of the main international standards (e.g. the Palermo Convention and the Financial Action Task Force Recommendations on anti-money

⁷ KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, IUS Communitatis Series, Vol. 2, Intersentia, Antwerp, 2009.

⁸ ANDERSON, M. and APAP, J., “Changing Conceptions of Security and their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation”, *CEPS Policy Brief*, No. 26, October 2002, p. 4, available at: <http://www.ceps.be> [Accessed 30 June 2015].

⁹ MITSILEGAS, V., MONAR, J. and REES, W., *The European Union and Internal Security. Guardian of the People?*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2003, p. 51.

¹⁰ “Externalisation. Through a series of distinct but connected processes, all the main traditional ‘internal threats were re-conceptualised, and the external (extra-European) origin or dimension of each of them was emphasised, both in qualitative and in quantitative terms. Within law enforcement agencies, and frequently in political discourse, the idea of a security continuum was advanced making connections between broad categories of activities: terrorism, drug trafficking, organised crime, trans-frontier crime, illegal immigration, asylum seekers, and some minority ethnic groups”. ANDERSON, M. and APAP, J., “Changing Conceptions of Security and their Implications...”, *loc. cit.*, Footnote 8, p. 3.

¹¹ MONAR, J., “The EU's Externalisation of Internal Security Objectives: Perspectives after Lisbon and Stockholm”, *International Spectator*, Vol. 45, No. 2, June 2010, pp. 23-39.

¹² Specially in the first Europol threat assessments —basis for the intervention of the EU, the references made to the foreign origin of the members of criminal groups is recurrent. For more details, see Chapter II. Sharing this opinion, CARRAPICO, H., “The External Dimension of the EU’s Fight against Organized Crime: The Search for Coherence between Rhetoric and Practice”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9, No. 3, 2013, pp. 460-476.

laundering), it has been one of the main supporters of the adoption of these international norms, calling in its relations with third countries for their ratification and the strengthening of their police and judicial institutions. In addition, these international legal standards and other security measures fighting TOC are part of the external dimension of many EU policies related to the AFSJ and a substantial point in its external relations with candidate countries and third States even in other non-security areas, such as common trade and development aid policies. Furthermore, the EU “exports” its “common” policy against TOC by the promotion and, in some cases, implementation of its own legal *acquis* abroad through the means of its external policies—including through its Common Security and Defence Policy (CSDP) missions and operations—and the increasingly evident external agenda of JHA agencies.

The externalization of the EU policy against TOC poses various problems. Regardless the alleged legitimacy of the EU intervention abroad to fight TOC through the multiple instruments at its disposal and the consequences of its action in the internal affairs of third countries, it is becoming more and more evident that its external action is having a noticeable effect on the international role the Union seeks for, as well as in the effective coordination and the achievement of the somewhat divergent objectives of its different external policies. In International Relations and European studies, the EU is perceived *inter alia* as a “civilian power”¹³, a “security provider”¹⁴, a “normative power”¹⁵, or a “transformation power”¹⁶ by third parties and (mostly, European) doctrine. However, the purpose of the EU external “hyperactivity” in countering TOC and, generally speaking, JHA serves other short-term interests: it mainly seeks for strengthening internal security in a more pragmatic, somehow “selfish” goal, externalizing EU security goals in fighting TOC through a set of different, uncoordinated means and actors that hamper the achievements of other long-term objectives.

¹³ DUCHÊNE, F, “Europe’s Role in World Peace”, MAYNE, Richard (ed.), *Europe Tomorrow: Sixteen Europeans Look Ahead*, Fontana, London, 1972, pp. 32-47.

¹⁴ TARDY, T. (Ed.), *European Security in a Global Context. Internal and external dynamics*, Contemporary Security Studies, Routledge, Oxon, 2009.

¹⁵ MANNERS, I., “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40., No. 2, 2002, pp. 235-258.

¹⁶ GRABBE, H., *The EU's Transformative Power: Europeanization through Conditionality in Central and Eastern Europe*, Palgrave, 2005.

Convenience and purpose of the research

Analyzing EU's "common" policy against TOC is pertinent for the study of European Law and International Relations in several ways. Firstly, despite the establishment of a legal and institutional framework to counter TOC, there is no common perception of what *organized crime* is at the EU level, nor it is endorsed by a coherent EU criminal policy. What today might be seen as a policy to counter TOC lacks strategic thinking and a common understanding of the nature and scope of the problem, resulting in different approaches depending on the Member State. Whereas some countries have implemented comprehensive norms to halt the criminal activities of organized criminal groups —e.g. by criminalizing participation in a criminal organization—, other Member States show no real concern on the seriousness these criminal groups may cause to the wealth of their economies and to the lives of their citizens (and foreigners). Therefore, as confirmed by the Internal Security Strategy, the EU understands organized crime and, generally speaking, internal security in broad terms having a clear negative side effect: ambiguity in the terms of the official discourse. As we will perceive in our study, this deliberately ambiguous discourse may be the result of an unsuccessful attempt to achieve a common understanding of the phenomenon, but it also represents a major instrument at the disposal of the European institutions and JHA agencies to increase the competences of the EU and its intervention in such a complex area, with the connivance of some Member States interested in "Europeanizing" its own security agenda.

Secondly, despite being at the top of EU's political agenda since the mid-1970s and the "urgency" of providing a common response, it is interesting to note that fighting TOC has not become a full "common" policy in its own, achieving limited results. There is still some reluctance to deepen certain aspects of security issues such as organized crime that undermines its scope, coherence and effectiveness. For instance, internal security maintenance has been kept in the Lisbon Treaty as a matter under the direct responsibility of Member States ¹⁷. Moreover, even though the extensive use the

¹⁷ Art. 4, § 2 of the Treaty on the EU (TEU):

"The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities [...]. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State."

Art. 72 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), Title V, Area of Freedom, Security and Justice:

Union has done of criminal law as an element of its security policy against TOC, there are loopholes in EU legislation that deserve further attention, *inter alia* in the provision of procedural measures. Furthermore, the intervention of the EU in countering TOC focusing on the use of criminal law has resulted in side effects, such as the criminalization of other illicit/illegal activities and the increase of the penalties established at national level for the *Eurocrimes* defined under this “common” policy. This is true for the way the Union deals with drug traffickers and consumers, but also for other “crimes” allegedly related to organized crime (e.g. illegal/irregular immigration or crimes against intellectual property).

Thirdly, the external dimension of this “common” policy raises the question of how the EU behaves in international relations —that is, coherence among divergent objectives of its various policies, final aim, political opportunism and opportunities/risks of its intervention, and so on. Contrary to other regional organizations, the EU is extending its security governance model against TOC to third countries, using all the instruments and policies at its disposal to do so, most of the time interfering with their domestic affairs or contravening the objectives of other Union’s external policies. Besides becoming an international actor in the security field ¹⁸, the main reason is to protect its internal security from risks perceived to be external to the Union. In particular, according to the threat assessments published by Europol, TOC originates mainly in the Western Balkans, Eastern Europe and the Sahel countries or cross their territories heading to the internal market, as it has been the case of the approach taken by the EU anti-drug trafficking policy. In consequence, its external action aims at curbing or stopping this trend through different means that compete with the objectives set for other EU policies and third States’ preferences. In fact, in its search for ensuring its own internal security, the Union encounters several domestic and external constraints, incoherencies and contradictions, partly due to the vagueness of its

“This Title shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.”

¹⁸ See, for instance, RENARD, T., “The European Union: A New Security Actor?”, *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS 2014/45, 2014; TARDY, T., “The European Union, a Regional Security Actor with Global Aspirations”, TARDY, T. (Ed.), *European Security in a Global Context: Internal and external dynamics*, Routledge, 2009, pp. 17-36; ZWOLSKI, K., “The European Union as a Security Actor: Moving Beyond the Second Pillar”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 5, No. 1, 2009, pp. 82-96.

official discourse, the means used in fighting TOC and the reluctances of Member States to share their sovereignty in such a sensitive field.

Fourthly, most of the studies on the external projection of EU's internal security have just considered either general aspects of JHA¹⁹ or counter-terrorism²⁰. Fighting TOC abroad has become a major issue for European institutions in the last decade, increasingly becoming mainstreamed in most of the external policies of the EU. However, it has received little attention from practitioners and academic writers. Only few exceptions that we include in our research consider the external dimension of fighting TOC as a topic in its own, aiming at trying to explain *why* and *how* the Union is acting abroad against criminal organizations and its related criminal activities.

The aim of this research is, thus, to study how the “common” policy against TOC has been constructed domestically and how it works abroad, its means and rationale, the legal framework on which it relies and the consequences of this approach upon Member States' jurisdictions and the external relations of the Union. Therefore, it is neither the aim of this research to scrutinize the national implementation of EU Law, nor the way it affects internal policing of TOC and some of its linked criminal activities; there are already some academic examples of this kind of research²¹. Furthermore, it is neither the main goal of our study to analyse the role of the EU in the development of international norms, nor the construction of definitions of what *organized crime* is

¹⁹ For instance, *vid.* CREMONA, M., MONAR, J. and POLI, S. (Eds.), *The external dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, 13, P. I. E. Peter Lang, Brussels, 2011; LAVENEX, S. and WICHMANN, N., “The External Governance of EU Internal Security”, *European Integration*, Vol. 31, No. 1, January 2009, pp. 83-102; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Security and Foreign Action in the European Union: the increasing importance of the External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice”, *Journal of the Higher School of National Defense Studies*, No. 0, 2012, pp. 127-146; TRAUNER, F. and CARRAPIÇO, H., “The external dimension of EU Justice and Home Affairs after the Lisbon Treaty: Analysing the Dynamics of Expansion and Diversification”, *European Foreign Affairs Review*, Vol.17, No. 2, part 1, 2012, pp. 1-18; WOUTERS, J., COPPENS, D., and DE MEESTER, B., “The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty”, GRILLER, S. y ZILLER, J. (Eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer-Verlag Wien, Vienna, 2008, pp. 143-204.

²⁰ *Inter alia*, KEOHANE, D., “The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, No. 1, January 2008, pp. 125-146; KAUNER, C., “The External Dimension of EU Counter-Terrorism Relations: Competences, Interests, and Institutions”, *Terrorism and Political Violence*, Vol. 22, No. 1, 2010, pp. 41-61.

²¹ For example, CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Springer, Heidelberg, 2010; WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations pénales: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2004; WEYEMBERGH, A. and SANTAMARIA, V., *The evaluation of European Criminal Law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Editions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2009.

according to the academia. All these questions, however, will be raised during the research, especially to draw the attention to the scarce efficiency of the adopted EU legislation in harmonizing Member States' norms and practices and how the current legal loopholes could be filled with a correct transposition of international norms into Community law. On the other hand, EU's role in developing international norms and standards has been rather modest compared to the influence exercised by some of its Member States, sometimes acting individually as members of international fora (e.g. FAFT or the United Nations Security Council). Maybe its main contribution is perceived in terms of putting pressure upon third States to adopt international norms domestically. Finally, scholars have been prolific in constructing theories and definitions of TOC that will come to the fore in our analysis. Nevertheless, we are going to "reconstruct" our own definition for the sake of clarity in the use of terms in this research, working on those proposed by some scholars across different disciplines, in order to *demystify* it —organized crime is not necessarily what we see in the movies; and provide a basis for understanding the criminal phenomenon in legal and operational terms throughout our study. That is, in our reconstruction of the term, we will outline the main elements that characterize TOC and distinguishes it from other cross-border crimes (structured criminal organization, leadership, division of tasks, criminal activities, and so on), endowing our analysis with a common definition of this specific criminal phenomenon to ensure that every time that we make reference to it we have in mind these particular characteristics.

Research hypothesis

The EU has constructed over the last decade a "common" policy to counter TOC domestically and abroad that has a strong influence on its external relations and third States' jurisdictions and politics. To do so, the Union has, on the one hand, made increased use of criminal law in its approach to counter TOC, along with the exchange of personal information and data among civil and public security authorities for security purposes. As we perceive, both instruments are essential parts of the "common" policy against TOC calling for the "urgent" establishment of measures to counter transnational criminal groups and their activities. The EU has, therefore, made an instrumental use of criminal law arguing the need for a stronger European integration to fight TOC more

effectively, even though it had neither a clear understanding of the phenomenon nor a common, consistent criminal policy. Quite the opposite, the Union has provided for a transnational, comprehensive legal framework due to domestic (Member States and institutions' preferences, public opinion, mass media, etc.) and external pressures (e.g., U.S. counter-terrorism policy, United Nations, anti-money laundering measures) backed by the securitarian rhetoric of the official discourse of the European institutions and JHA agencies. This approach, however, has a negative side effect on the protection of fundamental rights domestically and at the EU level, having changed the nature and scope of criminal law as an *ultima ratio* in the intervention of Member States and the role of national parliaments in the implementation of this legislation, nowadays mere observers of the transposition of this set of “exceptional measures” to fight TOC that have an impact on the entire population —not only the criminals. As Anarte Borrallo states, “tanto la criminalidad organizada como el control que de ella se pretende representan grandes peligros para [los valores e instituciones que se pretenden proteger]”²².

Moreover, the EU has externalized its own model to counter TOC as a means to reinforce its domestic efforts to suppress this criminal phenomenon. As Jörg Monar argued, the Union has “increasingly “externalised” its internal security objectives through various forms of external action, transforming itself into an external actor in its own right on internal security issues”²³. However, these security concerns are not purely internal to the EU or its Member States, but transnational in their scope and very nature, such as people smuggling and human/arms trafficking reveal. In fact, what the EU has done these years is to crystallize in its own interest an international commitment to prevent and “combat” TOC by means of the externalization of its domestic preferences in countering particularly certain criminal activities linked with criminal organizations. To do so, the Union has, on the one hand, mainstreamed fighting TOC in its external relations and other policies having an external dimension, covering from those directly involved in safeguarding internal security and the *European public order* from (what are perceived external) threats to other external policies indirectly biased by

²² ANARTE BORRALLO, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, FERRÉ OLIVÉ, J., and ANARTE BORRALLO, E. (Coords.), *Delincuencia organizada; aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 13.

²³ MONAR, J., “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives: Perspectives after Lisbon and Stockholm”, *The International Spectator*, Vol. 45, No. 2, June 2010, p. 23.

the *security continuum* promoted by European institutions and JHA agencies. One of the main policies to achieve its objectives in terms of countering TOC abroad is Enlargement. Particularly since the 2004 and 2007 enlargements, the reforms of the security sector and the criminal justice system to comply with EU standards are an essential part of the *acquis* and, thus, compulsory to join the Union. However, there are also other policies not originally designed to deal with security issues that are nowadays essential for the EU to achieve its goals in countering TOC abroad, such as development and commercial policies. Moreover, the creation of the CSDP has been marked since the beginning for its potential contribution to fight terrorism (Article 43, § 1 TEU) and its real, although somewhat improvised involvement in policing TOC on the field.

On the other hand, to achieve its goals abroad the EU has also promoted at the same time its image as *normative power* —embedded into the official discourse of the European institutions, hardly contested internally²⁴; that is “its ability to shape conceptions of «normal» in international relations” acting accordingly²⁵. Relying on the transnational criminal law adopted in international fora, such as the Palermo Convention and the Conventions of the Council of Europe, the Union has tried to compel third States to adopt these transnational norms domestically also disseminating its own norms almost in a unidirectional way. As Ian Manners stated in the case of EU abolitionist policy, the Union has diffused its internal preferences “through *procedural* membership conditions, *informational* common strategies, and the *overt* role of EU delegations... [seeking] to redefine international norms in its own image”²⁶, as well as its partners’ preferences. As we will analyze throughout this study, these elements

²⁴ MANNERS, I., “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, No. 2, 2002, pp. 235-258; MANNERS, I., “The normative power of the European Union in a globalised world”, LAIDI, Z., *EU Foreign Policy in a Globalized World. Normative power and social preferences*, Routledge, Oxon-New York, 2008, pp. 23-37. Additionally, TOCCI, N. (Ed.), *Who is a Normative Foreign Policy Actor? The European Union and its Global Partners*, Centre for European Policy Studies, 2008, available at: www.ceps.eu [Accessed 30 June 2015].

Along the lines of the aforementioned authors, see the special Issue on the exportation of the EU’s Model of Governance of the *European Foreign Affairs Review*, Vol. 10, Issue 4, 2005, pp. 451-602.

²⁵ MANNERS, I., “Normative Power Europe...”, *loc. cit.*, Footnote 24, p. 239.

In its hypothesis, Ian Manners argues that “the EU as a normative power has an ontological quality to it —that the EU can be *conceptualized* as a changer of norms in the international system; a positivist quantity to it —that the EU *acts* to change norms in the international system; and a normative quality to it —that the EU *should* act to extend its norms into the international system”. MANNERS, I., “Normative Power Europe...”, *loc. cit.*, Footnote 24, p. 252.

²⁶ MANNERS, I., “Normative Power Europe...”, *loc. cit.*, Footnote 24, p. 252.

outlined by Manners are also clearly identifiable in the external dimension of the “common” policy against TOC.

There are, nevertheless, several negative consequences of the externalisation of the EU model to fight TOC. Firstly, the Lisbon Treaty confirms the limited scope and powers of the European Parliament to monitor the external dimension of the “common” policy against TOC and, generally speaking, on how the Union deals with security issues abroad. In particular, it lacks *ex ante* oversight as regards the activities carried out by JHA actors implementing this model domestically and abroad in their own relations with third States, is only consulted before the signature of international cooperation agreements, and exercises budgetary control over the whole policy against TOC by means of the adoption of programmes, activities and action plans. Moreover, as a side effect of its external activity, the recipient third countries have implemented into national legislation foreign laws and standards without further adaptation to local needs. Particularly in those acceding countries, there is no thoughtful discussion within national parliaments upon the legislative proposals, generally presented by the Executives as essential instruments that need to be adopted in order to fulfil their foreign policy agendas and the international commitments taken by their diplomats and politicians. In other cases, these third States have no other real option than to accept EU legislation because of countermeasures or “benefits” in other areas, such as commercial preferences or Community-funded cooperation projects. This Executive-driven exercise has challenged the traditional legislative process and the balance of powers in a clearly sensitive area for the protection of fundamental rights and, therefore, taking the right to effective legal protection at the centre of the public debate. This has been clearly perceived in the 2004-2007 enlargements. Today, however, the implementation of the EU model to counter TOC has further implications as regards the Western Balkans, Turkey and other potential candidate countries, still on the path towards stable institutions and democratic consolidation. Last but not least, because of all these negative consequences, the externalization of the EU model to counter TOC challenges the democratic principles and constitutional values that inspired the European integration and are alleged to be the guidelines for EU external action (Arts. 21 TEU and 205 TFEU ²⁷). Furthermore, it damages its role as a neutral *normative power* and a

²⁷ Art. 21, § 1 TEU

reliable partner in international relations since its short-term goals in fighting TOC abroad may even conflict with the long-term objectives of other external policies and their specific targets, as well as with third States' domestic preferences and politics.

Methodology and structure of the research

This research embraces International and European Law, Political Science and International Relations, paying particular attention to the influence of the official discourse on the development of the EU model to fight TOC. The research will be focused, thus, on the official discourse delivered by the European institutions and agencies in different documents, as well as in the analysis of the legal texts, joint programmes, threat assessments, common strategies and action plans established to fight TOC at the EU level. In addition to endorse the construction of a “common” policy against TOC domestically, all these documents show the twofold intention pursued by the EU in externalising its security model: on the one hand, the Union pretends to gain some influence in international affairs becoming a “model” in fighting TOC because its legal framework is perceived as a highly developed instrument for cooperation in police and criminal matters; on the other hand, its primary goal is to complement its model to counter TOC by providing a means to “transform” other actors in its own interest, protecting the *European public order* from risks mainly perceived as external to the European space.

Our research will privilege the analysis of the official discourse, the institutional and legal frameworks, the decision-taking patterns and processes. For that reason, we base our study on the work of several legal and internationalist scholars from different areas, political scientists and criminologists. Our analysis will be mainly based on

“The Union’s action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.

The Union shall seek to develop relations and build partnerships with third countries, and international, regional or global organisations which share the principles referred to in the first subparagraph. It shall promote multilateral solutions to common problems, in particular in the framework of the United Nations”.

Art. 205 TFEU

“The Union’s action on the international scene, pursuant to this Part, shall be guided by the principles, pursue the objectives and be conducted in accordance with the general provisions laid down in Chapter 1 of Title V of the Treaty on European Union”.

Moravcsik's *intergovernmental liberalism*²⁸, but it will also include its main critics from neofunctionalist scholars that point out the need for also taking into account the preferences of the European institutions and the *feedback* of Europeanization²⁹. In our research, it is clear that the institutional dynamics have played a central role in the construction of the “common” policy against TOC and its increasing interest in acting externally, extending its security model abroad; therefore, we will pay particular attention to the role of the European institutions and their preferences, EU decision-making procedures and governance, and their official securitarian discourse, along with the Europeanization of Member States' domestic preferences and bargain power at EU level either through the European institutions (European Council, Council of Ministers) or acting as individual Member States. Additionally, our analysis is based on the legal studies that have raised their concerns as regards the rapidly expanding use of criminal law as an essential element of this “common” policy against TOC³⁰. Finally, and particularly as regards the third Chapter on the external dimension of fighting TOC, we take into account in our research theories of the European integration that understand the EU as a system of governance³¹.

We do not pretend to deny that the EU is, somehow, a *normative power* when fighting TOC abroad in the terms defined by Ian Manners. Nevertheless, we conceive it

²⁸ “By bringing together theories of preferences, bargaining and regimes, liberal intergovernmentalism provides plausible accounts for many aspects of the major decisions in the history of the EC in a way that is sharply distinct from neofunctionalism. Where neo-functionalism emphasizes domestic technocratic consensus, liberal intergovernmentalism looks to domestic coalitional struggles. Where neo-functionalism emphasizes opportunities to upgrade the common interest, liberal intergovernmentalism stresses the role of relative power. Where neo-functionalism emphasizes the active role of supranational officials in shaping bargaining outcomes, liberal intergovernmentalism stresses instead passive institutions and the autonomy of national leaders. Ironically, the EC's ‘democratic deficit’ may be a fundamental source of its success”. MORAVCSIK, A., “Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 31, No. 4, December 1993, p. 518.

²⁹ See, for instance, COWLES, M. G., CAPORASO, J. and RISSE, T. (Ed.), *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*, Cornell University, New York, 2001; FORSTER, A., “Britain and the Negotiation of the Maastricht Treaty: A Critique of Liberal Intergovernmentalism”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, No. 3, September 1998, pp. 347-368; POLLACK, M. A., “International Relations Theory and European Integration”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 39, No. 2, June 2001, pp. 221–244; SMITH, S., “International theory and European integration”, KELSTRUP, M. and WILLIAMS, M. (Ed.), *International Relations Theory and the Politics of European Integration. Power, Security and Community*, Routledge, London, 2000, pp. 33-55; WINCOTT, D., “Institutional Interaction and European Integration: Towards an Everyday Critique of Liberal Intergovernmentalism”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 33, No. 4, December 1995, pp. 597-609.

³⁰ See Footnote 4 above for references.

³¹ *Inter alia*, see LAVENEX, S., and SCHIMMELFENNIG, F. (Eds.), *EU External Governance. Projecting EU rules beyond membership*, Routledge, Oxford, 2010.

from a realistic perspective, arguing that the Union is neither neutral nor altruistic in performing its role in international affairs. Quite the opposite, the EU pursues its own security purposes in its relations with third States even if the priorities of both parties are not aligned, as it has been the case in the promotion of its goals as regards migration issues³². As Zaki Laïdi wonders, “does [the ambiguous concept of European norms] express a sort of European virtue claiming universal validity or is it a weapon in the hands of Europe to promote its own interests?”³³. Therefore, it is far from clear the legitimacy of the EU to adopt the role of *normative power* when it comes to fighting TOC abroad, especially in its relations with neighbouring countries and accession candidates —main targets of its “common” policy. However, we are of the opinion that the EU does not behaves like a *neo-medieval empire*, as argued by Jan Zielonka³⁴, because of the own limits of its action abroad and internal constraints that refrain the Union from acting unilaterally in international relations in such a way.

In addition to a deep review and thoughtful analysis of the literature, several interviews have been conducted with professionals from both the academia and the European institutions and agencies in order to contrast the main hypothesis and the readings, as well as to clarify some concepts and the official discourse. Before entering into the details, however, it is important to highlight the difficulties of conducting this research, resulting *inter alia* from the different terms, conceptions and uses given to the general concept of *organized crime*; the difficulties in quantifying it; its changing, evolving nature and the differentiation with international crimes and related offences; the myths and idealisation of the criminal gangs in the movies and the literature; or the need for open, reliable sources. Moreover, there is a lack of serious research studies based on rigorous data and away from the studies conducted by criminologists and

³² See, for instance, DUEZ, D., *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Institut d'Études européennes – Université libre de Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, Brussels, 2008.

³³ LAÏDI, Z., “European preferences and their reception”, LAÏDI, Z., *EU Foreign Policy in a Globalized World. Normative power and social preferences*, Routledge/Garnet Series: Europe in the World, Oxon – New York, 2008, p. 1.

³⁴ “A neo-medieval empire would be in a good position to stabilize the external environment, manage the presence of overlapping structures of power, and facilitate the flow of goods, services, and people throughout the EU's borders. [...] neo-medievalism is already the dominant pattern in the enlarged EU [...]. The Union is on its way to becoming a neo-medieval empire with soft borders in flux, cascading socio-economic discrepancies, multiple cultural identities, and a polycentric government”. ZIELONKA, J., *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 166-167.

police authorities that rely mainly on statistics and convictions. Therefore, the first step is to *deconstruct* and *construct* our vision of the criminal phenomenon.

Our analysis is divided into three main chapters. The first one is devoted to the thoughtful analysis of the doctrine and the transnational legal framework in order to *demystify* the criminal phenomenon and provide a grid of analysis to understand what TOC is and how it has been dealt in different international fora. The study of the doctrine is relevant because the EU has constructed the “common” policy against TOC upon the thesis of criminologists and legal practitioners, echoing in its official discourse their “warnings” about the dangers posed by TOC to the *European public order*. As it was the case in several Member States and third countries, the doctrine had an impact on the construction of threats at the EU level, becoming the basis for the increased Community intervention in fighting TOC. On the other hand, the European institutions have taken many elements of the Palermo Convention into its own legal framework, along with other transnational and regional legal instruments that have been adopted and adapted to EU and its Member States’ preferences during the last decade. Nevertheless, they did it without transposing all the necessary elements, selecting carefully those fields more likely to become part of European integration and joint efforts to counter TOC within the EU framework.

In the second chapter we analyse the “common” policy against TOC: its official discourse, Europeanization of threats throughout threat assessments, legal and institutional framework, crime policing and prevention, etc. Step by step, even though there was a lack of general reference to *organized crime* in the treaties establishing the Union ³⁵, the EU has gained a shared competence in a field of security that today is finally confirmed by the Lisbon Treaty (*inter alia*, Art. 83 TFEU ³⁶). The use of ambiguous terms in dealing with TOC has been central in its configuration and progressive development of its institutional and legal competences, along with the

³⁵ The Maastricht Treaty just made reference to *serious forms of international crime* in the field of police cooperation (*ex Art. K.1 TEU*).

³⁶ Article 83 TFEU (*ex Art. 31 TEU*),

“1. The European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis.

These areas of crime are the following: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime”.

In the field of police cooperation, Article 87 TFEU.

incessant recourse made by the institutions to the necessity of protecting EU principles and constitutional values from (what are conceived as) external threats. As we quoted at the beginning of this Introduction, international (hard and soft law) instruments have had a significant impact on the development of internal EU law against TOC, but the EU model is particular and has evolved differently and with some margin of autonomy from the international fora; despite the loopholes in certain areas, it forms a more or less coherent set of transnational norms and actors aiming at fighting TOC domestically as well as abroad. The Union has not, nevertheless, played that assumed central role in the development of relevant international instruments, but followed a rather modest, regionally focused approach.

The third and final chapter, therefore, explores how the EU model to fight TOC has been externalized and, as a side effect, how it contravenes the objectives of other external policies and third States' politics. As we argue, the Union mainly seeks for enhancing its "common" policy to counter TOC and strengthening internal security by the externalization of its security goals through a set of different, uncoordinated means and actors that hamper the achievements of other long-term objectives. In order for the "common" policy against TOC to be effective, it has been argued by the European institutions and JHA actors the need for the EU to play a stronger, more consistent role abroad, as already outlined in the European Security Strategy (2003). Therefore, especially since the mid-2000s, the Union has mainstreamed its policy against TOC in its different external policies—even in those not originally designed to tackle security issues, such as commercial and development aid policies. Nevertheless, this securitarian approach has resulted in the erosion of its main goals and the dilution of the EU's commitments in other areas of its international role despite the self-proclaimed *normativity* of its actions in international relations. Moreover, the improvisation of the external dimension of this "common" policy has been a by-product of the increased action of institutions, actors and Member States—somehow "schizophrenic"³⁷—with their own preferences and *ad hoc* priorities, without clearly clarifying *a priori* their roles and common strategies in a consistent manner.

³⁷ CARRAPICO, H., "The External Dimension of the EU's Fight against Organized Crime...", *loc. cit.* Footnote 12, p. 461.

CAPÍTULO I

CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: IDENTIFICACIÓN Y TRATAMIENTO INTERNACIONAL

El término *crimen organizado*, en sus diferentes acepciones y formulaciones (“delincuencia organizada”, “ilícito transfronterizo”, “crimen organizado transnacional”, “delito serio”, etc.)¹, ha sufrido a lo largo de casi un siglo de existencia una evolución y mutación similar a la experimentada por las propias manifestaciones criminales de los grupos delictivos, auspiciados en un primer momento por los propios Estados (*vid. infra*, epígrafe primero). Identificado por primera vez por la Criminología y la Sociología, el concepto ha sido teorizado y criticado, al mismo tiempo que se ha ido afianzando progresivamente hasta convertirse en un término de uso común en la doctrina. Esta universalización del concepto se ha concretado en su codificación en los diferentes ordenamientos estatales, pasando de ser un término criminológico a tener unas implicaciones en el Derecho penal interno de difícil justificación para muchos críticos con la extensión del discurso “securitario” al ámbito penal (epígrafe segundo). A pesar de las diferencias en las respuestas penales nacionales, o precisamente a causa de este hecho, la Comunidad Internacional ha intentado ofrecer una respuesta común

¹ Desde el Derecho Penal, se habla de *delincuencia organizada*, mientras que los términos “crimen organizado” (*organised crime*) o “criminalidad organizada” son generalmente empleados en las definiciones internacionales y de los ámbitos criminológicos. A este respecto, *vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el análisis”, SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 39.

Por otra parte, resulta conveniente aclarar que, en nuestro estudio, *delito/ilícito transfronterizo* y *delito grave* serán aspectos diferentes de la delincuencia transfronteriza que no necesariamente están relacionados con el crimen organizado. En primer lugar, existe un delito transfronterizo desde el momento en el que un delincuente comete un acto tipificado como tal e implica cruce de fronteras jurisdiccionales en un momento dado, ya sea en la planificación, ejecución o repatriación de beneficios, por ejemplo. Estos delitos pueden ser cometidos por una persona o por un grupo organizado. En el caso de los delitos graves, generalmente se atiende a la gravedad del delito según la sanción o pena establecida en el código penal relevante al caso. Esta tipología es especialmente utilizada en el Reino Unido y ha sido integrada al lenguaje de la Unión Europea, en ocasiones como sinónimo de delincuencia organizada. No obstante, hemos de discrepar de esta práctica asimilación, pues consideramos que, por ejemplo, el terrorismo internacional es un delito grave, pero no encaja en la clasificación de delincuencia organizada que empleamos en nuestro estudio.

ante este fenómeno delictivo que no solamente se centre en sancionar determinadas actividades ilícitas transnacionales, sino también prevenirlas desde un enfoque multidisciplinar, amplio y con carácter innovador respecto de instrumentos internacionales anteriores, centrados exclusivamente en la represión de delitos de manera aislada y basados en la responsabilidad individual del infractor. Esta respuesta internacional ha intentado acomodarse a la realidad del fenómeno delictivo organizado aportando los elementos básicos para su sanción y prevención, además de convertir la cooperación internacional en un elemento esencial en la represión de este fenómeno delictivo transfronterizo (epígrafe cuarto).

La universalización del concepto y la transnacionalización de la respuesta de la Comunidad Internacional, principalmente a través del Derecho, han alterado el panorama criminológico y penal “clásico”, planteando numerosas interrogantes sobre el papel del Derecho penal en el mantenimiento de la seguridad pública estatal o la protección de determinados principios básicos de esta rama del Derecho, como el *principio de culpabilidad*. Es lo que algunos autores califican, en el marco estatal o comparado, de *normalización de la excepción*² o *Derecho penal de la seguridad ciudadana*³. No obstante, a pesar de esta “revolución” en los conceptos y finalidad del Derecho penal hasta convertirlo en un elemento más de la política de seguridad de los Estados, el impulso del discurso “securitario” a nivel internacional, especialmente desde principios de la década de los 90 del siglo pasado, ha posibilitado el desarrollo de un Derecho *transnacional* penal internacional y regional, objeto de análisis en esta primera Parte, en el que se ha basado la respuesta de la Unión Europea (UE) ante el crimen organizado transnacional. Asimismo, la Unión ha contribuido, de una u otra forma, al desarrollo de este Derecho transnacional penal, claramente impulsado por las agendas internas de sus instituciones y Estados miembros, defendiendo su relevancia como instrumento al servicio de la seguridad de los Estados y la necesidad de positivar toda una serie de obligaciones para con la tipificación del fenómeno y la cooperación internacional (epígrafe cuarto).

² CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant – L. G. D. J., Bruselas – París, 2007.

³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

1. El delito transfronterizo y los orígenes de un embrionario Derecho penal transnacional

A lo largo de la Historia, el ilícito transfronterizo ha conocido diversas formas e, incluso, distintas respuestas por parte de los Estados. Así, determinados actos que actualmente constituyen ejemplos de delitos transfronterizos comprendidos bajo el paraguas del término “crimen organizado transnacional” (COT) han existido durante siglos, constituyendo incluso actividades promovidas o toleradas por algunos Estados durante un período de la Historia como un instrumento más de sus relaciones internacionales. Es por ello que estos primeros ilícitos transnacionales no fueron tipificados como tales hasta una época reciente, en la que la Comunidad Internacional empieza a tomar conciencia acerca de las negativas consecuencias de estas actividades delictivas transnacionales, no solamente para con la protección de la seguridad —y soberanía— del propio Estado, sino también en su desarrollo económico y el bienestar de sus ciudadanos, por lo que cabe considerar a estas actividades ilícitas como “crímenes contra los intereses sociales y económicos”⁴ más que crímenes internacionales. En consecuencia, esta primera toma de conciencia, base de la respuesta actual, también es clave para comprender la diferenciación que se hace respecto de otros crímenes internacionales que sí reciben un carácter internacional y para los que la Comunidad Internacional ha previsto un Derecho internacional penal obligatorio *erga omnes*, frente al carácter convencional de los instrumentos de lucha contra el fenómeno ilícito transnacional que es objeto de nuestro estudio⁵.

⁴ BASSIOUNI, C., *Introduction au Droit pénal international*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 136-142.

⁵ Hemos de diferenciar este tipo de delitos de Derecho internacional de los *crímenes internacionales*, entre los que encontramos genocidio, crímenes *de lesa humanidad*, crímenes de guerra, y de agresión (Art. 5, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, 17.07.1998). Por su especial gravedad y trascendencia para el conjunto de la Comunidad Internacional, pues ataca a los valores mismos de su *ser*, la ilicitud y la sanción de un *crimen internacional* no están condicionadas a la ratificación de un tratado, sino que su fuerza deriva de su naturaleza de *ius cogens*, y de su obligada represión con efectos *erga omnes*. Así, en caso de violación por parte de un Estado de una norma considerada *esencial* para la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional, éste responde ante “la Comunidad Internacional en su conjunto”, no exclusivamente ante el Estado afectado (o los Estados perjudicados), y corresponderá, pues, a todos los Estados el perseguir este hecho ilícito —sea éste contra los valores que conforman las relaciones entre los Estados (crimen de agresión), sea contra los Derechos Humanos de sus nacionales o de terceros (genocidio, crimen de *lesa humanidad* o crímenes de guerra)—.

El Prof. Cassese ha incluido en esta lista determinadas “formas extremas de terrorismo internacional” o la tortura. *Vid.* CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª Edición, Oxford

1. Los comienzos del ilícito transfronterizo y el papel promotor de los Estados-nación e imperios coloniales

El fenómeno del *hecho ilícito transnacional* o con carácter transfronterizo ha sufrido una importante mutación a lo largo de los últimos siglos, propiciado por el impulso de las comunicaciones y de los intercambios comerciales. El desarrollo del transporte marítimo y el establecimiento de nuevas rutas posibilitaron el aumento de los intercambios comerciales internacionales, en los que mercancías y personas recibían en la mayoría de las ocasiones el mismo trato, al mismo tiempo que aparecían nuevas oportunidades de negocio —no siempre lícito—. No solamente observamos una mutación del fenómeno ilícito en sí, con una multiplicación de actividades de diversa naturaleza, consideradas legales durante siglos; también ha variado considerablemente la respuesta nacional e internacional ante dicho fenómeno: han pasado de ser prácticas toleradas —cuando no directamente impulsadas— por los propios Estados-nación

University Press Inc., Nueva York, 2008, p. 12. Sin embargo, el terrorismo internacional no ha pasado a formar parte de las competencias de la Corte Penal Internacional hasta fechas recientes, como tendremos oportunidad de analizar en el tercer epígrafe del presente Capítulo. Bajo el anterior régimen, se ponía el terrorismo en relación a un “ataque generalizado o sistemático” contra una población determinada (es decir, al igual que ocurre con la esclavitud, no es crimen autónomo). Por tanto, en un primer momento, el terrorismo internacional quedó relegado del listado por no conseguir el consenso necesario en la Conferencia de Roma, aunque se admitiera que pudiera formar parte de las competencias de la Corte Penal Internacional en un futuro (Punto E del Anexo I del Acta Final). Por su parte, el Prof. Bassiouni, partidario igualmente de incluir el terrorismo internacional en la lista de crímenes internacionales, es de la opinión de que la piratería marítima también debiera ser concebida como un crimen internacional, pues ha recibido este tratamiento tanto en derecho consuetudinario como convencional. *Vid.* BASSIOUNI, C., *Introduction au Droit penal...*, *op. cit.* en Nota 4, pp. 131-136. Algunos autores van más allá, e incluso plantean la posibilidad de introducir, como crimen contra la Humanidad, determinados tipos de corrupción transnacional. *Vid.* BANTEKAS, I., “Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), Oxford University Press, 2006, pp.466-484.

Los delitos de “preocupación internacional” analizados en el presente apartado, y a lo largo de este estudio, están cubiertos por una serie de tratados internacionales y resoluciones de diversas organizaciones internacionales, no por derecho consuetudinario o por normas imperativas de *ius cogens*, por lo que quedarían excluidos de ser calificados como *crímenes internacionales* o, según el nuevo Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, de *violaciones graves* (Artículo 40, A/56/10, Nueva York, 2001). Las excepciones vendrían dadas por la represión internacional de la piratería tradicional y, para algunos autores, de la esclavitud, que sí puede considerarse existe un derecho consuetudinario que las regula y que ha sido codificado a lo largo del siglo XX. *Vid.* para este último punto sobre el derecho consuetudinario y la esclavitud, RASSAM, A. Y., “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 1999, pp. 303-352. Asimismo, ninguno de los ilícitos expuestos en el presente trabajo, al contrario que en el caso de *crímenes internacionales/violaciones graves*, tiene la consideración de un ataque directo a un interés *fundamental* de la “comunidad internacional en su conjunto”, ni es directamente atribuible al Estado o a alguno de sus órganos (personales o colegiados) —aunque fuese el caso a lo largo de los siglos anteriores en determinados ilícitos internacionales—.

westfalianos e imperios coloniales, especialmente entre los siglos XVI y XVIII, a ser éstos quienes pretendan consensuar una respuesta internacional para reprimirlas, por considerarlas contrarias a la protección de la persona y, en cierto sentido, al propio orden internacional. Por ello, lo que podríamos considerar el germen del *ilícito transnacional*⁶, está constituido por una serie de infracciones específicas, de diversa naturaleza y con su propia evolución, a las que los Estados han ido respondiendo progresivamente a lo largo de la Historia. Dicha respuesta ha sido impulsada por un cambio en la percepción de este tipo de actividades y su consideración como delito, fruto de una nueva concepción de los Derechos Humanos y de la necesaria protección de los intereses de la Sociedad Internacional en su conjunto. En los últimos siglos, muchos son los ejemplos doctrinales, incluso contemporáneos a dichos ilícitos, que han clamado contra determinadas prácticas, especialmente contra la esclavitud⁷, consideradas contrarias al *ius gentium* y a la propia naturaleza humana. El progresivo impulso a la protección de los Derechos Humanos a nivel internacional, especialmente patente en el siglo XX, influyó decisivamente en la Comunidad Internacional para que determinara que este tipo de delitos constituye una aberración para el conjunto de la Humanidad, derivándose en este sentido una obligación de persecución y castigo —en algunos casos, con efectos *erga omnes*—, deber que una parte de la doctrina defiende como regla de derecho consuetudinario⁸.

⁶ En el presente epígrafe, nos limitaremos a exponer, sucintamente, los tres ilícitos transnacionales identificados por David Felsen y Akis Kalaitzidis, aunque añadiremos una perspectiva diferente así como otros delitos. Vid. FELSEN, D. y KALAITZIDIS, A., “A Historical Overview of Transnational Crime”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 2005, pp. 3-19.

Otros autores han reconocido en las actividades ilícitas de determinados actores (estatales o privados) algunos precedentes que podrían añadirse a esta lista, no exhaustiva, de precursores de la criminalidad organizada transnacional. Así, se pone como ejemplo que el gobierno de Japón era el principal proveedor del mercado ilegal de cocaína en el período de entreguerras (KARCH, S., *A Brief History of Cocaine. From Inca Monarchs to Cali Cartels: 500 Years of Cocaine Dealing*, 2ª Edición, Taylor & Francis, Boca Raton, Florida, 2006). Igualmente, vid. FIJNAUT, C. y PAOLI, L. (Eds.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Springer, Dordrecht, 2004.

⁷ Entre otros, los más destacados, Bartolomé De Las Casas y Francisco de Vitoria. Vid. CASAS, B. de las, *Historia de las Indias*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1986; RAMOS, D. et. al., *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca: la ética en la conquista de América*, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1984.

⁸ Sobre la ventaja del derecho consuetudinario sobre el multilateral para la prohibición de la esclavitud, vid, RASSAM, A. Y., “Contemporary Forms...”, *loc. cit* en Nota 5.

La esclavitud es una de las primeras contravenciones a los Derechos Humanos en aparecer en el panorama internacional ⁹, con una clara pervivencia en determinadas manifestaciones del ilícito transnacional actual. Aunque su práctica se remonta a la Antigüedad, el carácter propiamente transfronterizo del fenómeno podemos advertirlo en el Renacimiento, tras el descubrimiento del Nuevo Mundo y la circunnavegación del continente africano en el siglo XV. En esta época de colonialismo imperialista y, posteriormente, con la creación de los Estados-nación, las potencias europeas impulsaron la esclavitud y el comercio de esclavos durante los siglos XV–XVIII para apoyar la expansión colonial en los territorios conquistados en África y América. Durante estos siglos, las potencias coloniales europeas (especialmente, España, Portugal, Inglaterra, Francia y Países Bajos) reemplazaron con esclavos procedentes del África subsahariana a la mermada población local de las Américas —especialmente en las Antillas— como mano de obra en las plantaciones agrícolas, propiciando así trasvases de población de un área a otra que todavía hoy tienen repercusiones en el desarrollo de África ¹⁰ y en la introducción de la cultura y componentes sociales y étnicos africanos en el continente americano. Solamente siglos después el comercio esclavista dejaría de ser monopolio de las potencias colonizadoras para pasar a manos de “empresarios” privados, principalmente armadores holandeses, ingleses y franceses que, en los siglos XVII y XVIII, vieron en la esclavitud una clara oportunidad de negocio. El impulso a la protección de los Derechos Humanos, negados por el fenómeno esclavista, ocasionó, en consecuencia, un movimiento abolicionista a nivel internacional especialmente significativo a partir de finales del siglo XVIII ¹¹ y, en particular, tras las Revoluciones americana y francesa. No obstante, hasta principios del siglo XX la esclavitud no fue considerada un delito de obligada persecución por los

⁹ Para un análisis en profundidad del fenómeno esclavista a través de la Historia, *vid.* BALES, K., TRODD, Z. y WILLIAMSON, A., *Modern Slavery: The Secret World of 27 Million People*, Oneworld Book, Oxford, 2009; DECAUX, E., *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009; DELACAMPAGNE, C., *Histoire de l'esclavage: de l'Antiquité à nos jours*, Le Livre de Poche, París, 2002; DORIGNY, M. y ZINS, M. J. (eds.), *Les traites négrières coloniales: histoire d'un crime*, Éditions Cercle d'Art, París, 2009.

¹⁰ DIOP-MAES, L. M., “Historia de la Esclavitud. Consecuencias de la trata en el África subsahariana”, *Le Monde Diplomatique* (Edición Perú), diciembre de 2007, pp. 32-33.

¹¹ La Escuela de Salamanca, Hugo Grocio y otros clásicos ya advertían de la “inmoralidad” de este tipo de delitos, especialmente de la esclavitud. Esta primera oposición tendrá consecuencias, leves pero patentes, en la legislación de la época. Por ejemplo, Carlos V prohibió, por medio de las Nuevas Leyes de Indias (1542) que se utilizara a los nativos indios como esclavos y se ordenó su libertad, aunque no tuviera efectividad real ni acabaran con el traslado de esclavos a la Península Ibérica —arribando a Lisboa, por ejemplo, para evitar la prohibición de la Corona española—.

Estados a nivel internacional, los cuales, desde ese momento, deberían cesar sus actividades de comercio esclavista, además de serles exigibles actividades de prevención y represión penal de la esclavitud en todas sus formas.

La trata de esclavos constituye, pues, uno de los primeros delitos en adquirir unas considerables dimensiones internacionales, no solamente por el carácter transfronterizo del fenómeno, sino también por la respuesta de las autoridades nacionales e internacionales. La esclavitud pasa, por tanto, a comienzos del siglo XX a ser considerada un delito contrario a la efectiva protección de los Derechos Humanos, prohibición que fuera finalmente codificada por la Convención de Ginebra sobre la esclavitud, adoptada en 1926¹². Lejos de desaparecer, sin embargo, la esclavitud y el “comercio” sobre las personas persisten hasta nuestros días bajo diferentes manifestaciones y no necesariamente con carácter transnacional. La abolición de la esclavitud únicamente significó su ilegalidad a nivel internacional, no su erradicación ni su persecución penal en todos los ordenamientos nacionales. En la actualidad, la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de personas constituirían para algunos autores la “esclavitud del siglo XXI”, representando una parte muy lucrativa de las actividades ilícitas con carácter transnacional de algunos grupos delictivos y compartiendo muchas similitudes con la trata de esclavos de los siglos anteriores¹³.

El segundo ilícito transnacional en aparecer en la escena internacional fue la piratería marítima. Al igual que en el caso de la esclavitud, la piratería es una actividad pretérita que se remonta a los inicios de la navegación. Aunque era considerada una práctica delictiva poco más o menos desde el comienzo, la piratería fue impulsada por

¹² Completada por el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud (Nueva York, 07.12.1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 07.09.1956). Ambos textos son fruto de la prohibición de la esclavitud “en todas sus formas”, contenida en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14.12.1948.

¹³ Como afirma el Prof. Pérez Alonso, existe la diferencia fundamental de la relación jurídica o fáctica entre ambas formas de esclavitud, puesto que en la actualidad la persona no está considerada *res intra commercium* o sujeto a comercio. Sin embargo, comparten rasgos básicos, como el carácter transnacional, situación desigual o el trato degradante o inhumano. Vid. PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 61-73. No obstante, hemos de diferenciar los fenómenos de trata de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes, puesto que no son sinónimos y, por lo tanto, términos intercambiables. Mientras que el tráfico ilegal de migrantes es un delito contra el Estado y el vínculo que une a traficante y traficado se extingue una vez rebasadas las fronteras del Estado en cuestión, la trata de seres humanos es un crimen contra la dignidad de las personas por el hecho de ser *cosificadas* para explotarlas (sexual o laboralmente), por lo que la relación de dominación persiste, y no necesariamente existe ese elemento transnacional señalado —aunque en la mayor parte de las ocasiones la trata de seres humanos conlleve el cruce ilegal de fronteras nacionales—.

los Estados e imperios europeos durante los siglos XVI–XVIII o, cuando menos, apoyada desde instancias estatales, instigada por la competencia entre las potencias coloniales europeas tras el descubrimiento de América y las incursiones en el continente africano. La piratería, no obstante, constituye un ilícito perseguible desde hace siglos por cualquier Estado, por medio del instituto jurídico de la jurisdicción universal — aunque la mayoría de ordenamientos haya optado por invocar otros principios habilitantes de la jurisdicción extraterritorial, como la protección de nacionales y de los intereses del Estado—. La represión internacional de la piratería, con efectos *erga omnes*, es actualmente una práctica bien establecida y aceptada por la doctrina como única excepción a la libertad de navegación en alta mar, aunque solamente pudo ser codificada a mediados del siglo XX, por la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 29 de abril de 1958. Posteriormente, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) ¹⁴ confirma ¹⁵ la piratería como un delito de “preocupación internacional” y faculta —no obliga— a los Estados a reprimirla y perseguirla en aguas internacionales o no sujetas a jurisdicción estatal, arrestando y procesando a los piratas independientemente de su nacionalidad y, en su caso, confiscando los bienes en su haber. Por tanto, corresponde a las autoridades nacionales de cualquier Estado la represión de la piratería marítima, por considerarla una ofensa a los intereses conjuntos de la Comunidad Internacional ¹⁶.

En las últimas décadas ha irrumpido en la escena internacional un nuevo tipo de piratería, relacionado, principalmente, con el debilitamiento de las estructuras económicas y socio-políticas locales en determinadas áreas del planeta. Nuevas formas

¹⁴ Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982.

¹⁵ A pesar de la existencia de la piratería desde el inicio de la navegación marítima, solamente a principios del siglo XX encontramos dos proyectos de tipificación del delito, en 1926 y 1932, plasmados en la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 29 de abril de 1958 (en particular, su Artículo 15, relativo a la definición de actos de piratería, y el Artículo 19, sobre la facultad de persecución por parte de cualquier Estado). La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece el *deber de cooperar* en la represión de la piratería (artículos 100 a 107), que seguirá otorgando al Estado la posibilidad de apresar, si lo estima conveniente (empleo de los verbos modales: “...*may*...”, “...*shall*...”), todo buque sospechoso de cometer actos de piratería, sin necesidad de que haya cometido el delito, y con carácter universal, sin ningún nexo o título jurídico habilitante, por ejemplo, de nacionalidad activa o pasiva o de protección de sus intereses particulares.

¹⁶ A diferencia de la represión de los *crímenes internacionales*, el castigo de la piratería responde a la protección de un *interés común*, conjunto, de la Comunidad Internacional y no tanto a la protección de un valor jurídico supremo comunitario. Se pretende que la respuesta internacional, ejercida por los Estados, sea un ataque preventivo ante una amenaza, real o potencial, de un ataque a los intereses de alguno de los Estados, pues se considera al pirata como un *hostis humani generis*; es decir, un enemigo para toda la Humanidad.

de piratería han aparecido, o resurgido, en el siglo XXI, especialmente en el Golfo de Edén o el Estrecho de Malaca ¹⁷. Sin embargo, esta piratería de nuevo cuño responde a intereses distintos y emplea técnicas diversas, más sofisticadas y organizadas, para la comisión del acto ilícito. Particular atención merece en este contexto el caso de Somalia. Si antes la piratería tenía un propósito personal ¹⁸, principalmente el enriquecimiento, estas nuevas formas delictivas pretenden, además, presentar una alternativa al poder local, instaurando en el caso somalí, una especie de “gobierno paralelo”, presentándose ante la población local como el único poder legítimo que ha respondido ante la explotación de los recursos pesqueros por parte de empresas extranjeras y, en general, ante el “intervencionismo occidental” ¹⁹. Asimismo, en la actualidad el delito puede ser cometido en las aguas territoriales, sujetas a la plena jurisdicción de las instituciones del Estado, o en la Zona Económica Exclusiva, no necesariamente en alta mar o en *terra nullius* como venía siendo la práctica tradicional, lo que posibilita que su represión pueda llevarse a cabo, en el caso de Somalia, incluso en su propio territorio ²⁰. Por ello, las definiciones tradicionales de piratería, recogidas

¹⁷ Vid., por ejemplo, BACAS FERNÁNDEZ, J. R. *et al.*, *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, Madrid, 2009; CORDONNIER, I., « La piraterie en Asie du Sud-Est », CONESA, P. (Dir.), *Les relations internationales illicites. La Revue internationale et stratégique*, Núm. 43, PUF, París, otoño de 2001, pp. 48-54; JACOBS, P. C., “Combating maritime piracy: a regional framework for prosecution”, *Acta Criminologica: African Perspectives on Combatting Maritime Piracy: Special Edition 1*, 2014, pp. 92-107; JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI) Núm. 168/2008, de 23/12/2008; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 73/72009, 8.5.2009, pp. 1-7; TREVES, T., “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, no. 2, 2009, pp. 399-414; TREVIÑO RUIZ, “La seguridad marítima y la piratería”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 51/2010, 17.3.2010, pp. 1-7. Todos los *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI) están disponibles en: www.realinstitutoelcano.org [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸ Artículo 15, § 1 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 29 de abril de 1958; y Artículo 101.a) de la CNUDM, de 10.12.1982. Es precisamente este fin personal uno de los requisitos que impedirían la calificación de la piratería como *crimen internacional*. Vid. CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.* en Nota 5, p. 54. Para una opinión contraria, vid. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La represión del crimen internacional de piratería...”, *loc. cit.* en Nota 17.

¹⁹ En los últimos años, este fenómeno ha estado ligado al terrorismo de corte islámico practicado por Al-Qaeda, como se ha podido observar en el reparto de la ayuda humanitaria en los meses de verano de 2011.

²⁰ Si bien con carácter temporal (12 meses) y con el consentimiento del Gobierno Federal de Transición, el Consejo de Seguridad autorizó a actuar “en Somalia”, por lo que la represión de la piratería puede ser ejecutada tanto en alta mar o en las aguas territoriales somalíes, como en su propio territorio [S/RES/1851 (2008), de 16.12.2008, párrafo sexto]. TREVES, T., “Piracy, Law of the Sea...” *loc. cit.* en Nota 17, p. 404. Las disposiciones en este sentido han sido prorrogadas posteriormente por la S/RES/1897 (2009), de 30.11.2009, párrafo séptimo. Para ver un análisis en profundidad de las opciones

en la CNUDM, quedarían en desuso, especialmente en el caso de Somalia, ya que únicamente comprende los actos cometidos en un lugar no sujeto a la jurisdicción estatal, siendo de preferencia en la actualidad hablar de “actos de piratería y robo a mano armada”²¹ o, con carácter mucho más general, “actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima”²².

En último lugar, hacemos referencia en este apartado al tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas. El comercio ilegal de productos opiáceos surgió como nuevo delito con carácter transnacional durante los siglos XVIII y XIX, cuando la conquista de Asia entra a formar parte de la estrategia de expansión de las potencias coloniales europeas, especialmente del Imperio Británico. En el contexto del comercio del té y de la expansión colonial de las potencias europeas en el continente asiático tuvieron lugar las llamadas “guerras del opio” entre Gran Bretaña y China a mediados del siglo XIX. El Reino Unido se había convertido en importador de té y, aquejado de un importante déficit, quiso compensar su balanza comercial exportando opio a China desde la India británica. A la negativa de las autoridades chinas de permitir su comercialización, prohibiendo en 1829 el consumo de opio por la elevada demanda interna y las negativas consecuencias para la salud de la población china, el Imperio británico respondió con la primera Guerra del Opio en defensa de las exportaciones de la Compañía Británica de las Indias Orientales. Tras dos derrotas, el gobierno chino accedió a abrir varios puertos

(futuras) planteadas desde las Naciones Unidas, *vid.*, CONSEJO DE SEGURIDAD, *Report of the Secretary-General on possible options to further the aim of prosecuting and imprisoning persons responsible for acts of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, including, in particular, options for creating special domestic chambers possibly with international components, a regional tribunal or an international tribunal and corresponding imprisonment arrangements, taking into account the work of the Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia, the existing practice in establishing international and mixed tribunals, and the time and resources necessary to achieve and sustain substantive results*, S/2010/394, 26 de julio de 2010.

²¹ Así, las sucesivas Resoluciones del Consejo de Seguridad hacen referencia a “incidentes de piratería y robo a mano armada”, como, por ejemplo, la S/RES/1816 (2008), de 02.06.2008; la S/RES/1846 (2008), de 02.12.2008; la citada S/RES/1851 (2008), de 16.12.2008; o la S/RES/1897 (2009), de 30.11.2009. La S/RES/1918, de 27 de abril de 2010, promovida por la Federación de Rusia y adoptada por unanimidad, insta a los Estados, incluyendo a los de la región, a penalizar la piratería en su ordenamiento interno.

²² El *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima* (“The SUA Convention”, Roma, 1998) permite incorporar como ilícito internacional el apoderamiento violento de buques sin necesidad de que haya dos naves o aeronaves como mínimo indispensable, como respuesta a la cuestión planteada por el ataque al buque italiano *Achille Lauro*. Su Protocolo de 2005 insta, con mayor precisión, a la represión penal del apoderamiento de buques con fines terroristas, ampliando su campo de aplicación. *Vid.* TREVES, T., “The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, 1998, pp 541-556.

al comercio con Gran Bretaña y permitir la comercialización del opio en el interior de sus fronteras. A partir de ese momento, China pidió apoyo a otros Estados para la ilegalización del comercio del opio a nivel internacional. Como consecuencia, la comercialización del opio empieza a ser controlada en 1909, con la reunión de la Comisión Internacional del Opio en Shangai y, en 1912, su regulación y limitación con carácter transnacional queda confirmada con la firma del Convenio Internacional del Opio de La Haya. En 1919 dicho tratado adquiere dimensión internacional, al ser incorporado al Tratado de Versalles, por lo que la producción y comercialización de los productos opiáceos pasaría a ser regulada por la Sociedad de Naciones. La Organización de Naciones Unidas (ONU) se encargaría, desde su creación, de regular su producción y de perseguir su comercialización ilícita ²³. Con el paso del tiempo, dicha regulación se ampliaría a otros narcóticos y la ONU promovería la celebración y ratificación de otros convenios para prevenir el tráfico ilícito de diversas drogas y sustancias psicotrópicas. El marco más completo hasta la fecha y que ha servido de modelo para la lucha contra el COT a nivel internacional a finales del siglo pasado es la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de 1988), útil no solamente para reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, sino igualmente para luchar contra el blanqueo de productos del delito derivados de dicho comercio ²⁴. No obstante, esta Convención también ha significado la apertura de la utilización del Derecho penal en la lucha contra la delincuencia hacia ámbitos difícilmente justificables desde el punto de vista del carácter excepcional de su aplicación a la realidad social, especialmente en materia preventiva, una cuestión que, como abordaremos ampliamente en nuestro estudio, no ha hecho sino transformar su naturaleza y alcance originarios, claramente influido por el discurso securitario mantenido en la década de 1990 por instituciones internacionales y buena parte de la doctrina.

²³ En realidad, no se persigue el comercio de productos opiáceos, por sus connotaciones culturales en muchos países, sino que se regula su producción y comercialización, castigando su cultivo o su tráfico ilegal.

²⁴ Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de 1988), Viena, 20 de diciembre de 1988, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [última consulta: 31.8.2015].

2. La represión internacional del delito transnacional y la privatización del ilícito transfronterizo

En los tres casos expuestos como precedentes del ilícito transnacional, estas prácticas delictivas formaron parte de la política estatal durante siglos, como medio de presión en la carrera hacia la colonización de nuevos espacios y de nuevos mercados a nivel internacional (o de consolidación de los existentes) y la afirmación de su hegemonía en la escena mundial, mientras que los actores privados (al igual que los públicos) se ocupaban de ejecutar esa política imperialista. Posteriormente, con la abolición a nivel internacional de estas prácticas por considerarse contrarias a los Derechos Humanos y atentar contra los intereses comunes de los Estados, los “empresarios” privados pasaron a ocupar el lugar dejado por el Estado. Solamente con el cambio de mentalidad de las potencias europeas se produciría un giro en la dirección de estos fenómenos, pasando a ser sancionables por las legislaciones nacionales como delitos (graves) de Derecho internacional. Así, como afirman D. Felsen y A. Kalaitzidis,

Lo que es común a los tres casos históricos es que los cambios en las políticas hacia los mismos fueron el resultado de desarrollos internacionales, así como de cambios en los intereses políticos y económicos domésticos, además de las actitudes morales.²⁵

Especialmente durante la segunda mitad del siglo XX observamos un cambio en la Sociedad Internacional y en las normas que la rigen, el Derecho internacional. Nuevos actores surgen con fuerza en las relaciones internacionales, como las Organizaciones internacionales o regionales y los Movimientos de Liberación Nacional, rompiendo con la posición hegemónica del Estado como sujeto (y objeto) de la Sociedad Internacional. Por otra parte, el Derecho de las relaciones internacionales también cambió: con la instauración de la ONU, se establece un *sistema de seguridad colectiva*, cuyo esquema institucional asigna al Consejo de Seguridad “la responsabilidad primordial” en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (Art. 24, § 1 de la Carta de Naciones Unidas) con el fin último de garantizar el nuevo orden internacional surgido tras la Segunda Guerra Mundial. En este renovado orden internacional no solamente se pensó en el establecimiento de principios para regir las relaciones interestatales y de los Estados con la Comunidad Internacional

²⁵ FELSEN, D. y KALAITZIDIS, A., “A Historical Overview...”, *loc. cit.* en Nota 6, p. 11 (traducción propia).

en su conjunto. Además, el nuevo orden relacional engloba una serie de principios que gobiernan las relaciones (deberes y obligaciones) de los Estados con sus súbditos, y de éstos con sus conciudadanos. Por último, se exige la responsabilidad en caso de violación de uno de estos principios fundamentales para la convivencia de la Comunidad Internacional, ya sea del Estado en sus relaciones con otros Estados o con sus súbditos, ya sea de los propios individuos (como órganos del Estado o con carácter privado), individual o colectivamente. Una exigencia de responsabilidad que contrasta con el régimen westfaliano anterior, regido por la igualdad soberana y la manifestación del consentimiento como piedra angular, y que, precisamente por ello, resulta clave en el sistema de seguridad —entendida en el sentido amplio— “onusiano”.

La exigencia de responsabilidad por violación de uno de estos principios relacionales (de entre ellos, el más importante, la *prohibición del uso de la fuerza*) respondía a la necesidad de acabar con la teoría clásica de las Relaciones Internacionales que otorgaba plena libertad a los Estados para obligarse internacionalmente —un *positivismo voluntarista* extremo que había llevado a los Estados al recurso a la guerra especialmente en los siglos XIX y XX—. El establecimiento de límites a la libertad y voluntad de los Estados para relacionarse internacionalmente con otros entes y con sus propios súbditos empieza a hacerse patente en la redacción de la Carta de San Francisco y la creación de la ONU. Dicha libertad estatal se verá coartada, además, por el respeto y la protección de los Derechos Humanos, normas básicas que, junto a los principios relacionales contenidos en la Declaración 2625 (XXV) sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación, de 1970, han de regir el buen funcionamiento de la Comunidad Internacional en su conjunto. Así, los Estados son responsables ante ésta por la violación de uno (o varios) de los principios relacionales esenciales y/o por infringir los Derechos Humanos, en relación con sus súbditos o con los de otro Estado.

Al mismo tiempo, los individuos pasan a ser responsables, individual o colectivamente, por la violación de uno de estos principios (en relación al Estado, por ejemplo, actuando como órgano unipersonal o colegiado) o por la comisión de un ilícito con carácter transnacional. En realidad, estamos ante un cambio en la orientación de la persecución y represión por parte de la Comunidad Internacional de este tipo de ilícitos internacionales y, en ese contexto, de la progresiva instauración de la responsabilidad

penal internacional del individuo por la comisión de dichos ilícitos, no solamente de los Estados. En el siglo XX, especialmente en su segunda mitad, actividades delictivas transnacionales como las indicadas anteriormente empiezan a concentrar la atención de la Comunidad Internacional, identificándolas como un riesgo claro para su desarrollo económico y social y para la propia protección de los Derechos Humanos a nivel internacional. Dicho movimiento se engloba en un contexto más amplio de lucha contra la impunidad de determinados delitos especialmente graves, como la violación de los Derechos Humanos fundamentales (por ejemplo, derecho a la vida y la integridad física), y de la asunción de responsabilidad internacional por parte del individuo. La creación de los Tribunales penales militares de Nuremberg y Tokio en el caso de la comisión de *crímenes internacionales* representa un claro ejemplo de esta tendencia internacional. Así, tras la Segunda Guerra Mundial aparecen las primeras reacciones gubernamentales para atajar los delitos más graves que ponen en peligro la pervivencia misma de la Sociedad Internacional y de sus valores intrínsecos, es decir los denominados crímenes internacionales o “violaciones graves de las obligaciones imperativas derivadas del Derecho internacional”²⁶: genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y crimen de agresión.

En este contexto de instauración de la responsabilidad penal internacional del individuo, y a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XX, los Estados promueven, asimismo, la persecución y represión de otros ilícitos internacionales, como la esclavitud, la piratería y el comercio ilegal de productos opiáceos y otros estupefacientes, codificando la práctica internacional a lo largo del siglo XX. Lejos de ser considerados *crímenes internacionales*, por no conseguir el necesario consenso sobre su perjuicio al conjunto de la Comunidad Internacional y a sus valores intrínsecos, la tipificación y persecución de estos delitos de “preocupación internacional” se derivará de la entrada en vigor de una serie de tratados y resoluciones internacionales, que no serán de obligado cumplimiento sino para con las partes firmantes. Ilícitos, por tanto, que “preocupan” a la Comunidad Internacional, por la peligrosidad que encierran

²⁶ Vid. BOLLO AROCENA, D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2004; CARDONA LLORÉNS, J., “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de la Comunidad Internacional (el crimen internacional)”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, pp. 265-336; CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.* en Nota 5.

para el desarrollo económico, social y político de las sociedades afectadas, pero que no ponen en peligro los valores o la propia supervivencia de la Sociedad Internacional en su conjunto. Es por ello que algunos autores han distinguido entre los crímenes internacionales (*core crimes*), regulados por el Derecho internacional penal, y los “crímenes de preocupación internacional”, dirigidos *contra los Estados* ²⁷ y codificados por un —todavía hoy— incipiente régimen de represión convencional multilateral que debe hacer frente a los retos y límites principalmente derivados de la atribución de responsabilidad penal a los individuos y de la autoría de los delitos (conspiración, autoría efectiva, coautoría directa, participación, cooperación necesaria, instigación y dirección de organización delictiva, entre otros problemas de identificación del autor o autores de un delito).

3. ¿Hacia un Derecho transnacional penal?

En 2003, Neil Boister defendía la necesidad de adoptar el término *Derecho penal transnacional* en lugar de perpetuar la clásica distinción entre Derecho internacional y nacional con el fin de encontrar un acomodo doctrinal al concepto criminológico de *crimen organizado transnacional* ²⁸. Ante la necesidad de diferenciar los crímenes internacionales (*core crimes*), objeto del Derecho internacional penal, de aquellos regulados por los tratados bilaterales o multilaterales (*treaty crimes*), el autor acuña un término que pretende superar la tradicional diferenciación entre ambos ordenamientos añadiendo una tercera dimensión al Derecho. En su tesis, el autor sigue a otros autores, como Philip C. Jessup ²⁹, si bien prima un enfoque más restringido. Así, tomando el elemento central de su conceptualización del Derecho transnacional —la dimensión transfronteriza—, Neil Boister define el “Derecho penal transnacional” como “la erradicación indirecta por el Derecho internacional a través del Derecho penal doméstico de actividades criminales que tienen efectos transfronterizos reales o potenciales” ³⁰. Es decir, si bien el origen de la tipificación es internacional, el encausamiento penal descansa íntegramente en el ordenamiento penal estatal a través de

²⁷ Vid. Nota 5.

²⁸ BOISTER, N., ““Transnational Criminal Law’?”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 953-976.

²⁹ JESSUP, P., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.

³⁰ BOISTER, N., ““Transnational Criminal Law’?”, *loc. cit.* en Nota 28, p. 955 (traducción propia).

la implementación de los compromisos adquiridos por el Estado al adherirse a este régimen convencional multilateral.

La distinción operada por Boister es de relevancia para el estudio de la respuesta internacional ante la evolución de la criminalidad organizada, cada día más caracterizada por su elemento transfronterizo, precisamente por la evolución de la sanción respecto de este tipo particular de delincuencia y de sus principales manifestaciones delictivas. Como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle a lo largo del presente trabajo, las obligaciones de persecución de este tipo de delitos de “preocupación internacional”, contrariamente a los crímenes internacionales, descansan en los compromisos contraídos por los Estados firmantes de los tratados que los tipifican y que promueven la cooperación internacional para prevenirlos y reprimirlos, por medio de un proceso de estandarización de las normas procesales y penales. Un Derecho penal transnacional que pretende “reprimir la actividad criminal inter- e intra-estatal que amenaza los intereses nacionales compartidos o los valores cosmopolitas”³¹. De esta forma, las convenciones contra la piratería o el tráfico ilícito de sustancias opiáceas que mencionábamos en el primer apartado constituyen los primeros intentos por tipificar penalmente determinadas conductas que se consideran de “preocupación internacional” por sus nocivos efectos sobre determinadas sociedades —frente a la peligrosidad para el conjunto de la Comunidad Internacional y sus valores fundamentales que representa la comisión de un crimen internacional—, además de suponer un salto metodológico y cultural importante. En opinión de Salvatore Aleo, este Derecho transnacional (o, según su terminología, “supranacional” haciendo referencia a la UE) serviría para cambiar las condiciones metodológicas y epistemológicas de la cultura y las instituciones judiciales, construyéndolo de “manera que pueda llamarse ‘intermedio’ entre las dimensiones reguladoras, institucionales y, sobre todo, culturales de los varios contextos, agrupando por tanto estas dimensiones”³².

La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus Protocolos, a los que se suman los tratados rubricados en el seno de Organizaciones regionales, son claros ejemplos de este

³¹ *Ibid.*, p. 968.

³² ALEO, S., “The Definition and Repression of Organized Crime”, LONGO, F. (Ed.), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime*, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 74 (traducción propia).

incipiente Derecho transnacional penal apuntado por Neil Boister y otros autores: no solamente por estar inspirada en los principios que lo rigen —origen internacional de la penalización y represión penal estatal ante una amenaza al desarrollo de determinadas sociedades— o por promover una *cultura jurídica* común en aspectos tan importantes como los elementos y finalidad del delito objeto de tipificación —el más discutido, la finalidad eminentemente económica del crimen organizado—, sino también por la rápida evolución del ilícito transfronterizo y, por ende, del Derecho transnacional penal. Estamos, por tanto, ante un sistema (penal) transnacional en continuo cambio, con las limitaciones que le son propias al marco convencional internacional y regional e impulsado por la mutación del fenómeno delictivo transfronterizo en sí y su propia conceptualización, claramente marcada por un discurso “securitario” propiciado tanto por instituciones como por agencias de seguridad y buena parte de la doctrina.

Al mismo tiempo, asistimos a la transformación de la naturaleza y alcance del Derecho penal como consecuencia directa del papel que éste y la política criminal en su conjunto juegan en la represión del crimen organizado y, en general, en el mantenimiento de la seguridad y el orden público estatal ³³. En las dos últimas décadas, esta rama del Derecho público ha pasado a convertirse en un elemento más de la política de seguridad de los Estados y de la propia UE frente a la expansión del ilícito transfronterizo y de la actividad de los grupos organizados transnacionales, ayudado por la propia conceptualización del fenómeno en términos amplios. A su vez, el fenómeno criminal organizado ha sido concebido en términos amplios debido principalmente al discurso “securitario” que han mantenido instituciones internacionales y doctrina en la década de 1990 del siglo pasado y en el que la UE ha jugado un papel hasta cierto punto relevante, contribuyendo a ese cambio en la metodología y finalidad del Derecho penal y a su transnacionalización. Este cambio de paradigma implica, asimismo, una progresiva *personificación* de la responsabilidad penal del individuo: por una parte, el acento de la respuesta penal se desplaza de la actividad ilícita en sí al grupo delictivo,

³³ En este sentido, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 85-126; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 6, Vol. 3, 2004, pp. 1-34, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc> [última consulta: 31.8.2015]; MITSILEGAS, V., “The Transformation of Criminal Law in the ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Yearbook of European Law*, 2007, Núm. 26, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford – Londres, 2008, pp. 1-32.

mientras que, por otra, se inculpa al individuo por su mera pertenencia a dicho grupo delictivo ³⁴, sin que ejecute necesariamente un delito o colabore en su comisión de manera directa. Esta transformación no dejará de estar acompañada de problemas en su implementación estatal y ser contestada por buena parte de la doctrina constitucionalista y penal, como analizaremos a lo largo del presente estudio, precisamente por el difícil acomodo en el ordenamiento jurídico de un término acuñado por la Criminología que se fue extendiendo progresivamente a otros ámbitos de estudio y que encontró fácil acomodo en el discurso oficial de la clase política, ávida de plantear respuestas rápidas y simples a fenómenos delictivos complejos como el crimen organizado ³⁵.

2. La influencia del discurso *securitario* de la década de 1990 en la expansión de un concepto criminológico originariamente estadounidense

Los delincuentes organizados están robando nuestra nación, gradualmente pero de manera inexorable. ³⁶

Así de tajante se mostraba Donald R. Cressey en su obra cumbre, *Theft of the Nation*, respecto de las bandas de delincuentes que operaban en Estados Unidos a finales de la década de 1950. En contadas ocasiones unas palabras habían dejado tanta huella en la literatura, los periódicos y la legislación estatal de la época y en una sociedad marcada por la mediatizada “caza de brujas”. La mayor importancia de su trabajo consiste, no obstante, en la popularización de un término, *crimen organizado*, que, de manera progresiva, va a ir adaptándose a la cambiante realidad internacional y al fenómeno delictivo transfronterizo de décadas posteriores. De esta forma, el término pasa en su conceptualización de tener carácter puramente doméstico — estadounidense— a adquirir progresivamente un elemento *transnacional* del que deriva, precisamente, su peligrosidad en nuestra concepción particular del fenómeno en el presente estudio y, en consecuencia, la exigencia de concertar la respuesta de la

³⁴ CESONI, M. L., “Conclusions générales”, CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, Georg Éditeur, Ginebra, 2004, p. 692.

³⁵ Para un excelente análisis de esta tendencia observada en la política criminal de numerosos países de nuestro entorno, incluido el nuestro, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal...*, *op. cit.* en Nota 3, especialmente pp. 69-137.

³⁶ CRESSEY, D. R., *Theft of the Nation. The structure and operations of organized crime in America*, Harper & Row Publishers, Nueva York, 1969, p. ix (traducción propia).

Comunidad Internacional para hacerle frente. El discurso oficial de la década de 1990, eminentemente securitizado por la necesidad de encontrar “enemigos” que justifiquen la pervivencia de ciertas instituciones tras el final de la Guerra Fría y los trabajos de buena parte de la doctrina criminológica, facilitará la expansión y uso cotidiano de este término hasta la (re)aparición del terrorismo en la agenda internacional como prioridad en materia de seguridad. Este cambio de paradigma en el planteamiento de las políticas nacionales de seguridad ha tenido una especial repercusión en los ordenamientos jurídicos estatales y en la forma que tiene el Derecho penal de concebir la autoría de los delitos, además de suponer actualmente un desafío a la propia pervivencia de sus principios básicos constitucionalmente garantizados.

1. El nacimiento del concepto: la influencia de la doctrina en el imaginario popular y la legislación estadounidenses (y viceversa)

El origen del concepto de *crimen organizado* tiene sus raíces en la década de 1920, cuando Raymond Moley se hizo eco de un término que empieza a ganar protagonismo entre la clase política y la opinión pública ³⁷. Sin embargo, no será hasta la década de 1960 cuando surja con fuerza en la literatura para influir tanto en la percepción que se ha tenido hasta nuestros días del fenómeno, como en la elaboración de la legislación estatal e internacional. Desde entonces, la doctrina ha abordado la conceptualización del fenómeno ³⁸ en torno a un término que ha sido teorizado, cuestionado, criticado o minusvalorado desde diferentes disciplinas científicas e,

³⁷ MOLEY, R., “Politics and Crime”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1926, pp. 78-84, disponible en: <http://ann.sagepub.com> [última consulta: 31.8.2015]. Para un recorrido histórico por el origen del concepto y del papel de la doctrina puede consultar: PAOLI, L. y FIJNAUT, C., “Introduction to Part I: The History of the Concept”, FIJNAUT, C. y PAOLI, L. (Eds.), *Organised Crime in Europe...*, *op. cit.* en Nota 6, pp. 21-46; DIJCK, M., “Discussing Definitions of Organised Crime: Word Play in Academic and Political Discourse”, *HUMSEC Journal*, Núm. 1, 2007, pp. 72-86.

Para una recopilación de los textos más importantes de algunos de los autores clásicos más relevantes e influyentes, así como de sus respectivas “respuestas”, *vid.* RYAN, P. J. y RUSH, G. G. (eds.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 1997.

³⁸ Para un exhaustivo trabajo de recopilación de definiciones sobre el crimen organizado, puede consultarse la página web creada por el criminólogo alemán Klaus Von Lampe: www.organized-crime.de/OCDEF1.htm [última consulta: 31.8.2015]. Igualmente, *vid.* LAMPE, K. Von, “Not a process of enlightenment: the conceptual history of organized crime in Germany and the United States of America”, UNITED NATIONS CENTRE FOR INTERNATIONAL CRIME PREVENTION, *Forum on Crime and Society*, Vol. 1, Núm. 2, diciembre de 2001, pp. 99-116.

incluso, tratado por el periodismo más sensacionalista o el cine desde una óptica idealizada, heredada de la doctrina “clásica” de los decenios de 1950 y 60.

El trabajo de Donald R. Cressey es, sin duda, uno de los más influyentes en la abundante literatura —especialmente de la Criminología y la Sociología— y en la instauración de un orden legal específico para luchar contra el crimen organizado en Estados Unidos. De hecho, en la década de 1960 se observa una correlación entre la evolución de la doctrina criminológica y un desarrollo paralelo en la legislación estadounidense que, posteriormente, pasaría a extenderse a nivel internacional. La confusión entre ambos “mundos” es tal que, en ocasiones, las propias comisiones de investigación o legislativas preceden a la doctrina, como ocurriría con la Comisión Kefauver de principios de 1950 y su posterior influencia en el trabajo de Cressey. Una simbiosis que refuerza la crítica de Moley décadas antes sobre la relación entre instituciones políticas, judiciales y el crimen organizado. En realidad, la labor de esta primera doctrina se centra en racionalizar el conocimiento popular del crimen organizado y de lo que entendían las propias agencias estatales, aunque en su intento favoreciesen la instauración en el imaginario público de un fenómeno altamente mitificado.

Las líneas generales del trabajo de Donald R. Cressey se resumen en su particular definición del *crimen organizado*, donde analiza la estructura formal e informal de la organización y su relación con el entorno desde una perspectiva sociológica:

[...] crimen organizado es cualquier crimen cometido por una persona que ocupa, en una división del trabajo establecida, una posición designada para la *comisión de un crimen* siempre y cuando tal división del trabajo incluya igualmente al menos una posición para un corruptor, una posición para un cómplice, y una posición para alguien que use, o amenace con emplear, la violencia para cumplir el acuerdo. [...] la Comisión [del Presidente sobre el crimen organizado de 1967] concluyó que el crimen organizado puede distinguirse de otros tipos de actividades criminales por el “elemento de corrupción” y el “elemento de aplicación por la fuerza”.³⁹

Por tanto, la organización —o *familia*, en los términos de Cressey— tiene una estructura jerárquica establecida, más o menos compleja según el grado de sofisticación

³⁹ CRESSEY, D. R., *Theft of the Nation...*, *op. cit.* en Nota 36, p. 319 (traducción propia).

de la misma, en la que los distintos componentes realizan un tipo concreto de tareas previamente asignado ⁴⁰. Según este autor, las *familias* —descendientes de sicilianos, pero originarias de Estados Unidos— cooperan regularmente y están integradas en una “confederación” que controla tanto las actividades ilícitas como los negocios legales en los que reinvierten los productos del delito en una especie de *cártel* del crimen — esencialmente monopolístico— a nivel estatal, orientado a la maximización de beneficios a través de actividades de negocios ilegales en un claro ejemplo de racionalidad de la organización. Además, una “comisión” se encarga de supervisar y coordinar de manera centralizada las actividades de las *familias*, unidades destinadas a “mantener la identidad, cohesión, secretismo y esnobismo de la membresía de la organización dominada por la Comisión” ⁴¹. Elementos como la jerarquía, el *código*, la corrupción de oficiales públicos, la racionalidad de la estructura de la organización y de la toma de decisiones, el componente étnico de las *familias*, el carácter monopolístico de los negocios ilícitos y de su incursión en el mercado legal, la anulación del poder legalmente establecido y las “guerras internas” por hacerse con el control de la “confederación” han caracterizado la obra de Cressey —y el trabajo de otros autores— e influido la legislación estadounidense vigente hasta nuestros días.

La influencia de Cressey y de otros autores de la doctrina “clásica” o “jerárquica” ⁴² en la elaboración de una normativa específica en Estados Unidos se concretó con la aprobación del estatuto *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (R.I.C.O.), de 1970 ⁴³. Esta norma está plenamente influida por la organización delictiva “racional” identificada por la doctrina “clásica” y por anteriores leyes y comisiones, pues persigue agrupaciones de tipo mafioso (*racketeer*) destinadas a

⁴⁰ Es de resaltar la compleja estructura que aparece en el esquema incorporado en las páginas finales de esta obra, readaptado del informe de la Conferencia de Oyster Bay de 1965.

⁴¹ CRESSEY, D. R., *Theft of the Nation...*, *op. cit.* en Nota 36, p. 159 (traducción propia).

⁴² Verbigracia, HAGAN, F. E., “The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model”, *Criminal Justice Review*, Vol. 8, Núm. 2, 1983, pp. 52-57; MALTZ, M. D., “On Defining Organized Crime: the Development of a Definition and Tipology”, *Crime and Delinquency*, Vol. 22, Núm. 3, 1976, pp. 338-346; SCHELLING, T., *Choice and Consequence. Perspectives of an errant economist*, Harvard University Press, 1984.

⁴³ *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, Código de Estados Unidos, Título 18, Parte I, Capítulo 96, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html> [última consulta: 31.8.2015]. Este estatuto forma parte de la *U.S. Organized Crime Control Act* (PL 91-452), adoptada en 1970.

Esta legislación ha sido complementada tras la aprobación de la *USA PATRIOT Act*, de 2001, principalmente en cuanto a normativa contra el blanqueo de capitales, y por la *Strategy to Combat Transnational Organized Crime. Addressing Converging Threats to National Security*, adoptada por el Presidente de Estados Unidos el 19 de julio de 2011.

cometer uno o varios de los delitos enumerados en dicho Capítulo y recogidos en el Código estadounidense. Sin embargo, no llega a incluir una definición de crimen organizado como la ofrecida por la doctrina, optando por listar una serie de delitos previamente tipificados en los que estos grupos se considera que están envueltos a través de un patrón de actividades mafiosas (*pattern of racketeering activity*); una opción seguida por numerosos países de nuestro entorno ⁴⁴.

Anteriormente se habían adoptado leyes similares, como la *McClellan-Lausche Bill* (1963) o la *Weltner Bill* (1966), basándose en varias comisiones y comités especiales establecidos previamente en el lapso de tan sólo unos años y en la Conferencia de Oyster Bay de 1965 ⁴⁵. La expectación pública suscitada por tales comisiones y comités gubernamentales de investigación fue alimentada tanto por los medios de comunicación como por la propia clase política estadounidense, ávida de ascender, convirtiéndose en poco más que un *reality show* ⁴⁶ al servicio de sus propios intereses ⁴⁷. De hecho, tanto autores contemporáneos a Cressey como posteriores criticaron esta visión “clásica” precisamente por su fuerte componente ideológico y motivaciones políticas ⁴⁸, construyendo sobre “preconcepciones ideológicas” populares ⁴⁹ una teoría que consideraban carente de exactitud metodológica y evidencia empírica

⁴⁴ En España, por ejemplo, el legislador ha optado por introducir una definición de grupo organizado y un listado de actividades delictivas que se supone pueden realizar con el fin de obtener un beneficio económico (Art. 282 *bis*, § 4 Código Penal).

⁴⁵ Para una perspectiva general de las diferentes comisiones especiales establecidas en EE.UU. al respecto, *vid.* KENNEY, D. J. y FINCKENAUER, J. O., *Organized Crime in America*, Wadsworth Publishing Company, 1995, pp. 7-16.

⁴⁶ RESA NESTARES, C., *El crimen organizado en el mundo: mito y realidad*, p. 2, disponible en: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/nexos.pdf [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁷ ALBINI, J. L., “The Mafia and the Devil. What they have in common” (publicado originariamente en *Journal of Contemporary Criminal Justice* Núm. 9, Vol. 3, 1993), RYAN, P. J. y RUSH, G. G. (eds.), *Understanding Organized Crime...*, *op. cit.* en Nota 37, p. 70.

⁴⁸ En plena “caza de brujas”, además de hablar de “sindicatos del crimen” —término utilizado también por Albini— Donald R. Cressey llega a afirmar:

“La Cosa Nostra funciona como un gobierno ilegal. Sin embargo, su objetivo político no es competir con las agencias del gobierno legítimo. Al contrario que el Partido Comunista, no está interesada en la reforma política y económica. Su objetivo es negativo: la anulación del gobierno.” (p. 248, traducción propia).

“No hay conexión entre el Partido Comunista y La Cosa Nostra, motivada más por la búsqueda del beneficio económico que por ideologías políticas. [...] Sin embargo, los miembros de La Cosa Nostra buscan aliados comunistas. [...] Un miembro de La Cosa Nostra no se preocupa de si el gobierno es democrático, comunista o fascista mientras que pueda persuadir a sus oficiales para permanecer inmune ante la ley penal.” (p. 272, traducción propia)

⁴⁹ BLOCK, A., *Perspectives on Organizing Crime. Essays in Opposition*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, p. 8.

⁵⁰, a la que Alam Block llega a calificar de “Sociología crédula” ⁵¹. En resumen, una visión que ha contribuido a la mitificación del fenómeno, especialmente favorecido por el cine y la literatura policíaca.

Desde un primer momento, las críticas se centraron, entre otros elementos, en el componente étnico identificado por los autores “clásicos” y en el grado de jerarquía y “organización” de la organización, raíz de la refutación de Joseph L. Albini. Además de considerar que la obra de Cressey sufre de importantes sesgos históricos y metodológicos en su conceptualización del crimen organizado ⁵², para este autor, el componente étnico es meramente accidental o accesorio:

Como la “racionalidad” de la estructura de la organización, [...] la etnicidad debe ser vista como una variable que se vuelve significativa solamente cuando se encuentra en combinación con un conjunto de otras variables que pretenden explicar el complejo rompecabezas de la participación de la organización criminal. ⁵³

Albini, igualmente defensor del elemento “organización” como pieza clave para distinguirlo de otros tipos de actividades criminales, propone un *sistema de relaciones clientelares*, un modelo “patrón-cliente”, vagamente estructurado, en el que los roles (y la expectación de jugar dichos roles) y los beneficios son producto de un acuerdo mutuo o de una obligación y cuya función y tamaño se determina básicamente por la actividad en la que se involucran. Sin embargo, otros autores posteriores, como Finckenaue, han incidido en el carácter étnico de los grupos criminales, tanto los “tradicionales” como

⁵⁰ Además de las críticas de Alam Block, *vid.*, entre otros, ALBINI, J. L., *The American Mafia: Genesis of a Legend*, Appleton-Century-Crofts, Nueva York, 1971; ALBINI, J. L., “Donald Cressey’s Contributions to the Study of Organized Crime: An Evaluation”, RYAN, P. J. y RUSH, G. G. (eds.), *Understanding Organized Crime...*, *op. cit.* en Nota 37, pp. 16-25 (publicado originariamente en *Crime and Delinquency*, Vol. 34, Núm.3, julio, 1988, pp. 338-354); SMITH, D., *The Mafia Mystique*, Basic Books, Nueva York, 1975; MOORE, W. H., *The Kefauver Committee and the politics of crime, 1950-1952*, University of Missouri Press, 1974.

⁵¹ BLOCK, A., *Perspectives on...*, *op. cit.* en Nota 49, p. 10.

⁵² Albini critica duramente las fuentes de Cressey y, en general, de la Comisión del Presidente de 1967, al señalar a Joseph Valachi (informador de la mafia) y Ralph Salerno (detective veterano de Nueva York) como sus principales fuentes de información. *Vid.*, ALBINI, J. L., “Donald Cressey’s contribution...”, *op. cit.* en Nota 44. En la misma línea, crítica con las fuentes de información y del papel que juegan los “arrepentidos” en la investigación y represión de los grupos delictivos organizados, *vid.* KENNEY, D. J. y FINCKENAUER, J. O., *Organized Crime in America*, *op. cit.* en Nota 45, especialmente pp. 326-336; RESA NESTARES, C., *Crimen Organizado Transnacional: Definición, Causas y Consecuencias*, disponible en: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html [última consulta: 31.8.2015].

⁵³ ALBINI, J. L., “Donald Cressey’s Contributions...”, *loc. cit.* en Nota 50, p. 22.

los de reciente creación ⁵⁴, por lo que la visión jerárquica y mitificada del crimen organizado comenzada por Cressey perdura actualmente en numerosa parte de la doctrina.

Igualmente crítico con el enfoque tradicional o “burocrático” ⁵⁵, excesivamente simplista —la conspiración del extranjero (*alien conspiracy*) dominante desde los años 50—, surgió una nueva perspectiva en el estudio del crimen organizado a partir de la década de 1970, que coincide con la tesis de Albini en lo esencial, y que se generalizaría en el decenio siguiente. Más que en analizar el *quiénes* o el *cómo*, este nuevo paradigma —eminentemente económico— se centrará en la actividad ilícita (el *qué*) de los grupos criminales para conceptualizar el crimen organizado en torno a la “empresa criminal”; es decir, la racionalidad de la organización en búsqueda de beneficios económicos por medio de la provisión de servicios y bienes a través de actividades ilícitas. Dwight Smith es el principal exponente de esta nueva conceptualización del crimen organizado, centrada no en la organización sino en las actividades (ilícitas) de los grupos criminales o los individuos ⁵⁶. Para este autor, el crimen organizado es una actividad económica como cualquier otro negocio legal con la única salvedad de que ofrece servicios y bienes ilícitos, ilegales o restringidos por el Estado (drogas, apuestas, prostitución, préstamos ilegales, etc.). Un enfoque mercantilista que siguió la doctrina en las décadas siguientes, si bien con distintos puntos de vista. Por ejemplo, Thomas Schelling, economista de formación, argumentaba que las características distintivas del crimen organizado son, más que la organización del crimen apoyado en una estructura jerárquica, el monopolio y la extorsión, intentando conseguir el control exclusivo o una cierta influencia sobre los mercados ilícitos —por definición, tendentes al monopolio—, haciendo uso de la violencia o la amenaza para eliminar todo rastro de competencia y dominar así el “bajo mundo” ⁵⁷. De esta forma, a través del uso o la amenaza del empleo de la violencia, los grupos criminales ejercen un pseudo-gobierno del mundo

⁵⁴ FINCKENAUER, J. O. y WARING, E., *Russian Mafia in America: Immigration, Culture, and Crime*, Northeastern University Press, Massachusetts, 1998.

⁵⁵ Jay Albanese propone tres modelos de crimen organizado, según sus respectivos paradigmas de análisis: el *jerárquico* o “burocrático”, desarrollado por los “clásicos”, como Cressey; el *modelo étnico-cultural*, basado en las relaciones patrón-cliente, de Albini, Francis Ianni y Elizabeth Ruess-Ianni; y el *modelo empresarial*, impulsado por el trabajo de Smith y continuado por otros autores, entre los cuales destacan Beare y Naylor. ALBANESE, J., “Models of Organized Crime”, KELLY, R. J.; CHIN, K. y SCHATZBERG, R. (eds.), *Handbook of Organized Crime in the United States*, Greenwood Press, Westport, 1994, pp. 77-90.

⁵⁶ SMITH, D., *The Mafia Mystique*, op. cit. en Nota 50.

⁵⁷ SCHELLING, T., *Choice and Consequence ...*, op. cit. en Nota 42.

criminal, que establece y hace cumplir sus propias reglas. Una visión, pues, a caballo entre la teoría “burocrática” o jerárquica del crimen organizado y el enfoque economista. A pesar de estas diferencias, como afirma Letizia Paoli,

La incursión en actividades del mercado ilícito se ha convertido en el requisito básico de virtualmente todas las definiciones del crimen organizado tanto en el discurso científico como oficial de Estados Unidos, y esta visión es compartida, al mismo tiempo, por los partidarios de la teoría de la “conspiración de los otros” y por sus detractores.⁵⁸

En efecto, la provisión de bienes y servicios ilícitos representa el nexo en común entre la teoría tradicional y el nuevo paradigma mercantilista estadounidense, hasta un punto en que, a principios de 1990, “la analogía entre las organizaciones criminales y las corporaciones multinacionales se puso de moda [...]”⁵⁹, siendo Michael Levi otro de sus máximos exponentes al hablar de “crimen empresarial”⁶⁰, al que se sumaron igualmente las contribuciones de Margaret E. Beare y R. T. Naylor. Ambos paradigmas divergen, no obstante, en el grado de organización de las bandas criminales y la motivación esencialmente económica de las mismas. Discrepancias que, por otro lado, se observan igualmente en el seno del enfoque mercantilista o empresarial. En su libro, *Disorganized Crime*⁶¹, Peter Reuter mantiene que, debido al hecho de la ilegalidad de los mercados ilícitos en los que operan, la norma es que las “empresas” sean pequeñas y competitivas y que sus actividades criminales son, con relativa frecuencia, bastante “desorganizadas”. Una discusión sobre la estructura de la “organización” a la que también sucumbieron otros autores en sus obras, como Frank E. Hagan, defensores de la existencia de una organización estructurada capaz de llevar a cabo dichas actividades ilícitas “de manera más exitosa, persistente y a menudo protegida”⁶², usando la

⁵⁸ PAOLI, L., “The paradoxes of Organized Crime”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 37, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 55.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 57.

⁶⁰ LEVI, M., “The organisation of serious crime”, MAGUIRE, M., MORGAN, R. y REINER, R. (Eds.), *The Oxford handbook of criminology*, 3ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 878-973. En la misma línea, NAYLOR, R. T., “Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes”, *British Journal of Criminology*, Vol. 3, Núm. 1, 2003, pp. 81-101.

⁶¹ REUTER, P., *Disorganized Crime: The Economics of the Visible Hand*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1983. En la misma línea, DUYNE, P. C. Van, *Organized Crime in Europe*, Nova, Nueva York, 1996; PAOLI, L., “The paradoxes...”, *op. cit.* en Nota 58.

⁶² HAGAN, F. E., “Organized Crime” and “organized crime”: Indeterminate Problems of Definition”, *Trends in Organized Crime*, Vol.9, Núm.4, de 2006, p.136.

violencia y la corrupción o la extorsión para asegurar su inmunidad ⁶³; o James O. Finckenaer, partidario de diferenciar al crimen organizado del “crimen que es organizado” por su grado de “sofisticación criminal, estructura, auto-identificación y la autoridad de la reputación [por usar o amenazar con la violencia para facilitar sus actividades criminales], así como su tamaño y continuidad [..., y por] su motivación económica” ⁶⁴. Como podemos observar, elementos comunes con los identificados por los autores “clásicos” a pesar de utilizar un prisma mercantilista.

Por su parte, Letizia Paoli, si bien llega a la misma conclusión que Peter Reuter sobre la predominancia de organizaciones de pequeño tamaño en la provisión de bienes y servicios ilícitos, realizada ésta de manera “desorganizada”, no cree conveniente que el prototipo de lo que se considera crimen organizado —la *mafia*— deba ser reducido únicamente a su dimensión mercantil, debido a la existencia de funciones no económicas (por ejemplo, de “protección”) a lo largo de su existencia, previa, además, a la aparición de los mercados ilegales. Igualmente, critica la confusión entre grupos y actividades ilícitas bajo un mismo concepto, el de crimen organizado ⁶⁵, cuestión generalizada en la doctrina y que Robert Hagan intenta solventar con el uso de las mayúsculas —“Crimen Organizado”, para los grupos, y “crimen organizado” para las actividades ilícitas que desempeñan (*sic*)—.

De esta forma, si bien la doctrina estadounidense no llega a consensuar una definición unitaria de crimen organizado en estas primeras décadas esencialmente ante la falta de acuerdo en torno a la existencia o no de una organización jerárquicamente organizada, el paradigma mercantilista y, especialmente, los estudios centrados en el comercio ilícito de la droga ⁶⁶ tuvieron un eco considerable en la literatura, la opinión pública y, sobre todo, en la elite política de Estados Unidos. La lucha contra la droga o la particular *war on drugs* de la Administración Reagan durante la década de 1980 alimentó, más si cabe, la confusión en torno al término de crimen organizado, fomentando en la respuesta internacional el aspecto represivo ligado a la actividad

⁶³ HAGAN, F. E., *Crime Types and Criminals*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California, Estados Unidos), 2010.

⁶⁴ FINCKENAUER, J. O., “Problems of Definition: What is Organized Crime?”, *Trends in Organized Crime*, Vol. 8, Núm. 3, primavera de 2005, p. 81.

⁶⁵ PAOLI, L., “The paradoxes...”, *op. cit.* en Nota 58.

⁶⁶ Por ejemplo, DUYNE, P. Van y LEVI, M., *Drugs and money. Managing crime-money in Europe*, Abingdon, Routledge, 2005; PAOLI, L., “The ‘invisible hand of the market’: the illegal drugs trade in Germany, Italy and Russia”, DUYNE, P. C. Van; LAMPE, K. Von y NEWELL, J. L. (eds), *Criminal Finances and Organising Crime in Europe*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, pp. 19-40.

delictiva en lugar de promover un enfoque orientado hacia la protección de la salud pública, cuyo máximo exponente hasta la adopción de la Convención de Palermo sería la Convención de 1988 ⁶⁷. Esta criminalización, no obstante, no sería exclusiva del ámbito de la prevención y lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Las conclusiones de la Comisión establecida en 1983 por Ronald Reagan para investigar el poder y las actividades del “crimen organizado tradicional” y los “grupos de crimen organizado emergentes” sirvieron, en realidad, para adaptar la visión “clásica” del crimen organizado (o la “conspiración del extranjero”) a las nuevas formas de criminalidad identificadas por los servicios de seguridad estadounidenses, cada vez más transnacionales en el desempeño de sus actividades ilícitas. Esta teoría se mezcla, además, con estudios sobre la relación entre el crimen organizado, la corrupción y la clase política ⁶⁸, que no harían sino alimentar la nueva estrategia de seguridad de Estados Unidos, exportada, como veremos, a otras partes del mundo, ayudado por la indefinición de un término que, poco a poco, ha ganado protagonismo a nivel internacional y recuperado el elemento transnacional de sus manifestaciones delictivas “históricas”. Como afirman David Felsen y Akis Kalaitzidis,

En los primeros años de la posguerra fría, Europa y los Estados Unidos rápidamente priorizaron el crimen transnacional como una cuestión clave de seguridad, al mismo tiempo como consecuencia de la inestabilidad económica y política en la Europa poscomunista y como una estrategia de seguridad alternativa que seguía al final de la guerra fría. ⁶⁹

⁶⁷ “Contrariamente a convenciones anteriores, la Convención de Viena [de 1988] no considera principalmente las drogas desde una perspectiva de la salud, sino que pone el acento sobre los problemas que emergen de la asociación de las drogas con el crimen organizado”. JOJARTH, C., *Crime, War and Global Trafficking. Designing International Cooperation*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, p. 100 (traducción propia).

⁶⁸ CHAMBLISS, W. J., “State-Organized Crime”, *Criminology*, Vol. 27, 1989, pp. 183-208; RUGGIERO, V., *Organized and Corporate Crime in Europe: Offers that Can't Be Refused*, 1996; PEARCE, F., *Crimes of the Powerful. Marxism, Crime, and Deviance*, Pluto Press, Londres, 1976; MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime. Terrorism, Espionage, Drug & Arms Trafficking*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1992.

⁶⁹ FELSEN, D. y KALAITZIDIS, A., “A Historical Overview of Transnational Crime”, *loc. cit.* en Nota 6, p. 14.

En términos similares, SABBAGH, D., “La politique américaine de lutte contre la drogue et l'Amérique latine: émergence d'un enjeu et évolution des stratégies”, *Relations internationales et stratégiques*, Núm. 23, París, otoño de 1996, pp. 57-65; BEARE, M., *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, University of Toronto Press, Toronto, 2003.

Por tanto, un discurso sobre la peligrosidad y, como novedad a finales de la década de 1980, el carácter transnacional que adquiere el crimen organizado que “sectores de las instituciones federales americanas, el público y algunos académicos parecían necesitar desesperadamente”⁷⁰ como justificación para asegurar su continuidad e, incluso, aumento presupuestario tras el final de la Guerra Fría. Para otros autores, serían principalmente los problemas económicos internos y de crisis de la hegemonía global estadounidense los que impulsaron al intervencionismo de la Administración Reagan en América latina en su particular “guerra contra la droga”⁷¹. Sea como fuere, lo cierto es que la lógica seguida durante este período ha servido de base para la subsiguiente política de lucha contra el crimen organizado que ha emprendido la Comunidad Internacional a partir de la década de 1990, particularmente a través de la represión del comercio ilícito de drogas y otras sustancias sicotrópicas, en la que el elemento represivo prevalece sobre la prevención y el tratamiento adecuado de las toxicomanías, incluso, proclamando la necesidad de utilizar medios militares y de ampliar el uso de los instrumentos contra el blanqueo de capitales para hacerle frente; medidas (especialmente, en el ámbito procesal), por otra parte, muy extendidas en la década de 1990 y que se prolongan hasta nuestros días, incluyendo en el marco de la UE (*vid.* Capítulo II).

2. La repercusión en Europa del discurso estadounidense

A pesar de las críticas a la doctrina estadounidense por su excesivo énfasis en la realidad nacional (Cressey, Maltz, Schelling) o incluso local (Reuter), obviando un análisis más amplio, el concepto de crimen organizado se expande inmediatamente a otros países, entre los cuales encontramos Canadá, llegando a Europa —principalmente a Italia— a principios de la década de 1980⁷². El debate ha estado igualmente marcado,

⁷⁰ PAOLI, L., “The paradoxes...”, *loc. cit.* en Nota 58, p. 57. A similares conclusiones llega Margaret Beare en BEARE, M. E. (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime...*, *op. cit.* en Nota 64.

⁷¹ AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., “Conclusiones. Legados de la Doctrina Reagan y perspectivas con Bush”, AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., *Guerras de baja intensidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1989, pp. 253-270.

⁷² Para una referencia a la doctrina canadiense, *vid.* BEARE, M. E. y NAYLOR, R. T., *Major Issues Relating to Organized Crime: within the Context of Economic Relationships*, Nathanson Centre for the study of organized crime and corruption, 14 de abril de 1999, disponible en: <http://www.ncjrs.gov/nathanson/organized.html> [última consulta: 31.8.2015].

Para un debate acerca de la doctrina italiana, *vid.* CHUBB, J., *The Mafia and politics: the Italian state under siege*, Ithaca, Nueva York, 1989.

empero, por las diferentes visiones en la conceptualización del término, especialmente, en cuanto al papel de la *organización* y su importancia en el desarrollo de las actividades criminales, así como sesgado por su reducido ámbito de estudio, generalmente limitado al ámbito estatal. La doctrina italiana será, por razones históricas y culturales evidentes, partidaria de adoptar una visión más tradicional del crimen organizado, encarnada en la *mafia*, aunque también habrá distintos sectores que critiquen este reduccionismo de la doctrina y la práctica policial.

Por un lado, Pino Arlacchi defiende en su obra la existencia de una organización criminal esencialmente de tipo mafiosa o “tradicional”⁷³. Sin embargo, argumenta que el tipo de actividades ha sufrido una considerable transformación: si la principal actividad de la “vieja” *mafia* consistía en prestarse como intermediarios en las disputas entre los señores feudales (encarnado posteriormente en el Estado) y los campesinos y proporcionar “protección”, la “nueva” *mafia* “empresarial” ha incorporado en el desempeño de sus actividades económicas ilícitas las ventajas del comportamiento mafioso criminal. La *mafia* dirige sus negocios de una forma distinta a la tradicional, al mismo tiempo que ha empezado a extenderse a otras regiones italianas, relacionándose con elementos corruptos de los partidos políticos y las redes terroristas de extrema derecha. Su obra ha influido la legislación italiana, pues la tipificación específica relativa a las *asociaciones de tipo mafioso* “sanciona un tipo de fenómenos cuya peligrosidad reside en la manera en la que éstos se insertan en las actividades económicas legales”⁷⁴. Por tanto, en lugar de proteger el orden público, “es el buen funcionamiento de la economía [...] lo que parece ser el bien jurídico principal defendido por la norma”⁷⁵. Así, la ley conocida como Pio La Torre (1982), acompañada de otras medidas que pretenden luchar contra el fenómeno sobre el plan patrimonial, es considerada el precursor del enfoque “productos del delito” en la aplicación de la ley presente en la actualidad, más que el estatuto R.I.C.O.⁷⁶; un

⁷³ ARLACCHI, P., *Mafia Business: The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism*, Oxford University Press, 1988.

⁷⁴ CESONI, M. L., « L'Italie, un pays précurseur », CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée...*, *op. cit.* en Nota 34, p. 602. Asimismo, MORGANTE, G., « La lutte contre la criminalité organisée en droit italien », CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant – L. G. D. J., Bruselas – París, 2007, pp. 183-252.

⁷⁵ CESONI, M. L., « L'Italie, un pays précurseur », CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée...*, *op. cit.* en Nota 34, p. 602.

⁷⁶ BEARE, M. E. y NAYLOR, R. T., *Major Issues...*, *op. cit.* en Nota 72.

enfoque que presenta más inconvenientes que ventajas para algunos autores, especialmente en cuanto a la protección de las libertades civiles y el control civil sobre las fuerzas policiales ⁷⁷.

Por su parte, otros autores, entre los que destaca Diego Gambetta, insisten en que las “empresas” mafiosas son pequeñas, orientadas a los objetivos tradicionales y de corta existencia. Gambetta defiende que el término *la cosa nostra* es utilizado por los delincuentes para referirse a su medio, no identifican, por tanto, a una organización concreta como sostienen otros autores y las agencias estatales, influidos por el trabajo de Cressey. Además, Gambetta insiste en la visión tradicional de la mafia como proveedores o “vendedores de protección”, bien fruto de los mecanismos de extorsión practicados, bien por la debilidad de las instituciones de seguridad legales (es decir, el Estado) ⁷⁸. Para este autor, la mafia “vende” una “protección” y garantiza un entorno “seguro” para las transacciones comerciales cuando no existe confianza y la democracia es débil. Por ello, los “clientes” practican una “elección racional” en el mercado de protección: “mientras que algunos pueden ser víctimas de la extorsión, muchos otros son clientes por voluntad propia” ⁷⁹. De esta forma, su incursión en los negocios (legales o ilegales) deriva, para Gambetta, en esa facultad para proporcionar “protección”, bajo una “marca registrada” (la reputación identificada por Finckenauer y Paoli) distintiva y exclusiva de una “empresa” concreta, lo que le permite asegurarse dicha actividad frente a otras organizaciones y no ve reducida su actividad a la mera provisión de bienes y servicios ilícitos. Por tanto, Gambetta comparte una visión del *underworld* similar a la mantenida por Thomas Schelling desde la teoría del mercado.

Autores posteriores, como Letizia Paoli, han criticado esta visión eminentemente mercantilista de las organizaciones criminales realizada principalmente por economistas. Sin embargo, estos mismos autores han caído en redundantes mitificaciones del concepto y generalidades observadas en la doctrina y la literatura policíaca, reduciendo en su análisis del crimen organizado su ámbito de estudio a las asociaciones de tipo mafioso italianas y, en particular, la *mafia* siciliana u otras

⁷⁷ *Ibidem*. En el mismo sentido, CESONI, M. L., « L'Italie, un pays précurseur », *loc. cit.* en Nota 74, p. 599.

⁷⁸ GAMBETTA, D., *The Sicilian Mafia. The Business of private protection*, Harvard University Press, Paperback Edition, Harvard, 1996.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 2 (traducción propia).

manifestaciones regionales ⁸⁰. En un intento por desmentir la unicidad del planteamiento de autores como Gambetta —la búsqueda racional del beneficio económico defendido por la doctrina economista—, Paoli define las organizaciones mafiosas como asociaciones políticas en el sentido Weberiano del término, es decir, “organizaciones que garantizan la subsistencia y la validez de su propio orden legal en un área territorial concreta por medio del uso o de la amenaza del empleo de la fuerza física” ⁸¹. Lejos de contribuir a desmitificar el concepto, Paoli coincide con la tesis fundamental de Cressey, la existencia de una “confederación” —*consortia* para la autora— que aglutina diferentes familias, aunque no de la manera centralizada identificada por Cressey, sino que en este consorcio mafioso “cada unidad mantiene su plena autonomía y los lazos societales están meramente basados en la herencia cultural común y la organización estructural[, lo que] Emile Durkeim llama “solidaridad mecánica[...]” ⁸²; una solidaridad fortalecida o favorecida por los lazos rituales o “contratos de fraternización” ⁸³.

Fuera de Italia, la doctrina de otros países europeos también se ha hecho eco del concepto estadounidense, adaptándolo a su realidad socio-política concreta sin, por ello, sufrir grandes modificaciones o, mejor dicho, desmitificaciones. La contextualización del término no ha sido un obstáculo para aglutinar las mismas carencias e idealizaciones observadas en sus homólogos estadounidenses. En cambio, al contrario que en Estados Unidos, la doctrina europea va a ser posterior a la inserción en la legislación penal de una referencia al crimen organizado y, en general, la respuesta de las autoridades del orden público. Es clara la ausencia de debate en torno al término *crimen organizado* en Europa, una doctrina limitada en su ámbito material y geográfico al estudio de las asociaciones de tipo mafioso italianas, a pesar de los “esfuerzos” de algunos autores por alertar de la extensión de la mafia italiana a otros países de Europa ⁸⁴ y que, con algunas

⁸⁰ Uno de los autores más destacados en este tipo de visión jerárquica y simplista del crimen organizado es Xavier Raufer, si bien no es el único. *Vid.*, por ejemplo RAUFER, X. y QUERÉ, S., *Une menace pour l'Europe. La mafia albanaise. Comment est née cette superpuissance criminelle balkanique ?*, Editions Favre, Lausanne, 2000; RAUFER, X., *Le grand réveil des mafias*, Editions J. C. Lattès, París, 2003 ; RAUFER, X., « Lutte contre le crime organisé : le parent pauvre de l'Union européenne ? », *Questions d'Europe*, Núm. 24, 10 de abril de 2006; RAUFER, X., *La criminalité organisée dans le chaos mondial. Mafias, Triades, Cartels, Clans*, Les éditions des Riaux, noviembre de 2006.

⁸¹ PAOLI, L., “The paradoxes...”, *loc. cit.* en Nota 58, p. 73.

⁸² *Ibid.*, p. 75.

⁸³ *Ibid.*, p. 77.

⁸⁴ *Vid.* Nota 80.

excepciones, no llegaron a tener mucho eco en la doctrina europea hasta finales de los años 90 del siglo pasado. Los demás países europeos se han visto influidos (sobre todo, su doctrina) por la literatura italiana, por tanto, insertando en sus legislaciones las asociaciones de tipo mafioso como prototipo de crimen organizado, si bien otros países, como el Reino Unido, han optado por el término *serious crime* y el *conspiracy* para abordar este fenómeno delictivo desde una perspectiva mucho más amplia, sin incluir referencias a la estructura organizativa del grupo delictivo que pudieran redundar en una conceptualización restringida y centrándose en la naturaleza seria del riesgo o de la amenaza de sus actividades delictivas, lo que ha provocado una fuerte disparidad en la concepción del crimen organizado en el seno de la UE.

Uno de los primeros países europeos en adoptar una definición a nivel estatal es Alemania, derivada en este caso de las instituciones policiales, no de la doctrina. En mayo de 1990, un grupo de trabajo conjunto Policía-Justicia ofreció una definición de “crimen organizado” en la que se ha basado la labor de la Policía Federal alemana (*Bundeskriminalamt*, BKA) desde entonces. Según esta definición, eminentemente operativa realizada en el ámbito policial, el crimen organizado se delimita en torno a varios elementos: *a)* asociación estable o de duración indeterminada de más de dos personas; *b)* actuación planificada y con división del trabajo; *c)* realización de negocios legales o ilegales, en solitario o en conjunto; *d)* con la finalidad de obtener un beneficio económico o poder; *e)* aprovechamiento de estructuras comerciales o de negocios; *f)* uso de la fuerza u otro medio de intimidación; y *g)* cuyos miembros ejercen influencia en la política, los medios de comunicación, la administración pública, la Justicia o la economía⁸⁵. La vaguedad de los términos empleados y la ausencia de definición legal en el Código Penal alemán han dotado a la BKA de un concepto “atrapa-todo”, que le posibilita la inclusión de diversos grupos no necesariamente ligados al crimen organizado a través de una (falsa) definición pragmática a base de un listado de elementos. Por ello, ciertamente criticable, como mantiene Jorg Kinzig:

[...] las actividades de investigación policial se desarrollan de manera pragmática, buscando la eficacia de la aprehensión del fenómeno de la criminalidad organizada,

⁸⁵ http://www.bka.de/DE/ThemenABisZ/Deliktsbereiche/OrganisierteKriminalitaet/ok_node.html?_nnn=true [última consulta: 31.8.2015].

Para un análisis de la evolución de la legislación alemana, *vid.* MALJEVIĆ, A., ‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’. *Different legal models against criminal collectives*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, especialmente pp. 26-71.

mientras que el legislador parece considerar las infracciones relativas a actividades particulares como suficientes para asegurar la sanción.⁸⁶

Sin embargo, esta definición pragmática y operativa, condicionada claramente por la doctrina y la práctica estadounidenses, también ha influido, a su vez, tanto a las instituciones policiales belgas como helvéticas⁸⁷ y acabaría por imponerse en el seno de la UE. En Francia, en cambio, el concepto ha sido contestado, razón por la cual no se ha adoptado una legislación específica para luchar contra la criminalidad organizada como en otros países de nuestro entorno, pues se entendió que la infracción tradicional de *association de malfaiteurs* era suficiente para cubrir la incriminación penal de un individuo o un grupo criminal por la comisión de un acto delictivo concreto o, simplemente, por su pertenencia a este tipo de asociaciones⁸⁸. Esto a pesar de la creación de una comisión de investigación a principios de los 90 que pretendía la aprobación de una normativa al respecto. Para contrarrestar esa ausencia de infracción específica, el juez dispone, no obstante, de las circunstancias agravantes y de penas graves para determinados tipos de actos delictivos. Además, en 2004, se aprobó una ley para establecer agravantes en una quincena de infracciones suplementarias⁸⁹, por lo que, conjuntamente con la infracción de *association de malfaiteurs*, serviría para “cubrir el expediente”.

Otros países europeos han sucumbido a la influencia de la doctrina y la práctica estadounidenses, introduciendo tipificaciones específicas para incriminar a los individuos pertenecientes a la criminalidad organizada. Tras la labor realizada por una comisión de investigación parlamentaria (1996-1998), el juez belga dispone de una tipificación específica aplicable a la criminalidad organizada, la ley de 10 de enero de 1999 sobre la tipificación de participación en organización criminal⁹⁰. A pesar de estar

⁸⁶ KINZIG, J., « Mesures de lutte contre la criminalité organisée en Allemagne », CESONI, M. L., *Criminalité organisée...*, loc. cit. en Nota 34, p. 683.

⁸⁷ Para mayor detalle, vid. CESONI, M. L., “Conclusions générales”, CESONI, M. L., *Criminalité organisée...*, op. cit. en Nota 34, pp. 697-699.

⁸⁸ Vid., por ejemplo, BISIQU, Y., “Le concept de criminalité organisée en France”, CESONI, M. L., *Criminalité organisée...*, op. cit. en Nota 34, pp. 619-646.

⁸⁹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl02-314.html> [última consulta: 31.8.2015].

⁹⁰ SENAT DE BELGIQUE, Document législatif n° 1-326/9, Commission parlementaire chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique, Rapport final fait par MM. Coveliers et Desmedt, 8 de diciembre de 1998.

Vid., especialmente para un análisis detallado del papel de la alarma social en la instauración de la comisión parlamentaria y la adopción de la legislación belga, CESONI, M. L. et al, *Les dispositifs de*

recogida la *association de malfaiteurs* en el Código Penal belga, el legislador optó por incluir un tipo específico para luchar contra la criminalidad organizada, de carácter puramente operativo, aunque por motivos nada relacionados con la tipificación de la organización delictiva con una figura más apropiada al fenómeno delictivo en sí, sino por la alarma social creada tras varios casos de pederastia en el país ⁹¹; una opción de oportunismo político ante una alarma social alejada de una reflexión en profundidad de política criminal muy común en los países de nuestro entorno ⁹². El caso de la Confederación helvética es paradigmático: la introducción de una definición y, en consecuencia, de una legislación específica se debió a la conclusión de un acuerdo de asistencia judicial (TEJUS, 1973) entre Suiza y los Estados Unidos, y, posteriormente, al establecimiento de un sistema de lucha contra el blanqueo de capitales, más que a la identificación de la existencia de un problema de criminalidad organizada en la Confederación ⁹³. Por último, en España, la adopción de una legislación específica represiva del crimen organizado, autónoma del delito de terrorismo, es relativamente reciente, estando ligada principalmente a la lucha contra el blanqueo de capitales y contra la droga, acción intensificada por las autoridades estatales a finales de la década de los años 80 del siglo pasado ⁹⁴.

3. La progresiva transnacionalización del fenómeno y la internacionalización de la respuesta penal. El papel del resurgido debate “securitario”

Es, precisamente, la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales la razón principal de la extensión de la respuesta de la Comunidad Internacional a otras áreas geográficas del planeta distintas de los Estados Unidos y de Europa occidental y, posteriormente, a otros ámbitos materiales de la actividad delictiva del crimen organizado, ayudados por la ambigüedad del concepto mismo. De hecho,

lutte contre les organisations criminelles : une législation sous influence ?, Academia Press, Gante, 2005, en particular pp. 175-207.

⁹¹ *Ibid.* Adicionalmente, CESONI, M. L., “Conclusions générales”, *op. cit.* en Nota 34, p. 692.

⁹² *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal...*, *op. cit.* en Nota 3.

⁹³ *Vid.* CESONI, M. L., “Conclusions générales”, *op. cit.* en Nota 34.

⁹⁴ Si bien la pertenencia a organización criminal se considera una circunstancia agravante para numerosos delitos, no existe en España una legislación específica para tratar la criminalidad organizada, sino que se recurre a la *asociación ilícita* (arts. 515 y 519 del Código Penal español, conjuntamente con otros artículos del texto incorporados en la reforma de 2010). Para un análisis de la legislación española en la materia, *vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, « La politique criminelle de l’Espagne en matière de crime organisé », ZEN-RUFFINEN, (ed.), *Du Monde Pénal. Mélanges en l’Honneur de Pierre-Henri Bolle*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2006, pp. 381-396.

éste adquiere progresivamente el carácter *transnacional* que había perdido en su conceptualización “clásica” pero que había sido una constante en las manifestaciones más “típicas” englobadas en la actualidad bajo el paraguas conceptual de *crimen organizado transnacional* (COT). El perfil transnacional de este fenómeno delictivo empezó a señalarse, no obstante, como una de las principales dificultades de la respuesta nacional e internacional mucho antes de la “guerra contra la droga” de la Administración Reagan. Ya en el Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente (1975), su Secretario Ejecutivo, el Prof. Gerhard O. W. Mueller, acuñó el término *crimen transnacional* para referirse a la “creciente” actividad ilegal transfronteriza de determinadas organizaciones criminales y empresas delictivas. Esta conceptualización coincide en el tiempo con la reconstrucción del fenómeno por la Sociología y la Criminología (especialmente en Estados Unidos e Italia) a finales de la década de 1980, claramente marcada por el modelo *empresarial* defendido por Smith y Schelling, entre otros, y con la pretensión de darle apariencia jurídica en la mayor parte de los ordenamientos estatales europeos, influidos, a su vez, por la legislación estadounidense.

En la conceptualización del fenómeno delictivo transnacional identificado por Mueller y autores posteriores existe una serie de similitudes con la visión “clásica” del crimen organizado (*inter alia*, estructura jerárquica, uso de la violencia, la extorsión o la intimidación, e influencia en los poderes públicos) y con la teoría del “crimen como negocio” del enfoque mercantilista (principalmente, búsqueda del beneficio económico a través de la provisión de bienes y servicios ilegales o de acopio de otros legales de manera ilícita). No obstante, desde finales de la década de 1980 se enfatiza en varios elementos sobresalientes de este “nuevo” ⁹⁵ tipo de criminalidad organizada, identificados por los Profs. Bassiouni y Vetere: 1) las actividades transnacionales y lazos extranacionales con grupos similares; 2) mayor tamaño; 3) elevado volumen de actividad criminal; 4) elevado nivel de rentabilidad; 5) significativa provisión de capital;

⁹⁵ En realidad, podemos afirmar que la novedad no es tanto la progresiva “internacionalización” o “transnacionalización” de las actividades delictivas de los grupos criminales —que, evidentemente, van a aprovechar las diferencias legales entre los Estados y el fenómeno de la *globalización* para sus respectivos negocios ilícitos—, sino la consideración, cada vez más patente, de esta transnacionalidad de la actividad criminal como una razón esencial para priorizar la respuesta internacional por parte de las autoridades estatales e internacionales y de la doctrina, así como del daño o riesgo que para el conjunto del Estado tienen dichas actividades delictivas.

y, 6) poder e influencia en sus respectivas esferas de actividad ⁹⁶. Así, al menos, es identificado tanto por la doctrina como por los líderes políticos y autoridades policiales y judiciales estatales, que llaman a la Comunidad Internacional a intensificar sus esfuerzos por mejorar la cooperación transfronteriza ante este “nuevo riesgo” para la seguridad de los Estados y el bienestar de los ciudadanos. A nivel internacional, también las instituciones judiciales se han movilizad para apoyar las tesis de esta incipiente doctrina “transnacionalista” y de las autoridades policiales y de seguridad. Entre los movimientos de jueces más destacados, merecen especial consideración por su repercusión en el proceso de integración comunitaria el *llamamiento de Ginebra* (1996) ⁹⁷ y la Declaración de Aviñón (16.10.1998), en la que la Judicatura pidió unánimemente posicionar la cooperación judicial en el centro de la construcción europea.

A la labor realizada desde las agencias estatales y diversas instancias internacionales por “reinventarse” tras la Guerra Fría tanto a nivel estatal como internacional, hemos de añadir la reconfiguración de la doctrina —especialmente la Sociología y la Criminología— y las nuevas teorías *internacionalistas* de la seguridad, que van a “explotar” la ambigüedad del concepto. En realidad, en el discurso securitario promulgado por autoridades internacionales y estatales, así como por la doctrina, observamos que “la ambigüedad conceptual proporciona oportunidades para un uso ‘flexible’ del concepto de crimen organizado para acomodarlo a una diversidad de intereses políticos e institucionales” ⁹⁸. De esta forma, el término pasa a ser la piedra angular de la nueva conceptualización de la seguridad estatal e internacional en la década de 1990 —hasta la (re)aparición del terrorismo en la agenda de seguridad internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001—, centrada ahora en la “desterritorialización” de los riesgos y amenazas ⁹⁹; unos riesgos que, a diferencia de los

⁹⁶ BASSIOUNI, C. y VETERE, E., “Towards Understanding Organized Crime and its Transnational Manifestations”, BASSIOUNI, C. y VETERE, E. (Eds.), *Organized Crime. A Compilation of U. N. Documents, 1975 — 1998*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, Nueva York, 1998, p. xxxii.

⁹⁷ Llamamiento firmado en Ginebra el 1 de octubre de 1996 por siete magistrados europeos, entre ellos el Juez Baltasar Garzón Real, a favor del refuerzo de la construcción de un “verdadero espacio de justicia europeo en el seno del cual los magistrados podrán, sin otras trabas que aquellas del Estado de Derecho, investigar e intercambiar las informaciones útiles para las pesquisas en curso.” Texto disponible en: <http://ge.ch/justice/appel-de-geneve> [última consulta: 31.8.2015].

⁹⁸ VON LAMPE, K., “Afterword. Organized Crime Research in Perspective”, VAN DUYNE, P.; VON LAMPE, K. y PASSAS, N., *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2002, p. 190 (traducción propia).

⁹⁹ En la dialéctica securitaria se acuñan nuevos términos, como *riesgo* y *amenaza*, tan ambiguos como utilizados por la doctrina y las autoridades policiales, para identificar los fenómenos que, supuestamente, ponen en jaque la seguridad de los Estados y el bienestar de sus ciudadanos. *Vid.*,

observados en épocas pasadas, son *asimétricos*: “dinámicos, menos predecibles, en red, fluidos, auto-organizados y en constante evolución y adaptación” ¹⁰⁰. En este discurso securitario, el crimen organizado —transnacional— encuentra rápido acomodo, como uno de los actores implicados —“no el único partícipe de las actividades ilegales [...], pero] más peligroso que otro tipo de criminalidad [por] su método altamente organizado o empresarial” ¹⁰¹— en lo que Moisés Naím, siguiendo esta nueva corriente de las Relaciones Internacionales, denomina las “cinco guerras de la globalización”: los mercados ilícitos de armas, drogas, seres humanos, propiedad intelectual y dinero ¹⁰².

En línea con este resurgimiento del discurso securitario de finales de la década de 1980 y principios de los 90, Vincenzo Ruggiero identifica en la literatura y el discurso institucional los *miedos oficiales* “tradicionales”, a los que añade otro “alternativo” ¹⁰³. El autor observa una triple perspectiva en la doctrina y el discurso oficial: *i*) la reinención de la teoría de la “conspiración del extranjero” (*alien conspiracy*), en la que la peligrosidad de la criminalidad organizada transnacional radica, no en la actividad criminal transfronteriza en sí misma, sino en la actividad criminal que se origina en países en desarrollo que cruza las fronteras de los Estados desarrollados y en la que el componente étnico es esencial para determinar la “naturaleza criminal” de estos grupos transnacionales; *ii*) la victimización del mercado “libre”, puesto que se afirma que los grupos criminales están abandonando las actividades visibles del mercado lícito para blanquear los productos del delito en un sector financiero caracterizado por el secreto bancario, cómplice de dichos negocios; y

verbigracia, DUEZ, D., *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2008, pp. 40 y ss.; GARCÍA, C. y RODRIGO, Á. (Eds.), *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008; KALDOR, M., *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Editorial Tusquets, Barcelona, 2001.

¹⁰⁰ SCHREIER, F., “Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations”, *Occasional Papers*, Núm. 16, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009, Ginebra, p. 6 (traducción propia), disponible en: www.dcaf.ch/publications [última consulta: 31.8.2015].

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰² NAÍM, M., *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona, 2006.

En esta línea securitaria, entre otros, ARÍSTEGUI, G. de, “El delito transnacional”, *Política Exterior*, Núm. 66, Vol. XII, noviembre-diciembre de 1998, pp. 113-122; BERDAL, M. y SERRANO, M., “Crimen transnacional organizado y seguridad internacional: la nueva topografía”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, Fondo Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 293-309; SCHREIER, F., “Fighting the Pre-eminent Threats...”, *op. cit.* en Nota 100.

¹⁰³ RUGGIERO, V., “Transnational Crime: Official and Alternative Fears”, *International Journal of the Sociology of Law*, Núm. 28, Academic, Press, 2000, pp. 187-199.

iii) la victimización del ser humano, especialmente de las víctimas del tráfico ilegal de migrantes o de la trata de personas, al considerarlas conscientes de la ilicitud de dichos tráfico y, por tanto, igualmente responsable de dichos delitos. A estos *miedos* “tradicionales” el autor añade otro “alternativo” que está en el imaginario de la mayor parte de las agencias internacionales y estatales de implementación de la ley: la erosión de los Derechos civiles y las legislaciones estatales a través de la evasión de las jurisdicciones nacionales en la comisión de las actividades criminales transfronterizas; unas actividades que no están limitadas al COT, sino que involucran a otras “empresas criminales”: el *crimen corporativo* y el *crimen de cuello blanco*. Sería, precisamente, esta “alianza” entre organizaciones criminales “convencionales” y “delincuentes de cuello blanco” la principal preocupación de las autoridades, no “por alentar el crecimiento del crimen organizado a nivel internacional, sino por el hecho de que animen asociaciones entre los delincuentes organizados y de cuello blanco”¹⁰⁴.

Uno de los autores más críticos ante el alarmismo de la doctrina “securitaria” es Michael Woodiwiss¹⁰⁵, quien afirma:

[...] la constante especulación, hipérbole, predicación y creación de mitos ha servido para confundir y distraer la atención de políticas fallidas, la corrupción institucional y la actividad criminal mucho más sistemática que fue más dañina y destructiva que los crímenes de la ‘Mafia’.¹⁰⁶

A pesar de estas críticas por lo exagerado de algunas teorías sobre el crimen organizado y su carácter transnacional, lo cierto es que el término se asentaría definitivamente a nivel internacional con la aprobación de la Convención de Palermo, como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle en el epígrafe cuarto del presente Capítulo. La principal aportación de esta nueva conceptualización del crimen organizado —ahora con el calificativo añadido de *transnacional*— operada por la doctrina securitaria y las propias instituciones estatales e internacionales, es su

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 197.

¹⁰⁵ WOODIWISS, M. y HOBBS, D., “Organized Evil and the Atlantic Alliance. Moral Panics and the Rhetoric of Organized Crime Policing in America and Britain”, *British Journal of Criminology*, agosto de 2008, pp. 1-23; WOODIWISS, M., “Organized Crime – The Dumbing of Discourse”, *British Criminology Convergence: Selected Proceedings*, Vol. 3, 2000, disponible en: www.lboro.ac.uk/departments/ss/bsc/bccsp/vol03/woodiwiss.html [última consulta: 31.8.2015].

También en esta línea crítica con el discurso securitario, EDWARDS, A. y GILL, P., “The politics of ‘transnational organized crime’: discourse, reflexivity and the narration of ‘threat’”, *British Journal of Politics and International Relations*, Núm. 2, Vol. 4, junio de 2002, pp. 245-270.

¹⁰⁶ WOODIWISS, M., “Organized Crime...”, *loc. cit.* en Nota 105.

influencia “racionalizadora”, en torno a una serie de elementos que se consideran indispensables para la tipificación del fenómeno y de la naturaleza de las respuestas policial y penal. Sin embargo, no hemos de olvidar la extraordinaria influencia de la política criminal de algunos Estados en la definición de los contornos del concepto y de su aplicación generalizada, si bien carente de una definición universalmente aceptada. Como afirma la Profa. Maria Luisa Cesoni respecto del concepto y de su universalización a pesar de los límites que le son propios:

Desprovista de una definición unívoca, esta noción tiene, no obstante, un carácter operacional y produce efectos jurídicos remarcables. Ha reemplazado al tema de la droga en tanto que factor de racionalización del espacio penal a nivel internacional y nacional. Ha justificado la elaboración de nuevas tipificaciones [...] o de medidas procesales de excepción [...]. Produce efectos incluso en los países [...] que no han introducido una infracción específica que englobe este fenómeno [...] contentándose con recurrir a la infracción clásica de asociación de malhechores o a la aplicación de circunstancias agravantes.¹⁰⁷

3. Hacia la necesaria desmitificación del fenómeno. Ensayo de definición del crimen organizado transnacional y distinción con otros delitos

Muchos autores siguen tratando en la actualidad el COT —identificado por lo general con la *mafia* siciliana— como una *societas secreta*, fuertemente jerarquizada y regida por la “ley del silencio”¹⁰⁸. Antes de empezar a analizar el fenómeno delictivo organizado en relación con el marco jurídico internacional previsto en el seno de Naciones Unidas, resulta, por tanto, imprescindible *desmitificarlo*; es decir, intentar desproveerlo de cierta idealización o, incluso, exageración de alguno de sus elementos. Esta idealización ha caracterizado en el pasado y todavía en nuestros días la

¹⁰⁷ CESONI, M. L., “Conclusions générales”, *loc. cit.* en Nota 34, p. 689.

¹⁰⁸ Sirva de ejemplo la definición de *mafia* que ofrece Xavier Raufer en gran parte de su obra. *Vid.* Nota 80 para referencias.

Otros autores son igualmente partidarios de esta estructura fuertemente jerarquizada y basada en la *omertà* o leyes internas similares. *Vid.*, verbigracia, STERLING, C., *Pax Mafiosa. Les multinationales du crime vont-elles s'emparer du pouvoir au niveau mondial ?*, Robert Laffont, 1994; ROBINSON, J., *The Merger : How Organized Crime is Taking Over the World*, Simon & Schuster, 2000; CRETIN, T., *Mafias du monde. Organisations criminelles transnationales. Actualités et perspectives*, 4ª edición revisada y aumentada, Collection Criminalité Internationale, Presses Universitaires de France, París, 2004; WILLIAMS, P., “Cooperación entre organizaciones criminales”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen Transnacional Organizado...*, *op. cit.* en Nota 102, pp. 108-128.

conceptualización que se ha hecho del COT, especialmente respecto de ciertos de sus elementos, como la existencia de una estructura fuertemente jerárquica, la *omertá* o el código de silencio, el recurso generalizado a la violencia o el deseo de conseguir “poder” o de afianzarse en un territorio frente a otras organizaciones, entre otros componentes identificados por la doctrina clásica y de los que el cine se ha nutrido en numerosas ocasiones, contribuyendo igualmente a su mitificación ¹⁰⁹. Es claro que existen elementos teorizados por la doctrina (en particular, la denominada “clásica” o “burocrática”) que son imprescindibles para caracterizar al fenómeno y distinguirlo de otros delitos, como la existencia de una estructura organizativa que permanezca en el tiempo. No obstante, en nuestro análisis intentaremos eliminar toda connotación idealizada o mitificada con el fin de establecer unos parámetros de estudio lo más racionales posible, necesarios para nuestro razonamiento en un campo doctrinal fuertemente influido por la Criminología, la literatura policíaca y el cine. También consiste en reconocer la peligrosidad que las actividades delictivas de este tipo específico de criminalidad transnacional encierra para las economías y el desarrollo de los Estados, el bienestar y protección de sus ciudadanos, si bien intentaremos evitar caer en tópicos o exageraciones alarmistas que no se corresponden con la realidad —o, en su defecto, las estadísticas policiales ¹¹⁰—.

1. Elementos característicos del crimen organizado transnacional

Partiendo de que “[n]o es posible ofrecer un concepto unívoco de criminalidad organizada, sino aproximaciones a su contenido” ¹¹¹, hemos de resaltar los elementos principales que pueden ayudarnos a identificar el COT en la actualidad. En realidad, no se trata de definir el concepto que, por esencia, estará sujeto a ambigüedad e indefiniciones; sino, más bien, resaltar unos elementos necesarios para su estudio, a

¹⁰⁹ Por ejemplo, la trilogía de *El Padrino*, de Francis Ford Coppola, *Los Intocables de Eliot Ness*, de Brian de Palma, o la comedia *Con faldas y a lo loco*, de Billy Wilder, recurren en sus guiones y la caracterización de sus personajes a esta conceptualización del crimen organizado identificado por la doctrina “tradicional”.

¹¹⁰ Sin embargo, hemos de tener en cuenta que “las informaciones puestas a disposición por la policía están influidas por su propia representación del fenómeno (así como por las medidas de las que dispone para investigarla)”. CESONI, M. L., “Introduction générale”, CESONI, M. L., *Criminalité organisée...*, *op. cit.* en Nota 34, p. 18 (traducción propia).

¹¹¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 235.

través del recurso a varios instrumentos legales adoptados a nivel internacional, regional o nacional, así como a la doctrina, la jurisprudencia y algunos estudios procedentes de las autoridades del orden público. En nuestro análisis, entenderemos que el concepto de COT es un tipo de criminalidad transnacional que ejerce su actividad delictiva, esencialmente grave, a través de unos medios particulares, aunque no exclusivos, como pueden ser el blanqueo de capitales, la violencia, la intimidación, la extorsión o la corrupción. Además, en este estudio entenderemos por COT tanto la estructura organizativa como las actividades delictivas que los grupos criminales llevan a cabo y que suponen una amenaza para la seguridad del Estado y el bienestar de sus ciudadanos, en línea con la tesis planteada por los Profs. Bassiouni y Vetere ¹¹². Por tanto, nos centraremos en analizar el COT como asociación o grupo delictivo, si bien aludiremos igualmente al término en nuestro análisis, de manera genérica, para referirnos a las manifestaciones delictivas concretas llevadas a cabo por dichos grupos.

En primer lugar, el principal elemento que hemos de analizar para hablar de COT es el de *organización*, con sus propios indicadores o atributos distintivos. La existencia de una estructura es un elemento imprescindible para diferenciar el crimen organizado del “crimen que es organizado”, por seguir la terminología empleada por James O. Finckenauer, así como de otros delitos económicos relacionados, como el blanqueo de capitales o el “crimen de cuello blanco” (*vid. infra*). Es decir, la organización ha de ser capaz de “sobrevivir” a las personas que la componen, puesto que resulta crucial para evitar que la encarcelación de uno o varios de sus miembros suponga su desaparición, elemento esencial en el grupo que está directamente relacionado con el carácter de permanencia temporal de la organización y con la peligrosidad de este tipo concreto de criminalidad transnacional, a diferencia de otros tipos de delincuencia *común* o el concierto entre dos o más personas para la comisión inmediata de un delito.

¹¹² “El crimen organizado es la etiqueta dada al fenómeno criminal representado por ciertos grupos implicados esencialmente en actividades delictivas violentas y motivadas por el lucro.” BASSIOUNI, C. y VETERE, E., “Towards Understanding Organized Crime...”, *loc. cit.* en Nota 96, p. xxvii.

Para un análisis generalizado del estudio del fenómeno (conceptualización, tratamiento comparado, teorías), *vid.* ANARTE BORRALLA, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Editorial Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 13-57.

El concepto de criminalidad organizada expresa, por un lado, la estructura y la actividad organizativa de los delitos; por otro, la actividad delictiva realizada de manera sistemática desde la estructura organizativa estable constituida por una pluralidad de personas. Así superamos la contradicción [...] en la historia de la figura delictiva asociativa, entre la tendencia a la especificidad y la tendencia a la generalización. Una forma de criminalidad organizada [...] es definida por un lado por los delitos que fueron realizados en el contexto de la dimensión organizativa estable, y, por otro lado, por la estructura personal organizativa y de la dinámica funcional.¹¹³

Por lo tanto, esta *estructura organizativa estable*, con su propio *modus operandi* o dinámica funcional, es elemento esencial en toda definición. Algunos autores y legislaciones no dejan claro qué tipo de organización es necesaria o qué atributos se consideran indispensables, limitándose a incluir un requisito numérico o hablar de una “pluralidad de personas”; una vaguedad en los términos que ha recibido críticas por su arbitrariedad y simplismo, como se ha manifestado respecto de la Convención de Palermo. Así, por ejemplo, la UE identificó a finales de la década de 1990 varios elementos esenciales, de obligada concurrencia para poder hablar de criminalidad organizada, siendo el primero de ellos la necesaria colaboración entre “más de dos personas” en un grupo o asociación, además de la comisión de delitos graves, una cierta estabilidad o permanencia en el tiempo del grupo y el ánimo de lucro o del poder¹¹⁴; requisito numérico mínimo exigido asimismo en el caso del Consejo de Europa¹¹⁵ y mantenido en la jurisprudencia española¹¹⁶. Sin embargo, tal requisito numérico no es

¹¹³ ALEO, S., “Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell’organizzazione”, PATALANO, V., (A cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2003, p. 15 (traducción propia).

¹¹⁴ Además de estos cuatro elementos imprescindibles, la UE identifica otros siete que, de manera acumulada, pueden darse en la criminalidad organizada: distribución de tareas específicas asignadas, control interno o disciplina, actividad internacional, uso de la violencia u otros medios de intimidación, utilización de estructuras comerciales o de negocios, blanqueo de capitales y presión sobre el poder político. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revisión del doc. 12247/1/94 ENFOPOL 161 REV 1 a partir del doc. 5717/97 ENFOPOL 22 como resultado de la reunión de expertos de los días 13 y 14 de febrero de 1997, dedicada al mecanismo de elaboración de informes de la UE sobre delincuencia organizada*, 6204/2/97, REV 2 – Enfopol 35, Bruselas, 21 de abril de 1997.

¹¹⁵ COMITÉ DE MINISTROS, Recomendación (2001) 11 relativa a los Principios Básicos en la lucha contra el crimen organizado, adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2001, en la 765 reunión de los Ministros Delegados.

¹¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1988 y de 18 de septiembre de 1995, entre otras. Así, “[la] existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo”. STS 1306/2003, Sala 2ª, de lo Penal, 6 de octubre de 2003.

suficiente para que podamos entender que nos encontramos ante una “organización” delictiva, puesto que, además de ser excesivamente reducido, nada dice de su estructura y potencial de supervivencia a la detención y enjuiciamiento de sus miembros; capacidad identificada por algunos autores e instancias policiales como uno de los principales motivos de la peligrosidad de este tipo de criminalidad frente a otras asociaciones o acuerdos delictivos “tradicionales” o *delincuencia común*. En un extremo opuesto, la falta de una estructura organizativa, que posea tres o más miembros con una cierta especialización y estable en el tiempo, nos impediría hablar de crimen organizado, pudiendo tratarse de meras redes de delincuencia o de delincuentes “tradicionales”¹¹⁷ con conexiones transnacionales puntuales o más o menos estables y que han sido objeto de análisis por una parte de la doctrina, más partidaria de hablar de “estructuras de redes fluidas” en lugar de jerarquías más formales y estables en el tiempo, o las “confederaciones” del crimen identificadas por Donald R. Cressey¹¹⁸.

Por oposición a esta parte de la doctrina que duda o critica la existencia de una organización estructurada y estable en el tiempo, buena parte de los autores incide en estos componentes básicos del crimen organizado. Choclán Montalvo, por ejemplo, identifica determinadas condiciones que deben concurrir para constituir organización en sentido jurídico-penal —aplicable igualmente a los ámbitos policial y criminológico—, de entre las cuales destacamos por su especial relevancia: el carácter de delincuencia de grupo, la existencia de un centro de poder, la actuación a distintos niveles jerárquicos, la fungibilidad o intercambiabilidad de sus miembros, la profesionalidad en el uso de las nuevas tecnologías y la logística, la presencia en los mercados como medio de transformación de beneficios ilícitos, la gravedad de los delitos cometidos y el ánimo de

¹¹⁷ Algunos autores ofrecen una visión extremadamente atomizada de organización delictiva. En este caso, refiriéndose a las redes de inmigración ilegal y de trata de seres humanos:

“El problema principal es que cada vez más las redes [criminales organizadas] actúan como sistemas interconectados de forma más o menos flexible, sin una jerarquía estricta, con una relación basada en criterios de especialidad y dirección de las redes desde otros países a través de modernas formas de comunicación o, en todo caso, personas jerárquicamente independientes que ejecutan diferentes roles, en función de la fase de desarrollo del tránsito y, en muchos casos, con estructuras de tipo empresarial”. LEÓN, F. C. de, “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos”, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 168.

¹¹⁸ WILLIAMS, P., “Transnational Criminal Networks”, ARQUILLA, J. y RONFELDT, D. (Eds.), *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime and Militancy*, RAND Corporation, Santa Monica (California), 2001, pp. 61-97.

lucro ¹¹⁹. Para el autor, sin embargo, la movilidad internacional (o transnacional) no sería necesaria para que fuese calificada como delincuencia organizada, aunque reconoce que es la que más preocupa en la actualidad ¹²⁰.

En realidad, la mayor parte de los atributos indicados por Choclán Montalvo inciden en la estructura de la organización, destacando esencialmente tres: el carácter permanente, jerarquizado y especializado (dentro de la estructura) de sus componentes. Por tanto, sin caer en identificaciones absolutas con la *mafia* u otras estructuras organizativas fuertemente jerarquizadas, para que estemos ante una organización en sentido estricto es necesario un mínimo de distribución de tareas dentro de una estructura formalizada, de alguna manera asignadas a sus distintos miembros, y un mínimo de organización interna que garantice su supervivencia más allá de la posible encarcelación, abandono o fallecimiento de sus miembros individualmente considerados. Con carácter general, no sería necesario que dichos roles permanezcan fijos en el tiempo, puesto que pueden cambiar si las circunstancias así lo requieren — por ejemplo, en caso de encarcelación de alguno de sus miembros o de la dirección de la organización—, ni que exista una jerarquía fija claramente identificable —acompañada de una férrea disciplina, elementos retratados por Cressey en su teorización del crimen organizado—. Sí es indispensable, no obstante, que se establezca una distribución de tareas entre los diferentes miembros de un grupo delictivo organizado; una asignación de roles que tendrá repercusión en la autoría de los delitos perpetrados en su seno y, en consecuencia, en la persecución penal que el Derecho ha de garantizar en sus distintos grados de ejecución (autoría/coautoría, inducción, complicidad, colaboración necesaria, etc.) y que supone uno de los principales desafíos del Derecho penal moderno, erigido en la última década en un instrumento más al servicio de la política de seguridad de los Estados, como queda confirmada por la Convención de Palermo.

Una vez que tenemos claro que estos elementos resultan esenciales para definir la organización criminal, es necesario, empero, cierto grado de flexibilidad. Los distintos grupos delictivos están influidos por el tipo de actividades desarrolladas, por

¹¹⁹ En otros de los elementos señalados por el autor, éste se muestra claramente influido por la doctrina clásica y, por ello, entendemos que no debieran ser retenidos en el presente estudio. En cambio, el elemento de la intención socio-política sí que consideramos que podría ser tenido en cuenta, pero únicamente en el caso de determinados grupos delictivos en América Latina, como analizaremos con mayor detalle en el epígrafe tercero de este Capítulo. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada...”, *op. cit.* en Nota 111, pp. 243 y ss.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 243.

las oportunidades de “negocio” (demanda de bienes y servicios ilegales) y por el contexto socio-político en el que se desarrollan sus actividades y/o se desenvuelven dichos grupos, por lo que todos estos grupos no necesariamente tienen desarrollada la estructura de la organización del mismo modo. Por otra parte, tampoco todos los grupos recurren a la violencia, la corrupción de las esferas públicas o la intimidación de sus víctimas o rivales, ni tienen que dedicarse a las mismas actividades ilícitas, lo que exige un tipo de organización concreta o la flexibilidad en la distribución de tareas y especialización de sus miembros. En algunos casos, la estructura, con todos los elementos de jerarquía, reparto de tareas y especialización que se derivan de ella, no estará tan desarrollada como en otras agrupaciones delictivas, como es especialmente el caso de aquellas identificadas con la *mafia*. Sin embargo, el elemento estructural, más o menos desarrollado, y el carácter de “delincuencia de grupo” identificado por Choclán Montalvo son indispensables para garantizar que se trata de actividades delictivas del grupo en sí, no fruto de ilícitos individualmente cometidos por sus miembros, sino de un plan delictivo concertado por el grupo, a instancias de una dirección y, en su caso, coadyuvado por uno o varios cómplices o colaboradores necesarios. Es el carácter *sistémico* de la actividad criminal identificado por Salvatore Aleo ¹²¹ y por Anne T. Romano y John M. Martin; es decir, “el comportamiento colectivo de grupos algunas veces formalmente organizados como burocracias” ¹²², otro de los elementos esenciales a la hora de calificar un grupo como COT y poder diferenciarlo de otros tipos de delincuencia más o menos organizada o común.

La permanencia de la estructura organizativa —como una de las manifestaciones concretas de la existencia de dicha organización, junto con la división de tareas y especialización dentro de la misma— también ha sido identificada repetidamente por la doctrina y la jurisprudencia como un atributo central en la identificación del COT, si bien la mayoría de los estudios ha optado por dejarla en un segundo plano, centrándose en analizar el elemento jerarquía. No obstante, la permanencia debe considerarse como un requisito sin el cual no podemos hablar de crimen organizado. Esto es así porque este

¹²¹ ALEO, S., “The Definition and Repression of...”, *loc. cit.* en Nota 32, p. 75. En el mismo sentido, MALJEVIĆ, A., ‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’..., *op. cit.* en Nota 85.

¹²² Ambos autores teorizan sobre el “crimen sistémico multinacional” en su obra de principios de la década de los 90, identificado el carácter *sistémico* de estos grupos en torno a varios elementos: liderazgo propio, división del trabajo, tradiciones, normas sociales, recompensas y sanciones. MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime...*, *op. cit.* en Nota 68, pp. 14-15.

elemento es indispensable para que la actividad delictiva de la organización se perpetúe en el tiempo, más allá de la comisión de un delito o varios durante un espacio temporal determinado y de su composición personal en un momento dado. La permanencia, como tendremos oportunidad de ver en el epígrafe cuarto al analizar la Convención de Palermo, ha sido identificado como prioritario para hablar de COT y está directamente enlazado con el carácter temporal que garantiza la supervivencia de la organización delictiva más allá de la participación, eventual o continuada, de sus miembros individualmente considerados.

Por último, dentro del elemento *organización* que caracteriza al COT y lo distingue de otras actividades delictivas, hemos de considerar la intercambiabilidad o fungibilidad de los miembros del grupo como atributo distintivo frente a otros delitos o asociaciones delictivas. En 1963, a raíz del caso *Eichmann*, Claus Roxin planteó la fungibilidad del ejecutor inmediato a través de los aparatos de poder¹²³, redundando en la importancia de la estructura organizativa (“dominio de la organización”¹²⁴) y la irrelevancia de los miembros de la organización individualmente considerados. Con la teoría de la fungibilidad de los ejecutores que integran la organización se destaca el carácter sustituible y anónimo de sus miembros, quienes se integran y adaptan al ritmo del aparato criminal en un afán por escalar en la organización hacia puestos de dirección o, simplemente, por un “empeño excesivo en prestar servicio”¹²⁵, cuestiones ausentes en un *no miembro* y en otros tipos de delincuencia común y que han servido para distinguir esta teorización de la participación delictiva mediata de la coautoría o de otros tipos delictivos previamente identificados (por ejemplo, incitación o complicidad), que sí necesitan del conocimiento de la identidad de la parte ejecutora. En esta fungibilidad de los miembros de una organización criminal radica la verdadera peligrosidad del COT y ha sido la razón por la cual se ha esgrimido la necesidad de actuar de manera

¹²³ Fungibilidad es “la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo”, ROXIN, C., “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Núm. 7, 2006, p. 17.

¹²⁴ “[...] tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores. Ellos solamente ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el “resultado”. Si, por ejemplo, alguno se niega a ejecutar el asesinato, esto no implica -al contrario de lo que ocurre con la inducción- el fracaso del delito. Inmediatamente, otro ocuparía su lugar, y realizaría el hecho, sin que de ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual”, ROXIN, C., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal*, Núm. 2, 1998, pp. 61-62.

¹²⁵ ROXIN, C., “El dominio de organización como forma...”, *loc. cit.* en Nota 123, p. 20.

concertada a nivel internacional y se ha impulsado un incipiente Derecho transnacional penal, cuyo máximo exponente es la Convención de Palermo (*vid. infra*, epígrafe cuarto).

En segundo lugar, otro elemento indispensable junto al de *organización estructurada* para poder considerar la existencia de COT es el objetivo último de los grupos delictivos organizados: la consecución de un beneficio económico. Existe cierto consenso en la doctrina en afirmar que la finalidad de la actividad delictiva del crimen organizado es la consecución del lucro económico, si bien esta cuestión fue fuertemente contestada por algunos Estados durante la negociación de la Convención de Palermo, partidarios de incluir otros fines en la definición. Desde que la doctrina se hace eco del término, especialmente tras la aportación de la doctrina mercantilista, la obtención del beneficio económico ha sido identificada como la finalidad de las “empresas criminales”. Aunque este requisito es esencial para distinguir el COT de otros crímenes transnacionales —principalmente, el terrorismo—, no le es exclusivo, puesto que también determinadas corporaciones y empresas recurren a actividades ilícitas (principalmente, el blanqueo de capitales o el fraude) para obtener dicho beneficio o aumentarlo de manera irregular. Del mismo modo, algunos grupos terroristas recurren a dichas actividades para financiar sus movimientos o tropas insurgentes comercian ilícitamente con drogas, armamento o diamantes con el fin de sufragar los gastos ocasionados por la contienda, difuminando los límites entre los crímenes internacionales —objeto de represión a través del Derecho penal internacional— y las actividades ilícitas de los grupos delictivos organizados —perseguido por el Derecho penal transnacional—.

Otros autores señalan junto al beneficio económico, la obtención de *poder* como una de las finalidades más destacables del crimen organizado ¹²⁶. En nuestro análisis, en cambio, entendemos que únicamente sería identificable en aquellos casos en los que la organización está más jerarquizada y “mimetizada” con el entorno socio-político o aquellas que persiguen fines distintos al lucro económico, más fácilmente reconocible en organizaciones “tradicionales”, como la mafia siciliana, la Camorra o la ‘Ndrangheta, con un fuerte componente social e histórico detrás, un marcado arraigo territorial y en

¹²⁶ ABADINSKY, H., *Organized Crime*, 9ª Edición, Wadsworth Publishing, Belmont (California, EE.UU.), 2010; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada...”, *loc. cit.* en Nota 111; CRESSEY, D. R., *Theft of the Nation...*, *op. cit.* en Nota 36.

los que se recurre a la violencia precisamente para demostrar y afianzar su “poder” frente a terceros (el Estado u otros grupos delictivos).

Igual ocurre con el uso o amenaza del empleo de la violencia, la extorsión o la intimidación. Si bien estos elementos han sido referidos por innumerables autores —por no decir, casi todos— e incorporados en la mayoría de las legislaciones, el grado de utilización de estos medios para conseguir sus fines dependerá del nivel de formalización de la organización y de su implantación en la sociedad, ya sea simbióticamente, ya sea de modo “parásito”. Por tanto, ni los medios descritos por la mayoría de los autores son exclusivos de los grupos organizados, ni todos recurren a ellos de la misma forma, pues se entiende que son meros medios —por tanto, no necesariamente atributos distintivos— para conseguir sus fines u objetivos últimos. Como mantienen los Profs. Cherif Bassiouni y Eduardo Vetere, algunos de estos grupos “descansan en la intimidación y la violencia como medio para conseguir sus objetivos, bien en el seno del grupo, bien en la búsqueda de su fines externos” ¹²⁷, especialmente en aquellos casos en los que la corrupción no ha surtido los efectos deseados por los grupos criminales, como tendremos oportunidad de profundizar en el apartado siguiente al analizar la relación del COT con otros delitos.

Por último, si bien el elemento transfronterizo no es imprescindible para considerar un grupo como crimen organizado, especialmente para autores como Choclán Montalvo, para que podamos hablar claramente de COT en nuestro estudio solamente tendremos en cuenta aquel tipo de organización con carácter transnacional en cualquiera de sus modalidades: ramificaciones de la propia estructura en varios Estados; la forma transnacional de sus actividades criminales, en cualquiera de sus estadios de preparación, planificación, ejecución o control; o la “reversión”, es decir el blanqueo de los productos del delito en general, en un tercer Estado. En palabras del Prof. Monar, las actividades ilícitas ligadas al crimen organizado como lo conocemos en la actualidad, “más que poseer solamente una dimensión internacional, son *esencialmente transnacionales* en su naturaleza” ¹²⁸. Este elemento puede apreciarse igualmente en la

¹²⁷ BASSIOUNI, C. y VETERE, E., “Towards Understanding Organized Crime...”, *loc. cit.* en Nota 96, pp. xxvii-xxviii.

¹²⁸ MONAR, J., “The Integration of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters into EU External Relations. Achievements and Problems”, FIJNAUT, C. J. y OUWERKERK, J. (Dir.), *The future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, p. 50 (traducción propia, énfasis en el original).

conexión de grupos criminales a través de las fronteras, no necesariamente en la estructura de la organización, ya sea en colaboraciones puntuales, ya sea en forma de redes, dada la especialización de los diferentes grupos criminales y los contactos que mantienen con otras agrupaciones delictivas, como terroristas y movimientos insurgentes. Asimismo, el elemento transnacional nos permite incluir otros delitos dentro del concepto de COT, como los tráfico ilícitos de drogas y sustancias sicotrópicas, armas y de migrantes, todos ellos considerados delitos de verdadera “preocupación internacional” —fundamento de la intervención internacional a través del Derecho transnacional penal—; es decir, de entidad suficiente como para desencadenar la puesta en marcha de los instrumentos internacionales y estatales expuestos en el presente estudio. Por todo ello, en nuestro análisis el elemento transnacional es entendido en su más amplia acepción, tal y como ha sido incorporado a la Convención de Palermo, precisamente con miras a facilitar su implementación y evitar, así, que la *transnacionalidad* de la actividad ilícita y delictiva de los grupos organizados evada las jurisdicciones estatales.

2. *Distinción con otros delitos y evolución paralela de la respuesta internacional*

La existencia de los elementos analizados anteriormente no basta para diferenciar el crimen organizado (transnacional) de otros crímenes y delitos transfronterizos o internacionales. Todavía hoy persisten ciertas confusiones terminológicas y en la propia respuesta internacional, posiblemente por la presencia de conexiones entre los distintos fenómenos delictivos transnacionales e, incluso, con los crímenes internacionales propiamente hablando, como es el caso de los tráfico ilícitos de armas y diamantes en zonas en conflicto, difuminando en numerosas ocasiones las líneas divisorias entre estos tipos de fenómenos delictivos transnacionales y los crímenes internacionales objeto de Derecho internacional penal. En el presente apartado ponemos en relación el COT, a través de los principales elementos identificados en el

Por el contrario, otros autores argumentan que, “si bien existe una creciente evidencia de la colaboración entre las bandas nativas y extranjeras [...] el crimen organizado no es tan transnacional como se sugiere a menudo. El crimen organizado en la forma de control ilegal sobre los mercados legales es casi automáticamente un fenómeno local”. FIJNAUT, C., “Controlling organized crime and terrorism in the European Union”, BASSIOUNI, C., MILITELLO, V. y SATZGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, CEDAM-ISISC, Milán – Padua, 2008, p. 245 (traducción propia).

epígrafe anterior, con otros crímenes que, con carácter transnacional o no, preocupan igualmente a la Comunidad Internacional y que, por ello, han sido reconocidos como prioritarios en el progresivo establecimiento del Derecho transnacional penal e, incluso, recientemente como *crimen internacional* en el caso de uno de ellos, el terrorismo. Si bien observamos elementos coincidentes con dichos crímenes o delitos transfronterizos, la existencia de persistentes diferencias nos obliga a distinguir estos fenómenos delictivos en función, no solamente de la naturaleza de los mismos, sino también por la evolución de la respuesta represiva internacional que apreciamos especialmente para el caso del terrorismo. Igualmente, subrayaremos la existencia de nexos entre los diferentes fenómenos delictivos, pues nos ayudarán a comprender mejor la realidad actual y esclarecer las particularidades que los diferencian a pesar de dichas conexiones.

A) Criminalidad organizada transnacional y delitos económicos

En 1939, el criminólogo y sociólogo estadounidense Edwin Sutherland acuñó un nuevo término que vendría a dificultar aún más el estudio del crimen organizado: el “crimen de cuello blanco” (*white collar crime*)¹²⁹. Su tesis principal radica en la distinción entre las actividades delictivas cometidas por personas de un estatus social alto y respetable que utilizan su posición para defraudar la ley y aquellos delitos cometidos por el resto de personas “sin poder”, es decir, de los crímenes perpetrados por la criminalidad “común” o por las bandas de delincuencia “callejera”. Sin pretenderlo, se había adelantado varias décadas a numerosos escándalos relativamente recientes en los que había instituciones financieras inmersas, como el del Bank of Credit and Commerce International (BCCI), sospechoso de haber sido creado para “blanquear” dinero y cuyos principales clientes fueron acusados de conseguir fortunas de dudoso origen, provocando una investigación que acabaría con la liquidación de la institución y

¹²⁹ Utilizado por primera vez en un discurso y publicado posteriormente en 1940 en la *American Sociological Review*, la reconceptualización de su teoría puede leerse en su obra “sin cortes”, SUTHERLAND, E., *White Collar Crime: the uncut version*, Yale University Press, New Haven, 1983.

Para una panorámica general de la definición del concepto por la doctrina y la repercusión en la legislación estadounidense, precursora en el empleo del término, *vid.* GUTIÉRREZ ZARZA, M. Á., “Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. L, 1997, pp. 579-653.

con la acusación de varios de sus miembros por hurto, blanqueo de capitales y fraude
130

Esta tesis del crimen de los “poderosos” ha sido igualmente defendida por otros autores posteriores, incluyendo incluso otros tipos específicos, como el “delito corporativo” (*corporate crime*)¹³¹. Anne T. Romano y John M. Martin identificaron siete categorías de crímenes, entre los cuales incluían el crimen de cuello blanco¹³². Cuanta más lejanía existía respecto de la primera categoría —es decir, el crimen convencional—, mayor era la “calidad sistémica del comportamiento” y la integración con las instituciones políticas, económicas y de otro tipo del país. Por tanto, estos autores distinguen igualmente entre diferentes actividades delictivas, afirmando la existencia de contactos entre los delincuentes y las instituciones políticas y económicas al menos en dos de las siete categorías señaladas (crimen multinacional y de cuello blanco, ambas en la “cúspide” el comportamiento delictivo), aunque ampliando su análisis a determinados crímenes que no necesariamente persiguen un fin lucrativo y que pueden estar patrocinados directamente por las autoridades estatales (como el espionaje, la desestabilización de gobiernos o los golpes de Estado y las revoluciones) o que son identificados tradicionalmente con el COT (tráficos ilícitos transfronterizos). Para estos autores, en cambio, el crimen organizado, tal y como ellos lo entienden, estaría en una posición intermedia en esa clasificación, liderada por el crimen multinacional y el crimen de cuello blanco, por lo que no gozaría de ese grado de integración con las autoridades locales políticas y económicas que presuponen para ambos tipos de delitos.

¹³⁰ Además del informe de la House of Commons, *Inquiry into the Supervision of the Bank of Credit and Commerce International* (publicado en octubre de 1992), *vid.* PASSAS, N., “The Genesis of the BCCI Scandal”, *Journal of Law and Society*, Vol. 23, pp. 57-72; PUNCH, M., “Bandit Banks. Financial services and organized crime”, RYAN, P. y RUSH, G. (eds.), *Understanding organized crime...*, *op. cit.* en nota 37, pp. 115-130.

¹³¹ *Vid.*, por ejemplo, SIMPSON, S., *Corporate Crime, Law and Social Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; STRADER, J. K., *Understanding White Collar Crime*, Matthew Bender & Company, Inc., Newark, 2002.

¹³² Crimen convencional (asalto, homicidio, posesión de drogas, vandalismo, etc.); crimen profesional (robo, hurto en tiendas, etc.); corrupción gubernamental; crimen organizado (prostitución, extorsión, apuestas, etc.); crimen político (revoluciones y golpes de Estado, “escuadras de la muerte” latinoamericanas, fraude electoral, etc.); crimen de cuello blanco (fraude bancario, desfalco, tráfico de influencias, fraude al consumidor, fijación de precios, corrupción corporativa de funcionarios públicos, etc.); y crimen multinacional (terrorismo, espionaje, tráfico de armas y drogas, blanqueo de capitales, asesinato de líderes extranjeros y desestabilización de gobiernos extranjeros). *Vid.* el cuadro resumen en MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime...*, *op. cit.* en Nota 68, p. 23.

En esta línea doctrinal del “crimen de cuello blanco”, destacamos otros dos autores. En primer lugar, Nikos Passas también plantea diferencias entre las actividades ilícitas de empresas legales y las “malas conductas corporativas”, para lo cual toma como ejemplo el escándalo del BCCI, argumentando igualmente la necesidad de diferenciar entre un mundo corporativo y otro criminal ¹³³. Por último, Petrus C. Van Duyne va más allá al afirmar que el *upperworld* “crea” al *underworld*, señalando directamente el caso del empleo de las subcontratas y la “repartición del pastel de los contratos” en el sector de la construcción en los Países Bajos ¹³⁴.

Los detractores de la doctrina del “crimen de cuello blanco” no tardaron en aparecer. Vincenzo Ruggiero, por ejemplo, afirma que existen lazos entre el *upperworld* y el *underworld* criminal, afianzados conforme avanza su respectiva transnacionalidad ¹³⁵, por lo que la separación entre ambos “mundos” resultaría, cuando menos, artificial; mientras que para otros autores esta categoría sería demasiado amplia ¹³⁶ o estaría mal denominada ¹³⁷, a pesar de la generalización del término por la doctrina. También se han mostrado críticos Adam Edwards y Pete Gill, quienes proponen eliminar eventuales redundancias incorporando a la doctrina el concepto del “crimen como empresa” (*crime as enterprise*), permitiendo así superar la división provocada por la diferenciación criminológica de Sutherland, al mismo tiempo que “se ajusta a su interés en las asociaciones diferenciadas de los poderosos y de los que no lo son por igual” ¹³⁸.

La diferencia entre ambos fenómenos delictivos, no obstante, parece acertada actualmente, sobre todo teniendo en cuenta la evolución del propio Derecho penal y la aceptación en buena parte de los ordenamientos jurídicos estatales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el caso del COT, la existencia de una estructura organizada, relativamente jerarquizada y con las funciones de sus miembros definidas, creada específicamente para la búsqueda de un beneficio económico, es el elemento diferenciador respecto del “crimen de cuello blanco” o “de los poderosos”. La

¹³³ PASSAS, N., “The Genesis of the BCCI...”, *loc. cit.* en Nota 130.

¹³⁴ DUYNE, P. C. Van, “The organization of business crime”, DUYNE, P. C. Van *et al.* (eds.), *The organization of crime for profit. Conduct, Law and Measurement*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2006, p. 184.

¹³⁵ RUGGIERO, V., *Organized and Corporate Crime: Offers that Can't Be Refused*, Aldershot *et al.*, Dartmouth, 1996; RUGGIERO, V., “Transnational Crime...”, *loc. cit.* en Nota 103.

¹³⁶ NELKEN, D., “White-Collar Crime”, MAGUIRE, M. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 1997.

¹³⁷ STRADER, J. K., *Understanding White Collar Crime...*, *op. cit.* en nota 131, p. 1.

¹³⁸ EDWARDS, A. y GILL, P., “Crime as Enterprise? The case of ‘transnational organised crime’”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 37, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 220.

organización es en sí misma delictiva, pues ha sido creada para la comisión de delitos con el fin de lucrarse —delitos que, recordemos, no se reducen a delitos económicos, sino que también incluyen delitos contra el Estado y las personas, como los diferentes tráfico ilícitos o la trata de seres humanos—; nota diferenciadora respecto de una institución o ente que, en un momento dado o de manera continuada, es utilizado para la comisión de delitos por uno o varios de sus miembros, quienes ocupan una determinada posición dentro de la misma, y para los cuales prácticamente todos los ordenamientos jurídicos recogen sanciones (administrativas y/o penales) si se considera demostrada su culpabilidad en la cooperación en un delito de blanqueo de capitales. En la mayoría de los casos, el COT crea personas jurídicas ficticias o “empresas pantalla” para la comisión de actividades delictivas en el terreno económico que no han de confundirse con los entes legalmente constituidos y que operan en el mercado económico y financiero de manera lícita y que, solamente en determinadas ocasiones, cooperan con el COT para blanquear los productos del delito. Mientras que el escándalo del BCCI constituye un ejemplo claro de “crimen de cuello blanco” por ser una tapadera de blanqueo de capitales de grandes fortunas de dudoso origen, la cuestión de la escasa o nula regulación financiera y control de la transparencia de los denominados “paraísos fiscales” ha sido objeto de crítica por parte de instituciones y autores por fomentar la cooperación del sector bancario y financiero con el COT en el blanqueo de los productos del delito, además de facilitar el “crimen de cuello blanco”¹³⁹.

Por todo ello, merece especial atención el delito de blanqueo de capitales¹⁴⁰, por su particular relación con el crimen organizado, como delito instrumental para “lavar” los productos del delito. Identificado por Romano y Martin como uno de los delitos englobados en la categoría de *crimen multinacional* y por la generalidad de la teoría del crimen *corporate* o “crímenes económicos” como uno de sus delitos principales, no es un delito exclusivo de los “poderosos”, ni tampoco del COT. El blanqueo de capitales es un delito común a diversos tipos de criminalidad, como la organizada o la de “cuello

¹³⁹ Vid., por ejemplo, BLOCK, A., *Masters of Paradise. Organized Crime and the Internal Revenue Service in The Bahamas*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1998; MAINGOT, A. P., “Laundering the gains of the drug trade: Miami and Caribbean tax havens”, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 30, Núm. 2/3, Special Issue: Assessing the Americas' War on Drugs, Verano - Otoño, 1988, pp. 167-187; SHARMAN, J. C., *Havens in a Storm. The Struggle for Global Tax Regulation*, Cornell University Press, Nueva York, 2006.

¹⁴⁰ Vid., por ejemplo, LEVI, M. y REUTER, P., “Money Laundering”, *Crime and Justice*, Vol. 34, University of Chicago, 2006, pp. 289-375.

blanco”, al igual que otros delitos económicos no necesariamente corporativos u organizados: el fraude, la malversación de fondos, la evasión fiscal, etc. El blanqueo de capitales es un delito que tiene un carácter puramente instrumental para el COT, pues le permite ocultar, “reinvertir” los productos del delito y prolongar su actividad delictiva en el tiempo. En consecuencia, para evitar que el COT se aproveche de determinados vacíos legales para blanquear los productos del delito, el régimen preventivo y sancionador ha expandido su ámbito de aplicación con el objetivo de instaurar un mecanismo de garantía permanente de control del sector bancario y financiero, en especial sobre la transparencia y licitud de las transacciones financieras; control que se ha expandido, igualmente, a otros sectores económicos y profesiones liberales, como abogados/as, auditores, casinos, sector inmobiliario, etc., por considerar que pueden colaborar en el blanqueo de capitales o pueden estar expuestos a ello, en esa vis expansiva que ha caracterizado la política criminal de los Estados occidentales en las últimas dos décadas y de la que ha sido rehén el Derecho penal. Del mismo modo, se ha optado por incluir la responsabilidad (incluso, en ocasiones, penal) de las personas jurídicas para luchar al mismo tiempo contra el COT y el “crimen de cuello blanco”. En esta expansión del ámbito represivo y preventivo contra el blanqueo de capitales, la ingente labor reguladora del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha sido fundamental ¹⁴¹, especialmente en la lucha contra la financiación del terrorismo, si bien ha añadido cierto desconcierto a la hora de distinguir ambos fenómenos delictivos al confundir y asimilar en la práctica los medios de investigación y represión penal de la financiación del terrorismo con la lucha contra el blanqueo de capitales.

B) Crimen organizado transnacional y terrorismo

El terrorismo ha sido identificado como una de las actividades de la criminalidad organizada tanto por algunas legislaciones estatales ¹⁴² como por una parte considerable

¹⁴¹ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Suppressing the Financing of Terrorism: A Handbook for Legislative Drafting*, Washington D. C., 2003; GAFI, *International Best Practices Freezing of Terrorist Assets*, 23 de junio de 2009.

¹⁴² Por ejemplo, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México (1996) incluye el “terrorismo” entre las actividades punibles y perseguibles por las autoridades para evitar la expansión de la criminalidad organizada. En consecuencia, ha sido uno de los países que más ha presionado para la inclusión de los delitos terroristas en la normativa internacional contra la criminalidad organizada.

de la doctrina ¹⁴³. En particular, tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 y la extensión de la lucha contra el terrorismo al ámbito internacional, con la asunción de funciones en la materia por parte del Consejo de Seguridad, se ha producido una práctica identificación entre ambos fenómenos y de los medios utilizados para hacerles frente, a pesar del riesgo que conlleva para su eficacia real. No obstante, las divergencias entre ambos fenómenos delictivos nos sugieren una oportuna diferenciación. Como mantiene Jean-Paul Laborde, “[l]a distinción entre terrorismo y crimen organizado es simple. El primero no persigue un objetivo de lucro. La razón de ser del segundo es ‘hacer dinero’” ¹⁴⁴. Por tanto, la principal diferencia entre ambos fenómenos delictivos sería la finalidad de sus “empresas” criminales, buscar el beneficio económico para el COT, utilizar el *terror* con fines políticos (o religiosos) para el terrorismo ¹⁴⁵. Sin embargo, como el propio autor matiza a continuación,

[...] las clasificaciones demasiado elementales no resisten mucho tiempo al análisis. En realidad, algunas redes terroristas tienen necesidad de dinero para financiar sus actividades. Es la razón por la que el crimen organizado mantiene lazos privilegiados con estas redes. ¹⁴⁶

La cuestión de la finalidad de los cometidos de ambos fenómenos delictivos ha sido objeto de debate tanto en la doctrina como en la legislación nacional e internacional, no quedando tan evidente la distinción entre ambos fenómenos como algunos autores han defendido, sin que ello suponga la asimilación entre COT y

¹⁴³ Especialmente, la doctrina francesa se ha mostrado reacia a diferenciar ambos fenómenos delictivos, aunque no sean los únicos autores que han optado por esta identificación. Entre otros, GUEDON, J.-P., *Crime organisé et Droit pénal*, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2002 (thèse dirigée par Bernard Bouloc); MAYOR OREJA, J., “Terrorismo, crimen organizado y política de seguridad”, *Política Exterior*, Núm. 64, Vol. XII – julio/agosto 1998, pp. 9-22; RUBIO, M. y ORTIZ, R., “Organized Crime in Latin America”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime...*, op. cit. en Nota 6, pp. 425-437.

Para una tesis contraria a la asimilación de ambos fenómenos delictivos, *vid.*, *inter alia*, BASSIOUNI, C. y VETERE, E., “Towards Understanding Organized Crime...”, loc. cit. en Nota 96; BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen Transnacional Organizado...*, op. cit. en Nota 102; CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité organisée*, L’Harmattan, París, 2003.

Otros autores han optado por una “tercera vía”. Así, Luis M. Hinojosa Martínez afirma que “[e]n realidad, el terrorismo no es más que una forma de crimen organizado, con la particularidad de la «motivación política» que ilumina a sus partidarios”. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 83.

¹⁴⁴ LABORDE, J.-P., *État de droit et crime organisé*, Éditions Dalloz, París, 2005, p. xii.

¹⁴⁵ *Vid.*, para un análisis de las diferentes motivaciones y evolución del terrorismo, por ejemplo, RAPOPORT, D., “The Four Waves of Terror and September 11”, *Anthropoetics*, Vol. VIII, Núm. 1, Primavera/Verano, 2002; SCHMID, A. y JONGMAN, A., *Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Databases, Theories and Literature*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1988.

¹⁴⁶ LABORDE, J.-P., *État de droit...*, op. cit. en Nota 144.

terrorismo internacional. Además, la relación entre ambos fenómenos es compleja, no pudiendo ser reducida al mero mantenimiento de “lazos privilegiados”, como mantiene el Prof. Laborde. Por ello, toda diferenciación entre terrorismo y crimen organizado, si bien pertinente y necesaria, debe ser matizada y contextualizada en la medida de lo posible, para evitar caer en simplismos que, por otra parte, no harían sino redundar en viejos estereotipos, como ocurre en el caso de la asimilación del crimen organizado con la *mafia* siciliana.

En primer lugar, hemos de considerar todo tipo de terrorismo como un “comportamiento políticamente motivado”¹⁴⁷, frente a la intención predominantemente lucrativa del COT¹⁴⁸. Por tanto, la “empresa criminal” de los grupos delictivos organizados está encaminada a la consecución de un beneficio económico a través de la comisión de actividades ilegales e ilícitas, mientras que la motivación de los grupos terroristas vendría dada por un intento de ejercer presión sobre las instituciones de gobierno con el fin de que se les conceda una exigencia —sea ésta de carácter político (por ejemplo, la concesión de la independencia respecto de un Estado determinado, como en los casos de ETA, PKK e IRA) o religioso (Al Qaeda, Identidad Cristiana Americana)— o, al menos, influir en el sistema político o la agenda sociopolítica pública en uno u otro sentido.

Otra de las diferencias fundamentales entre ambos fenómenos delictivos es el uso de la violencia y de otros medios para conseguir sus fines. Como mantiene Margaret Beare, “sin corrupción como opción viable, la violencia es el método de los negocios”¹⁴⁹ de los grupos organizados. El recurso a la violencia es, sin embargo, diferente según el tipo de organización. La criminalidad organizada, por la naturaleza misma de sus actividades delictivas, no utiliza la violencia o la búsqueda de la confrontación directa con las autoridades en su estrategia criminal, exceptuando los casos en los que se vea amenazada (por el Estado o por otros grupos criminales); al contrario, el terrorismo recurre a la violencia, la intimidación o el *terror* de manera sistemática y externa a la organización para conseguir sus objetivos y que sus

¹⁴⁷ MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime...*, *op. cit.* en Nota 68, p. 29.

¹⁴⁸ Para un análisis en profundidad de los rasgos distintivos de cada fenómeno, *Vid.* CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité...*, *op. cit.* en Nota 143, especialmente sus dos primeros capítulos, pp. 1-148.

¹⁴⁹ BEARE, M. E., “Corruption and organized crime: Lessons from history”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 28, Núm. 2, 1997, p. 158.

actividades terroristas tengan la mayor repercusión posible en los medios de comunicación y sirvan, así, para poder ejercer una mayor presión sobre las instituciones políticas, económicas, sociales o religiosas. En el caso del COT, el uso de la violencia estaría encaminado a mantener la disciplina interna de la organización o, de manera colateral y generalmente como último recurso, para afianzar su posición respecto de otros grupos criminales y de las instituciones del Estado, especialmente en aquellos casos en los que la organización está arraigada o mimetizada en su entorno social y la búsqueda de *poder* en un territorio es claramente observable como un objetivo más de la organización ¹⁵⁰.

[L]a mayor parte de las organizaciones criminales no buscan un enfrentamiento con el Estado y tienden al contrario a obrar en la discreción. [...] Las organizaciones [...] terroris[ta]s buscan al contrario emplear todos sus medios para afirmar su oposición al Estado. ¹⁵¹

Una afirmación que también ha calado en las agencias estatales de aplicación de la ley contra el crimen organizado, como la británica *Serious Organized Crime Agency* (SOCA), que argumentaba en uno de sus informes sobre amenazas a la seguridad nacional que:

La violencia o la amenaza de la violencia está a menudo implícita en las actividades de los criminales organizados, y algunos están deseosos de cometer o patrocinar secuestros, ataques y asesinatos para proteger sus intereses, incluyendo la recuperación de deudas. La violencia también proviene de desacuerdos personales y de rivalidades entre bandas. En algunos casos, la violencia o la intimidación son usadas para obligar a víctimas inocentes a facilitar el crimen. ¹⁵²

Dicho todo lo anterior, hemos de aclarar que, no obstante, una separación estanca entre ambos fenómenos no se correspondería con la realidad de algunos grupos, mucho más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer. Es necesario mantenerse

¹⁵⁰ CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité...*, *op. cit.* en Nota 143, pp. 7-8.

Para Margaret Beare, existe una correlación entre el nivel de corrupción del aparato estatal y de integración en la sociedad y el grado o recurso a la violencia por parte de los grupos organizados. Así, “a medida que el grupo gana mayor integración, los niveles de violencia pueden descender para ser reemplazados por formas de corrupción menos visibles, pero potencialmente más intrusivas”. BEARE, M. E., “Corruption and organized crime...”, *loc. cit.* en Nota 149, p. 158.

¹⁵¹ CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité...*, *op. cit.* en Nota 143, p. 50 (traducción propia).

¹⁵² SERIOUS ORGANIZED CRIME AGENCY (SOCA), *The United Kingdom Threat Assessment of Organized Crime*, 2009/10, p. 6, disponible en: <http://www.soca.gov.uk/> [última consulta: 31.8.2015].

cauteloso ante separaciones estancas entre ambos fenómenos, puesto que pueden existir grupos con objetivos “mixtos” en un momento determinado, que se sirvan de la comisión de actividades criminales para financiar sus actividades terroristas y otros que empleen el uso de actividades terroristas frente al poder público u otros grupos criminales; es decir, si bien es útil como primer elemento diferenciador, como mantiene Chocquet:

[la] definición de las organizaciones criminales por la sola referencia a la búsqueda de beneficios constituye *a priori* sin duda una de las más discutibles. [...] El propósito de las organizaciones criminales es raramente ideológico, aunque algunas se consideren detentadoras de determinados valores nacionales o sociales.¹⁵³

En algunos casos, como se ha evidenciado especialmente en América Latina¹⁵⁴, determinados grupos criminales han recurrido a medios más propiamente terroristas para afianzar su “poder” frente al Estado o a otros grupos criminales o se han erigido como detentadores de una supuesta identidad nacional colectiva, mientras que, al mismo tiempo, se percibe una cierta criminalización de las actividades de los grupos terroristas para financiarse. Es decir, ante la escasez de fondos procedentes del exterior —de gobiernos foráneos que cesan de prestar su ayuda económica tras el fin de la Guerra Fría, empresas que dejan de pagar *cánones de protección* o *impuestos revolucionarios*, menor apoyo de la sociedad, etc.—, ya sea por la creciente presión de la sanción internacional en materia de represión de la financiación del terrorismo, ya por una pérdida de seguidores tras la *decapitación* de la organización¹⁵⁵, determinados grupos terroristas recurren a actos delictivos más propios del COT para continuar financiando su actividad, como el tráfico ilícito de estupefacientes, la falsificación de documentos o la clonación de tarjetas de crédito. La Historia nos ha dado ejemplos suficientes de este tipo de criminalización del terrorismo: el caso de la comisión de extorsiones y robos a pequeña escala por parte de los grupos terroristas de la *ola de la nueva izquierda*, en la década de 1960¹⁵⁶, o de Hezbolá en la actualidad, y, según la conceptualización que se haga del terrorismo (extensiva o restringida) y se etiqueten como tales a determinados

¹⁵³ CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité...*, *op. cit.* en Nota 143, pp. 69-70.

¹⁵⁴ RUBIO, M. y ORTIZ, R., “Organized Crime in Latin...”, *loc. cit.* en Nota 143.

¹⁵⁵ Supuestamente más difícil en el caso de un grupo terrorista religioso o de otras organizaciones más longevas. En este sentido, *vid.* JORDAN, J., “When Heads Roll: Assessing the Effectiveness of Decapitation”, *Security Studies*, Vol. 18, Núm. 4, 2009, pp. 719-755.

¹⁵⁶ RAPOPORT, D., “The Four Waves of Terror...”, *loc. cit.* en Nota 145.

grupos, el tráfico ilícito de armamento y municiones por parte de los “señores de la guerra”, principalmente, en el continente africano ¹⁵⁷. Por tanto, los grupos terroristas y el COT pueden llegar a compartir métodos, pero no fines, elemento diferenciador entre ambos fenómenos delictivos.

Por otro lado, las relaciones entre ambos fenómenos no están únicamente marcadas por la cooperación o el mantenimiento de “lazos privilegiados”, como afirma Jean-Paul Laborde, o por simples “matrimonios de conveniencia” puntuales entre el COT y el terrorismo. La realidad es más compleja. Además de la “politización” de determinados grupos delictivos organizados y la criminalización de las actividades de ciertas agrupaciones terroristas, para algunos autores la relación entre COT y terrorismo es una alianza estratégica a largo plazo, con carácter simbiótico entre grupos, mientras que para otros ambos fenómenos delictivos se alían por pura conveniencia puntual ¹⁵⁸. Lo que sí hemos de tener en cuenta para diferenciarlos es que, para el terrorismo, estas actividades delictivas o el recurso indirecto a contactos con el COT cumplen una función meramente instrumental; es decir, les sirve para llevar a cabo sus actividades terroristas (falsificación de documentos, robo de explosivos, tráfico ilícito de armas, etc.) o para financiarlas (clonación de tarjetas de crédito, robo de vehículos, tráfico ilícito de estupefacientes, etc.). Por tanto, en ningún caso supondría una reconversión de los objetivos últimos de la organización terrorista y, en consecuencia, la distinción entre ambos fenómenos delictivos sigue siendo válida actualmente tanto desde el punto de vista teórico y doctrinal como para la eficacia de su investigación y represión penal.

Si bien la definición doctrinal de ambos fenómenos delictivos resulta todavía compleja y sigue siendo objeto de debate, en materia de la respuesta internacional la legislación internacional sí ha ido progresivamente diferenciado entre estos dos fenómenos en razón de la finalidad lucrativa del COT. Esta diferencia básica ha centrado la atención internacional y ha sido incorporada en el entendimiento de la

¹⁵⁷ Puede consultar distintos ejemplos en: DANDURAND, Y. y CHIN, V., *Links Between Terrorism and Other Forms of Crime*, International Centre for Criminal Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, abril de 2004, disponible en: <http://icclr.law.ubc.ca> [última consulta: 31.8.2015]; GIRALDO, J. y TRINKUNAS, H., “Transnational Crime”, COLLINS, A., *Contemporary Security Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 347-366; RUBIO, M. y ORTIZ, R., “Organized Crime in Latin...”, *loc. cit.* en Nota 143.

¹⁵⁸ *Vid.* para un análisis del panorama doctrinal actual, DANDURAND, Y. y CHIN, V., *Links Between Terrorism and Other Forms...*, *op. cit.* en Nota 157; PREFONTAINE, D. y DANDURAND, Y., *Terrorism and Organized Crime. Reflections on an Illusive Link and its Implication for Criminal Law Reform*, International Centre for Criminal Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, agosto de 2004, disponible en: <http://icclr.law.ubc.ca> [última consulta: 31.8.2015].

mayor parte de los Estados de la Comunidad Internacional, especialmente tras el debate acontecido en el último lustro del siglo XX acerca de los rasgos distintivos del COT; un enfoque que ha sido posteriormente consagrado con la aprobación de la Convención de Palermo. La evolución paralela de ambos fenómenos se agudizó tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la respuesta internacional subsiguiente, al seguir caminos distintos en el ámbito legislativo. El terrorismo ha pasado a ser una cuestión regulada por el Consejo de Seguridad para el efectivo mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, entrando, pues, en su ámbito de competencias regulado por el artículo 29 de la Carta de Naciones Unidas —no sin cierta desconfianza por parte de la doctrina por la consiguiente y progresiva expansión competencial del órgano sin reformar la Carta, con la connivencia de numerosos Estados e instituciones internacionales¹⁵⁹—. Lo que es más, “incluso si el terrorismo fue excluido deliberadamente de la jurisdicción material de la [Corte Penal Internacional...] el terrorismo constituye un componente añadido” de los crímenes internacionales que sí son de su competencia¹⁶⁰.

Por otra parte, y a pesar de las evoluciones legislativas paralelas, la respuesta internacional a ambos fenómenos ha consistido en incorporar, *mutatis mutandis*, los medios de lucha contra el COT —en particular, las medidas contra el blanqueo de los productos del delito o de capitales— en las medidas contra la financiación y de investigación del terrorismo. Mientras que algunos autores consideran un inconveniente separar “de manera radical” las medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, a pesar de reconocer explícitamente las diferencias¹⁶¹, es claro que, por lógica operativa, resulta necesario mantener las especificidades de ambos

¹⁵⁹ “El Consejo de Seguridad ha traspasado el límite desde una concepción de la paz negativa hacia una concepción de la paz positiva: no interviene solamente para prevenir el riesgo de ver estallar los conflictos armados sobre el plano internacional, sino para sanear situaciones internas caracterizadas por el mal gobierno, las violaciones masivas de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, etc. El concepto de paz internacional, del cual el Consejo es garante, se verá ampliado por la práctica subsiguiente de manera considerable, y esta práctica no se ha enfrentado a objeciones decisivas”. KOLB, R., *Le droit relatif au maintien de la paix internationale. Evolution historique, valeurs fondatrices et tendances actuelles*, Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Éditions A. Pedone, París, 2005, pp. 41-42 (traducción propia).

¹⁶⁰ VYVER, J. Van Der, “Prosecuting Terrorism in International Tribunals”, *Emory International Law Review*, Vol. 24, p. 540. *Vid.*, adicionalmente, COLECTIVO DE VÍCTIMAS DEL TERRORISMO EN EL PAÍS VASCO (COVITE), *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, disponible en: http://www.covite.org/fundacion_victimasdelterrorismo.pdf [última consulta: 15.6.2011].

¹⁶¹ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo...*, *op. cit.* en Nota 143, pp. 82-94.

tipos de financiación de actividades ilícitas. Es cierto que la sinergia entre ambos tipos de medidas produce resultados positivos y demandaría esfuerzos comunes, puesto que la finalidad última de las medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es la salvaguarda de la integridad del sistema financiero y bancario. No obstante, las diferentes formas de financiación exigen precauciones al proceder a una identificación absoluta entre las medidas de lucha contra el blanqueo con aquellas que luchan contra la financiación del terrorismo. En primer lugar, la consecución de dinero es un fin en sí mismo en el caso del COT, mientras que para los grupos terroristas no es sino un medio para financiar sus actividades criminales. En cuanto a su obtención, el blanqueo de capitales precisa de su consecución de manera ilícita (bien por actividades criminales, bien por ilícitos de las empresas legales), mientras que los fondos captados por los grupos terroristas pueden provenir de actividades legales, tal y como ha evidenciado el terrorismo ligado a Al-Qaeda en la última década. Además, la financiación del terrorismo no exige, por regla general, de grandes sumas de dinero para la consumación de un acto terrorista, mientras que el blanqueo de capitales requiere de grandes sumas de dinero para que sea “rentable” ¹⁶². Sin embargo, ambos tipos de financiación tendrían en común el uso que hacen de determinados vacíos legales que, por un lado, preservan la opacidad del sistema bancario y financiero y, por otro, no regulan otros canales paralelos de transferencia de fondos, como la *hawala* ¹⁶³, y que justificarían el aunar esfuerzos para garantizar las sinergias en la lucha contra ambos fenómenos delictivos. Por tanto, resulta indispensable diferenciar entre COT y terrorismo y, en consecuencia, las medidas internacionales para hacerles frente, a pesar de las conexiones puntuales o que las líneas divisorias entre ambos fenómenos delictivos parezcan difusas en ocasiones:

¹⁶² En este tipo de diferencias coinciden otros autores, además de, *grosso modo*, con las identificadas por Luis M. Hinojosa Martínez. Vid. DANDURAND, Y. y CHIN, V., *Links Between Terrorism and Other Forms...*, op. cit. en Nota 157; RAUFER, X., *La criminalité organisée...*, op. cit. en Nota 80; KERSTEN, A. “Financing of Terrorism – A Predicate Offence to Money Laundering?”, PIETH, M., *Financing Terrorism*, Kluwer, 2002, pp. 49-56.

Para Laura Donohue, la utilización de técnicas propias de la lucha contra el blanqueo entre las medidas contra la financiación del terrorismo ha dificultado la detección de los fondos de los terroristas. Vid., DONOHUE, L. K., “Anti-Terrorist Finance in the United Kingdom and the United States”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, Núm. 2, 2006, pp. 390-395.

¹⁶³ FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, *The Hawala Alternative Remittance System and its Role in Money Laundering*, Viena, disponible en: <http://www.interpol.int/Public/FinacialCrime/MoneyLaundering/hawala/> [última consulta: 15.6.2011].

Aunque los delitos de financiación del terrorismo y de blanqueo de capitales están basados en la idea común de atacar a los grupos criminales por medio de medidas encaminadas a la financiación de sus actividades, los dos delitos son distintos. [...] No es el origen delictivo lo que “contamina” [los fondos del terrorismo], sino su uso, o el empleo deseado, para financiar actos terroristas o para apoyar a terroristas o grupos terroristas. Por tanto, depender exclusivamente del delito de blanqueo de capitales para sancionar la financiación del terrorismo dejaría un vacío significativo en la legislación, pues los delitos de financiación del terrorismo vendrían establecidos en aquellos casos en los que los fondos propuestos para financiar un acto terrorista fueran de origen ilícito, mientras que la financiación de actos terroristas obtenidos de fondos legalmente obtenidos no podrían ser procesados.¹⁶⁴

Ante la creciente complejidad de los fenómenos delictivos analizados, una diferenciación estricta entre ambos resultaría, por tanto, contraproducente. Si bien es imprescindible delimitar ambos fenómenos como distintos que son, los solapamientos y similitudes (además de ambigüedad de algunos grupos para clasificarlos) requieren de respuestas conjuntas —pues ambos afectan a la seguridad interior y, en concreto, a la integridad del sistema financiero y bancario—, aunque diferenciadas, si queremos aumentar la eficacia de la respuesta internacional. Ésta no debería estar regida por métodos de lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo similares o asimilados, sino estar encaminada a la cooperación entre las distintas autoridades encargadas del orden y la seguridad públicos, en particular a través del intercambio de datos e información a nivel internacional de una manera fluida y del mantenimiento de la integridad del sistema bancario y financiero en su conjunto frente a actividades de carácter fraudulento e ilegal.

¹⁶⁴ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Suppressing the Financing of Terrorism...*, op. cit. en Nota 129, p. 49 (traducción propia).

C) Criminalidad organizada transnacional y corrupción

La corrupción es tan antigua como la civilización humana, [estando] sus formas sujetas a continuo cambio y redefinición. Como otras formas de crimen económico, la corrupción no es necesariamente concomitante con la mengua de un estado o la decadencia de los valores morales. [...] La corrupción es multidimensional.¹⁶⁵

El estudio de la corrupción (transnacional) también ha fomentado un acalorado debate acerca de su dimensión (o dimensiones) y naturaleza y, como en el caso de otros fenómenos delictivos, ha estado igualmente confrontado a una definición altamente problemática¹⁶⁶. Ulrich von Alemann analiza la corrupción en torno a cinco dimensiones —como una carencia social, comportamiento desviado, desde una lógica de intercambio, sistema de percepciones medibles y sombra de la política¹⁶⁷—, resaltando la existencia de la *confianza* que le permite subsistir pese a los esfuerzos por erradicarla. Algunos autores han llegado a distinguir entre la “pequeña” y la “gran corrupción”, afirmando que, cuando la corrupción accede a las instituciones políticas y económicas de un país, nos encontramos ante un caso de corrupción institucional o sistemática¹⁶⁸. Lejos de quedarse en un fenómeno “local”, diversos casos de corrupción han evidenciado su capacidad para traspasar fronteras, “contaminando” incluso a las propias instituciones internacionales¹⁶⁹, algo que ha impulsado a algún autor a considerar su versión transnacional un crimen internacional¹⁷⁰. Su potencial carácter transfronterizo ha impulsado el desarrollo de un marco jurídico, internacional y

¹⁶⁵ ALEMANN, U. von, “The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 42, Kluwer Academic Press, 2004, p. 33.

¹⁶⁶ *Vid.*, entre otros, ALEMANN, U. von, “The unknown depths...”, *loc. cit.* en Nota 165, pp. 25-34; BEARE, M., “Corruption and organized crime...”, *loc. cit.* en Nota 149, pp. 155-172; DINE, J. M., “The Capture of Corruption: Complexity and Corporate Culture”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Núm.3, 2008, pp. 1-37 GÉNAUX, M., “Social Sciences and the evolving concept of corruption”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 42, Kluwer Academic Press, 2004, pp. 13-24; GOUDIE, A. W.; STASAVAGE, D., “A framework for the analysis of corruption”, *Crime, Law & Social Change*, Núm. 29, Kluwer Academic Press, 1998, pp. 113-159.

¹⁶⁷ ALEMANN, U. von, “The unknown depths...”, *loc. cit.* en Nota 165.

¹⁶⁸ QUIÑONES, E., *Qu’est-ce que la corruption?*, Observateur de l’OCDE, Núm. 220, abril de 2000, disponible en : http://www.observeurocde.org/news/archivestory.php/aid/142/Qu_est-ce_que_la_corruption_.html [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶⁹ Por ejemplo, el caso de los escándalos de corrupción que sacudieron la Comisión Santer. *Vid.* MACMULLEN, A., “Fraud, mismanagement and nepotism: the Committee of Independent Experts and the fall of the European Commission 1999”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 32, 1999, pp. 193-208.

¹⁷⁰ BANTEKAS, I., “Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, 2006, pp. 466-484.

transnacional, especialmente prolífico teniendo en cuenta la rapidez con la que se ha puesto en marcha.

Posiblemente, la penalización de la corrupción transfronteriza represente uno de los primeros fenómenos en recibir una respuesta por parte de la Comunidad Internacional, justo después del blanqueo de capitales y del tráfico ilícito de drogas. En paralelo al trabajo de Naciones Unidas en la elaboración de una convención contra la criminalidad organizada transnacional, la Asamblea General (AG) adoptó la Resolución 51/59, de 28 de enero de 1997, que llevaría años más tarde a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, más conocida como la Convención de Mérida ¹⁷¹. El tratado se basa en el trabajo de otras instancias internacionales, labor reconocida en su propio Preámbulo, aunque no llega a alcanzar el ámbito material logrado por algunas de ellas, como la normativa adoptada por el Consejo de Europa ¹⁷². Además de obligar a las Partes a establecer mecanismos y políticas de prevención, la Convención de Mérida insta a la penalización del soborno de agentes públicos nacionales y foráneos y de agentes de organismos internacionales y del desfalco, la apropiación indebida o de otro tipo llevada a cabo por un agente público. De manera opcional —y aquí radica la principal debilidad de la Convención respecto de otros instrumentos internacionales—, las Partes podrán considerar la adopción de medidas legislativas o de otro tipo para tipificar el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito o el soborno y el desfalco en el sector privado. Al igual que la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de Mérida prevé la tipificación de la obstrucción de la justicia, el blanqueo de los productos del delito y la responsabilidad de las personas jurídicas y físicas, en los distintos grados de participación (perpetrador, cómplice, asistente o instigador), así como la tentativa de la comisión de uno de los delitos tipificados.

Las relaciones entre el COT y la corrupción han sido abordadas desde numerosas perspectivas por la doctrina, resaltando los lazos entre los grupos criminales y la clase política. Sin duda, para la doctrina, la corrupción representa uno de los medios

¹⁷¹ Adoptada por la AG en su Resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003.

¹⁷² Entre los distintos instrumentos contra la corrupción adoptados por el Consejo de Europa destacan los Veinte Principios Rectores para la lucha contra la corrupción, de 1997, el Convenio Civil sobre la Corrupción y la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción, ambos de 1999, además de la existencia de un mecanismo de monitorización, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Vid., CONSEJO DE EUROPA, *Combating corruption. Anti-corruption instruments of the Council of Europe*, febrero de 2007. Para más información: www.coe.int/greco [última consulta: 31.8.2015].

más comúnmente utilizados por el crimen organizado para perpetuarse en un territorio o para socavar la aplicación de la ley, como un instrumento para continuar sus actividades ilícitas, ya desde la teorización de las *familias* y de la estructura de la organización que hiciera Donald R. Cressey a principios de los años 50 del siglo pasado. Como afirma Thierry Cretin, “[...] la mafia no trata directamente con el Estado para obtener personalmente un mercado o ventaja dada. Está situada entre la empresa y la autoridad. [...] Obtiene de la autoridad la decisión deseada pero, al mismo tiempo, controla la empresa adjudicataria [...]”¹⁷³. Sin embargo, se hacen necesarias dos aclaraciones para entender el alcance de la relación entre ambos fenómenos. En primer lugar, no es un problema únicamente atribuible a los países en desarrollo o con economías en transición y del que se aprovecha el COT, como ha sido presentado por una parte de la doctrina e instituciones internacionales —incluida la UE—, que ha ligado COT y desarrollo de manera algo simplista¹⁷⁴. Además, la potencial cooperación entre crimen organizado (transnacional), corrupción y conflictos armados ha de ser contextualizada, desposeyéndola de su razonamiento lineal y de un carácter alarmista que ciertamente ha inundado buena parte de la doctrina en las últimas décadas¹⁷⁵.

Empero lo anterior, es de reconocer que, en determinados casos, “los altos niveles de crimen organizado y corrupción están conectados con bajos niveles de desarrollo humano [...]”¹⁷⁶, en una especie de “círculo vicioso” del que se alimenta la criminalidad organizada y la “gran corrupción”, relación entre crimen organizado, corrupción y “mal gobierno” que, incluso, ha intentado ser demostrada

¹⁷³ CRETIN, T., *Mafias du monde...*, *op. cit.* en Nota 108, p. 205 (traducción propia).

¹⁷⁴ Esta práctica asimilación entre COT y desarrollo, ciertamente criticada por simplista, ha sido constante en la acción exterior de la UE. *Vid.*, además de los estudios de la oenegé Transparencia Internacional, CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY, *Examining the links between organised crime and corruption*, 2010, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/doc_centre/crime/docs/study_on_links_between_organised_crime_and_corruption_en.pdf [última consulta: 31.8.2015]; y DOBOVŠEC, B., “Transnational Organised Crime in the Western Balkans”, *HUMSEC Project Working Paper Series*, documento presentado en una conferencia internacional en noviembre de 2006, disponible en: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=341> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁷⁵ “Alrededor del mundo, desde Kosovo a Afganistán y desde Colombia a Guinea-Bissau, hay una *evidencia creciente* del riesgo estratégico que representa el nexo entre el [crimen organizado transnacional], la corrupción y el conflicto armado. [...] La] convergencia del [crimen organizado transnacional], quiebra del Estado, y el conflicto armado plantea un riesgo *crecientemente obvio* a la seguridad global”. INTERNATIONAL PEACE INSTITUTE, “Transnational Organized Crime. Tasks Forces on Strengthening Multilateral Security Capacity”, *IPI Blue Papers*, Núm. 2, Nueva York, 2009, pp. 6-7 (énfasis añadido, traducción propia).

¹⁷⁶ BUSCAGLIA, E. y DIJK, J. Van, “Controlling organized crime and corruption in the public sector”, UNITED NATIONS CENTRE FOR INTERNATIONAL CRIME PREVENTION, *Forum on Crime and Society*, Vol. 3, Núms. 1 y 2, diciembre de 2003, p. 31 (traducción propia).

cuantitativamente ¹⁷⁷, si bien estas afirmaciones han de ser tratadas con extrema cautela por los efectos negativos que puedan tener. En consecuencia, este enfoque tradicional —impulsado indirectamente por los intereses financieros y comerciales de los países occidentales—, basado en la corrupción relacionada con el mundo de los negocios ilícitos transfronterizos, puede tener, asimismo, consecuencias nefastas para los países menos desarrollados, especialmente tras ser etiquetados en un ranking internacional como “corruptos” o “corruptibles” ¹⁷⁸, puesto que impediría, *a priori*, el desarrollo de programas o proyectos de cooperación o comerciales con dichos países al “estigmatizarlos” como “sistemáticamente corruptos”. Por lo tanto, continuar relacionando COT y corrupción en los países en desarrollo puede repercutir negativamente en su futuro, sin que estas identificaciones hayan sido suficientemente analizadas y contrastadas con datos objetivos y cuantificables, ni que dicha hipotética relación sea exclusiva de estos países en desarrollo o de “Estados fallidos” en los que operan grupos delictivos organizados dedicados a los tráficó ilícitos de diamantes, armamento o estupefacientes con la connivencia de las autoridades locales. A pesar de estas cautelas, numerosos Estados occidentales —incluidos los Estados miembros (EEMM) de la UE— continúan alimentando este pensamiento lineal e impregnan la acción exterior de la Unión, como tendremos ocasión de analizar con mayor detalle en el Capítulo III.

4. Tratamiento jurídico internacional: la Convención de Naciones Unidas como marco de referencia

La elaboración de la Convención de Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) ¹⁷⁹ es fruto de un laborioso, pero relativamente rápido proceso de negociación, impulsado desde las más altas instancias internacionales y estatales. El resultado es un documento consensuado que pretende abordar el fenómeno delictivo desde todas las vertientes posibles —prevención,

¹⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 3-34.

¹⁷⁸ BEARE, M., “Corruption and organized crime...”, *op. cit.* en Nota 149, p. 169.

¹⁷⁹ Para un texto comentado y con alusiones a la legislación española, *vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Legislación básica de Derecho Internacional Público*, 6ª Edición actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2006. Igualmente, OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDD), *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004.

investigación y represión—. Aunque no proporciona una definición en el sentido estricto del término que se corresponda con los estudios de la Criminología o la Sociología, la Convención de Palermo aporta una definición marco eminentemente pragmática articulada en torno a la finalidad del grupo criminal y sus principales elementos, además de incorporar al marco transnacional otras medidas adicionales imprescindibles para su prevención y represión por los Estados Parte. Pese a contribuir a mejorar la respuesta internacional e intentar desmitificar el concepto, el enfoque basado en la tipificación de la participación en el grupo criminal, la inclusión de la obligación de la penalización de ciertos delitos claramente secundarios y el excesivo énfasis en la lucha contra el blanqueo de capitales —no necesariamente productos del delito— han suscitado numerosas cuestiones sobre la operatividad de la Convención y la adecuación de la norma jurídica en la comprensión del fenómeno definido en términos criminológicos, a las que se suma el carácter convencional y, por tanto, la discrecionalidad de la que goza todo Estado para ratificar o no tanto la Convención como sus Protocolos adicionales. A pesar de estas dificultades que afectan directamente a su eficacia, este tratado supone la confirmación del Derecho penal transnacional como instrumento para luchar contra el COT en una amplia variedad de vertientes novedosa respecto del panorama anterior, con las consecuencias que ha tenido y tiene en los ámbitos preventivo, represivo y de cooperación internacional, contribuyendo a la transformación del Derecho penal en las últimas décadas —en particular, respecto del establecimiento de la responsabilidad penal del individuo y de los procedimientos de investigación de *excepción*—. Este marco transnacional ha influido en el Derecho penal de la UE, al mismo tiempo que los EEMM e instituciones han buscado que éste refleje las diferentes realidades penales nacionales, razón por la cual su análisis es imprescindible en este estudio para entender la legislación comunitaria.

1. El camino hacia la Convención de Naciones Unidas. El discreto papel de la Unión Europea

La lucha contra el COT ha ocupado un lugar central y constante en la actividad de la ONU desde mediados de la década de los 70 del siglo pasado ¹⁸⁰. En concreto, la

¹⁸⁰ Para un recorrido histórico de las principales etapas en las últimas décadas, según los textos adoptados a nivel internacional, *Vid., inter alia*, BASSIOUNI, C. y VETERE, E. (eds.), *Organized Crime. A Compilation of U. N. Documents, 1975 — 1998*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, Nueva York,

AG realizó durante la Guerra Fría una importante labor de concienciación sobre los riesgos desestabilizadores de la “nueva” criminalidad organizada frente a formas “tradicionales” de delincuencia, especialmente a medida que se acentuaba su carácter transnacional gracias a los avances en las comunicaciones y la creciente globalización de la economía. Particularmente relevante en el discurso de la AG es el énfasis acerca de las negativas consecuencias que para el progreso económico y social de los países menos desarrollados o con economías en transición tenía el fenómeno de la criminalidad organizada y sus principales manifestaciones paralelas, como la corrupción o el blanqueo de capitales ¹⁸¹. Sin embargo, hemos de esperar hasta la emergencia de un nuevo contexto de seguridad internacional tras la desaparición de la confrontación bipolar para encontrar un serio compromiso de los gobiernos en la consecución de este objetivo consagrado en la actividad de la AG, convertido ahora en problema no solamente de desarrollo socio-económico, sino eminentemente de *seguridad*. La respuesta de la ONU se centró, pues, durante la década de 1990 en el refuerzo de la legislación estatal y el perfeccionamiento de las capacidades de respuesta de las autoridades nacionales, así como en la mejora de la cooperación internacional para contrarrestar este fenómeno delictivo, especialmente a través de la represión del tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas y el blanqueo de capitales.

Del 21 al 23 de noviembre de 1994, en respuesta a una petición del Comité Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) ¹⁸², tuvo lugar la Conferencia Ministerial Mundial de Nápoles sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, preparada por el Gobierno de Italia. En ella se congregó por primera vez a la práctica totalidad de Estados miembros de Naciones Unidas en torno a una cuestión que, si bien había ido ganando importancia en la agenda internacional, no es hasta ese momento cuando logra el necesario consenso para requerir una acción concertada a nivel mundial.

1998; LABORDE, J.-P., *État de droit et...*, op. cit. en Nota 144; McCLEAN, D., *Transnational Organized Crime. A commentary on the United Nations Convention and its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007; ONUDD, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008, disponible en: www.unodc.org [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸¹ Especialmente se analiza en los Congresos Quinto (1975) y Séptimo (1985) de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y la Justicia Penal. NACIONES UNIDAS, *Fifty years of United Nations congresses on crime prevention and criminal justice: past accomplishments and future prospects*, A/CONF.203/15, Bangkok, 18-25 de abril de 2005.

¹⁸² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), 1993/29, 42ª sesión plenaria, adoptada el 27.7.1993, y 1994/12, *Delincuencia transnacional organizada*, 43ª sesión plenaria, adoptada el 25.7.1994.

La importancia del encuentro se manifiesta en la composición de las delegaciones asistentes: de 142 misiones participantes, 56 Estados fueron representados por sus respectivos Jefes de Estado o de Gobierno y el resto a nivel ministerial, respondiendo así a la insistente llamada de la AG para que los Estados miembros estuviesen representados al máximo nivel político posible. La *Declaración Política* y el *Plan de Acción Mundial contra la Criminalidad Transnacional Organizada*, ambos adoptados posteriormente por la AG ¹⁸³, sientan las bases de la respuesta internacional ante la criminalidad organizada; un fenómeno que retoma el carácter transnacional con el que nacen algunas de sus manifestaciones delictivas, al mismo tiempo que su concepción teórica intenta apartarse (sin éxito) de las corrientes clásicas de la Criminología estadounidense que originaron el término que, no obstante, habrá de englobarlas —con carácter general— desde entonces.

Los Estados y organizaciones participantes, “profundamente preocupados por la extraordinaria propagación de la delincuencia organizada”, destacaron en la Conferencia la necesidad de promover una “acción mundial concertada y eficaz” contra la *delincuencia transnacional organizada (sic)*, y exigieron un refuerzo y mejora de las capacidades nacionales y de la cooperación internacional para impedir su expansión y diversificación. Reconociendo los lazos con los actos de terrorismo, la Conferencia acordó que, como mejor manera para “combatir eficazmente” el COT, era necesario tener presente las características estructurales y el particular *modus operandi* de las organizaciones criminales —muy influida la élite política, no obstante, por las teorías criminológicas norteamericanas ¹⁸⁴—. Teniéndolas en cuenta, el *Plan de Acción* instaba a los Estados a reforzar su legislación penal, de ser necesario, con la tipificación de la participación en asociaciones criminales y la conspiración, además de otras medidas desde el derecho procesal; a instaurar las estructuras estatales necesarias para luchar contra la criminalidad organizada y el blanqueo de los productos del delito, como la creación de unidades de investigación especiales; y a fomentar la reglamentación y la puesta en marcha de otras medidas encaminadas a garantizar la “sensibilización

¹⁸³ A/RES/49/159, adoptada el 23 de diciembre de 1994, y A/RES/49/748, adoptada el 2 de diciembre de 1994.

¹⁸⁴ El Plan de Acción identifica como principales elementos: la organización de los grupos con el fin de realizar actividades criminales; la presencia de lazos jerárquicos o de relaciones personales que permiten a determinados individuos la dirección del grupo; el recurso a la violencia, intimidación y corrupción; y el blanqueo de los productos del delito.

pública” y la prevención del delito. Asimismo, pedía mejorar la cooperación internacional y de los instrumentos internacionales, por medio del desarrollo de los mecanismos nacionales de cooperación y de inteligencia y la adecuada implementación de los convenios de extradición y asistencia judicial. Consideración especial otorgaba a la labor desarrollada contra este fenómeno por las Naciones Unidas y determinados Organismos regionales, haciendo especial referencia a la necesidad de evitar duplicidades, la transferencia de *expertise* y la posibilidad de prestar asistencia técnica a aquellos Estados que así lo solicitaren en la aplicación de las disposiciones y recomendaciones del Plan de Acción —cuyo seguimiento habría de responder a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal¹⁸⁵—. Poca atención han prestado estos documentos, no obstante, a la efectiva protección de las víctimas de los delitos cometidos por los grupos criminales, limitada a la “posibilidad de indemnizar[las] debidamente” o la provisión de determinadas garantías procesales; un vacío constante observado en la mayor parte de las legislaciones nacionales, internacionales y de la Unión que ha tenido repercusión en el texto finalmente adoptado¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Órgano creado en 1992 por resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (1992/1), cuenta entre sus principales funciones la dirección y organización de los Congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia penal; la aprobación del presupuesto del Fondo de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, y la promoción de la actuación internacional para luchar contra el delito nacional e internacional, especialmente el crimen organizado. *Vid.*, <http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/index.html> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸⁶ El artículo 25 de la Convención finalmente adoptada exige a las Partes que garanticen la asistencia y protección a las víctimas —al menos, durante el procedimiento penal—, independientemente de su participación como testigos u otro tipo de colaboración con las autoridades judiciales y policiales competentes en la incriminación de los miembros de un grupo delictivo organizado. La ambición normativa de la Convención es, por tanto, bastante limitada. En primer lugar, además de dejar en manos de criterios de oportunidad o de fundamentación jurídica interna la adopción de las medidas propugnadas por la Convención, la protección y la asistencia a las víctimas queda circunscrita a: *i*) la asistencia y protección *física*, “en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación” —sin entrar en la obligatoriedad de otro tipo de ayuda, psicológica o financiera, por ejemplo, igualmente importante para un adecuado desarrollo del proceso penal y de la protección de los intereses de las víctimas—; *ii*) la obligación de instaurar mecanismos para obtener indemnización y restitución en caso de condenarse a los presuntos delincuentes y demostrarse su cualidad de víctima; y *iii*) la garantía de ser escuchada en las “etapas apropiadas de las actuaciones penales”, sin menoscabar los derechos de la defensa. Por otra parte, la protección y asistencia a las víctimas no cumple con los criterios mínimos de protección requeridos para hacer efectiva su seguridad. Nada se dice sobre la posibilidad de extender esa asistencia y protección antes, durante y/o después de la investigación y del procedimiento penal, por lo que queda sujeta a las *posibilidades* de las Partes su concreción material y temporal. Esta cuestión no solamente se limita a las capacidades (económicas, logísticas, recursos humanos, etc.) de un Estado, sino también a su voluntad de extender estas medidas protectoras o asistenciales a etapas posteriores al proceso penal. Esta protección —bastante restringida también en la UE— resulta de vital importancia para la efectiva salvaguarda de la integridad física y moral de las víctimas, por ejemplo, de la trata de seres humanos y, al mismo tiempo, para la propia eficacia de la investigación e incriminación de los miembros de un grupo organizado al darse la posibilidad de que las víctimas se muestren reticentes a declarar como testigos por miedo a

Por otra parte, como medio para mejorar la cooperación internacional y la armonización de las medidas nacionales y regionales, el Plan de Acción insistía en la viabilidad de aprobar nuevos instrumentos internacionales, entre ellos la posibilidad de adoptar una convención específica sobre la criminalidad organizada. Para ello, instó a la Comisión a recabar las opiniones de los Estados miembros sobre el impacto y alcance de una posible convención en la materia. Se pretendía con ello reforzar la respuesta internacional existente, como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas ¹⁸⁷ o la labor realizada por el GAFI en materia de blanqueo de capitales, con un instrumento (o varios) más allá de la tipificación de determinadas áreas del COT. De esta forma, tras la Conferencia de Nápoles, se insistió en la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y de los productos del delito —considerado uno de los pilares de la fuerza de los grupos criminales—, y la provisión de un marco legal global para luchar contra el fenómeno de manera general e integrada. Mientras que el primer punto sería rápidamente considerado un asunto del GAFI —especialmente, según la UE y otros países occidentales—, la consecución de un marco legal general sería el resultado de un largo y laborioso proceso de negociación bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Fruto de la negociación, relativamente fluida y rápida —atendiendo a los estándares diplomáticos internacionales—, saldría un texto consensuado que no aplacaría las críticas de algunos Estados ni de la doctrina.

Tras más de dos años de intenso trabajo en la Comisión, de varias resoluciones y declaraciones tanto del ECOSOC como de la AG, la propia Asamblea relanza la cuestión de la elaboración de un instrumento global ¹⁸⁸, tomando como base para la discusión el documento presentado por el Gobierno de Polonia ¹⁸⁹. Como se había tratado en la Conferencia de Nápoles, uno de los mayores problemas durante la negociación del texto fue la adopción de una definición del fenómeno más o menos

represalias. En consecuencia, si bien se pretende que las medidas de protección a las víctimas sean más amplias que para los testigos y arrepentidos, lo cierto es que dicha protección y asistencia estará condicionada por la consiguiente implementación en la normativa interna por los Estados, muchos de los cuales la reducen al procedimiento penal contra los miembros de la organización, por tanto, contemplándola como un instrumento más de la política de seguridad contra el COT.

¹⁸⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Viena, 20.12.1988, disponible en http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸⁸ A/RES/51/120, de 12 de diciembre de 1996 [publicada el 7 de marzo de 1997], sobre la cuestión de la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada.

¹⁸⁹ A/C.3/51/7, anexo, de 1 de octubre de 1996.

integral y, por tanto, del alcance que habría(n) de tener la(s) convención(es). Mientras que algunos Estados miembros intentaron listar todas las actividades delictivas posibles ligadas tradicionalmente a las organizaciones criminales, otras delegaciones eran más favorables a incluir un enfoque alternativo basado en la gravedad del delito —según la pena prevista en la legislación nacional—, cometido necesariamente en el marco de una organización criminal. Además, cuestiones particulares alcanzaron las negociaciones de la mano de iniciativas gubernamentales que buscaron llamar la atención sobre determinados aspectos relacionados con la criminalidad organizada ¹⁹⁰; iniciativas añadidas a las negociaciones que, junto a la cuestión de la inclusión de una definición de la delincuencia organizada, terminaron alargándolas durante meses.

El Comité Especial intergubernamental encargado de la elaboración de la convención, establecido por la AG ¹⁹¹, redactó el texto principal durante sus once primeras sesiones (de enero 1999 a octubre de 2000), presentando a la AG, tras meses de intensas negociaciones, el borrador de una convención y dos protocolos —uno relativo a la lucha contra la trata de personas y otro sobre el tráfico ilícito de migrantes ¹⁹²—. Solamente unos meses después, tras su duodécimo período de sesiones, el Comité presentaría su proyecto de protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas y munición ¹⁹³. El documento final de la Convención fue adoptado por la AG ¹⁹⁴ y firmado en Palermo en diciembre de 2000. El convenio resultante pretende armonizar las legislaciones nacionales para mejorar la asistencia mutua y, en general, la cooperación internacional, estableciendo, como veremos en los puntos siguientes, la obligación de tipificar determinados delitos inherentes a la esencia del COT o que coadyuvan a su expansión y/o consolidación. La (entonces) Comunidad Europea se convirtió en la primera Organización internacional —y única— en firmar la Convención

¹⁹⁰ ONUDD, *Travaux Préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. xxvi.

¹⁹¹ A/RES/53/111 y 114, ambas adoptadas el 9 de diciembre de 1998 [publicadas el 20 de enero de 1999]. El Comité Especial estuvo precedido por un Grupo de Trabajo de la Comisión de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia Penal, además de los debates internos en dicho organismo, y de un grupo intergubernamental de expertos, establecido por la A/RES/52/85, de 30 de enero de 1998, a petición de la Comisión, donde se debatieron ampliamente las diversas opciones posibles sobre el alcance de la Convención y la conveniencia de abordar delitos concretos en instrumentos aparte o en la misma Convención.

¹⁹² A/RES/55/383, *Informe del Comité especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*, 10 de noviembre de 2000.

¹⁹³ A/RES/55/383/Add.2, de 20 de marzo de 2001.

¹⁹⁴ A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000 [publicada el 8 de enero de 2001]. *Vid.* el texto completo en ONUDD, *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia...*, *op. cit.* en nota 146.

de Palermo ¹⁹⁵, un tratado mucho más amplio que los anteriores instrumentos internacionales centrados en la lucha contra la droga o contra el blanqueo de capitales y de lo esperado por los propios EEMM de la UE.

Durante las negociaciones, la Unión, sin embargo, se mostró menos activa que a nivel interno e, incluso, descoordinada a nivel diplomático. Ausente del movimiento que impulsó la necesidad de una Convención global, la UE procuró que el texto adoptado por las Naciones Unidas fuera plenamente consistente con sus estándares y la normativa relativa al COT, aprobada meses antes por la Unión—esencialmente, la Acción común sobre la tipificación de la participación en una organización delictiva y la Convención Europol ¹⁹⁶—. Posiblemente consecuencia de la descoordinación observada durante las negociaciones, la Unión adoptó la Posición común de 29 de marzo de 1999 ¹⁹⁷, que pedía a los EEMM que apoyaran la elaboración de la Convención y abogaran por disposiciones lo suficientemente amplias para facilitar la prevención y la persecución de la delincuencia organizada, intentando reducir los requerimientos en cuanto a la estructura y distribución de roles dentro de la organización ¹⁹⁸—rompiendo, así, con la “doctrina clásica” que influyó en la legislación de varios Estados

¹⁹⁵ Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, p. 69.

Uno de los principales puntos de discusión en la Unión fue, sin embargo, la división de las competencias entre la UE (y entre sus diferentes “pilares”) y los Estados miembros. La conclusión de la Convención de Palermo y de sus Protocolos hubiera llevado a una considerable extensión del ámbito de aplicación de las competencias comunitarias a materias cubiertas por el extinto “tercer pilar”. La cuestión se resolvió de alguna forma con la inclusión, a la hora de la firma, de una Declaración relativa al ámbito de las competencias comunitarias, además de una comunicación sobre el artículo 35 § 2 (*solución de controversias*).

¹⁹⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 351*, de 21.12.1998, pp. 1-3; y Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la UE, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial C 316*, de 27.11.1995, pp. 2-32.

Para un análisis del papel de la Unión en la negociación de la Convención de Palermo y su posterior intento de reforzarla mediante su mecanismo de revisión, *vid.* SORIANO, J. P., “Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Núm. 108, septiembre de 2014, pp. 141-163.

¹⁹⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Posición común 1999/235/JAI, de 29 de marzo de 1999, definida por el Consejo sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa a la propuesta de Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial L 87*, 31.3.1999, pp. 1-2.

¹⁹⁸ Posiblemente, consecuencia directa de la propuesta francesa de introducir entre los elementos de la definición del *grupo delictivo organizado* (Artículo 2) una visión más clásica, centrada en la jerarquía o los vínculos personales del grupo y el uso de la violencia. *Vid.* ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 7.

occidentales, principalmente de Estados Unidos e Italia—. En cuanto a las disposiciones relativas al blanqueo de capitales, la UE optó claramente por introducir en la Convención las 40 Recomendaciones del GAFI y los distintos instrumentos adoptados por la Unión en materia de prevención, investigación y represión del delito ¹⁹⁹.

Si bien se observan similitudes entre la normativa de la UE y la Convención, en particular en la inclusión del doble modelo de tipificación de participación en grupo criminal, sin embargo, no podemos concluir que sea un hecho atribuible a la actividad de los EEMM y de la Comisión —cuya contribución se limitó a incluir diversas disposiciones que permitiesen a la Comunidad firmar el tratado resultante—. Estados terceros, como México, jugaron un papel mucho más importante en la redacción de la Convención, mientras que en el caso de los EEMM solamente algunos destacaron durante las negociaciones del texto, como Italia y Polonia (por entonces, país candidato) o, en menor medida, Francia y Alemania. Por otra parte, tampoco puede afirmarse que la legislación europea recoja todas las disposiciones contenidas en la Convención de Palermo. La UE ha sido incapaz de incluir en su legislación relativa a la lucha contra el COT determinados delitos cubiertos por la Convención, manifiestamente más amplia en cuanto a su ámbito material, como la tipificación penal de la organización y dirección de un grupo delictivo organizado; mientras que otras actividades delictivas han sido parcialmente tipificadas o abordadas por una maraña normativa poco clara, en particular en lo concerniente a los nexos entre COT y corrupción ²⁰⁰ o la tipificación de la obstrucción de la Justicia, cuestión ausente en la legislación europea. Además, a determinados vacíos en la legislación de la UE, hemos de añadir la incorrecta o nula trasposición por los EEMM de las disposiciones europeas —e, incluso, de la propia Convención—, puesto que siguen existiendo diferencias considerables entre las legislaciones nacionales, por ejemplo en cuanto al grado de organización requerido, la

¹⁹⁹ Esencialmente, la Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, *Diario Oficial L 333*, de 9.12.1998, pp. 1-3.

²⁰⁰ La corrupción, como fenómeno interno, solamente ha sido tímidamente tratada en el marco de la UE a partir de 2011, como respuesta a los problemas de algunos “nuevos” EEMM. Para una panorámica general del problema de la corrupción a nivel interno y las propuestas de la Comisión, *vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, Bruselas, 6.6.2011. *Vid.* el último informe de la Comisión relativo a la situación interna actual: *COMISIÓN EUROPEA, Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-corruption Report*, COM (2014) 38 final, Bruselas, 3.2.2014.

tipificación de la participación en organización delictiva, la inclusión efectiva en la legislación penal de una definición de este tipo de organizaciones delictivas o el fin último de los *grupos delictivos organizados* ²⁰¹. En un aspecto en el que sí coinciden es, precisamente, en la expansión de las medidas preventivas en la lucha contra el COT y en la necesidad de modernizar el marco penal sustantivo y procesal para adaptarlo al “nuevo” fenómeno criminal, facilitar los mecanismos de cooperación internacional y definir los elementos comunes de los grupos delictivos organizados. Esta urgencia por mejorar la lucha contra el COT, unido al discurso securitario promovido por instituciones estatales e internacionales, hace del recurso al Derecho penal un componente más de la política de seguridad de los Estados firmantes, en especial en el seno de la UE.

2. Los principales elementos de la Convención. Definiciones y tipificación de participación en organización criminal

La novedad de la Convención de Palermo reside en su intento de abordar el fenómeno del crimen ²⁰² organizado transnacional (COT) desde una óptica global. Sus disposiciones abarcan desde la prevención y la investigación hasta la represión de los delitos cometidos por ésta y la protección de las víctimas. Así, la Convención se estructura en torno a cinco áreas principales: *i*) tipificación de determinados delitos; *ii*) refuerzo de normas procesales y de investigación; *iii*) cooperación internacional; *iv*) mejora de la prevención; y *v*) protección de las víctimas y testigos. Sin embargo, la labor “racionalizadora” de la Convención no resulta fácil:

Su estructura refleja la complejidad de combinar respuestas apropiadas para todos los Estados teniendo en cuenta la diversidad de sus sistemas jurídicos. [...] Contiene disposiciones absolutamente obligatorias, disposiciones obligatorias pero acondicionadas para tener en cuenta principios constitucionales u otros principios

²⁰¹ Para un análisis de la implementación de la normativa de la UE en la materia y de su relación con la Convención, *vid.* CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Springer, Heidelberg, 2010.

²⁰² Por razones de coherencia, tanto con el resto de versiones lingüísticas oficiales de la Convención como con la seriedad de los delitos que se presupone el texto contiene, preferimos utilizar el término “criminalidad” o “crimen” en lugar de “delincuencia”, utilizado en la versión en castellano.

jurídicos de los Estados Partes, disposiciones fuertemente recomendadas y disposiciones recomendadas.²⁰³

El ámbito material de aplicación de la Convención²⁰⁴ está limitado a los *delitos graves* y a cuatro delitos concretos en ella contenidos —uno principal (participación en un grupo delictivo organizado) y tres secundarios o instrumentales para el COT (blanqueo de capitales, corrupción y obstrucción a la Justicia)—, excepto previsión en contrario, cuando se cometan por un *grupo delictivo organizado* y tengan carácter transnacional. Por tanto, tres condiciones han de cumplirse para que sus disposiciones se pongan en marcha: *i*) las infracciones han de ser graves o aquellas contenidas expresamente en la Convención; *ii*) la transnacionalidad de la infracción²⁰⁵; y, *iii*) la implicación de un grupo delictivo organizado.

La Convención incorpora varias definiciones imprescindibles para comprender el alcance de la aplicación de sus disposiciones. En primer lugar, el artículo 2, define *delito grave* a través del establecimiento de un umbral mínimo de penas. La gravedad del delito la marcará la sanción penal, máxima de al menos cuatro años de privación de libertad o de una pena mayor (letra *b*), independientemente del tipo concreto de delito cometido. Contrariamente a lo pretendido por algunos Estados, la opción de listar una serie de delitos no es retenida, evitando así entrar en un infructuoso debate sobre los delitos que tradicionalmente se han asociado a un *grupo delictivo organizado* y susceptibles ahora de ser objeto de la Convención. Se deja, pues, libertad para que los Estados firmantes determinen, según sus respectivos ordenamientos penales, el alcance real del texto, además de la obligatoriedad de tipificar los cuatro delitos específicos previstos por ésta (participación en grupo delictivo organizado, blanqueo de capitales,

²⁰³ LABORDE, J.-P., *État de droit...*, *op. cit.* en Nota 144, pp. 147-148 (traducción propia).

²⁰⁴ Artículo 3, *Ámbito de aplicación*

“1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención;

cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.”

²⁰⁵ “2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

a) Se comete en más de un Estado;

b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.” (Artículo 3)

corrupción y obstrucción a la Justicia), con los riesgos que ello conlleva en términos de legalidad y seguridad jurídica de la actuación de las autoridades estatales ²⁰⁶. En consecuencia, los Protocolos resultan imprescindibles para comprender el alcance material de la Convención, más allá de los cuatro delitos contenidos en ella, complementándola, aunque sin llegar a constituir una lista exhaustiva de delitos considerados graves, limitándose a incluir tres: trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes y de armamento.

Otra de las definiciones imprescindibles para entender el alcance de la Convención es la de “grupo delictivo organizado”. Como se señaló en la Conferencia de Nápoles, una de las prioridades de la acción internacional debía ser la definición de criminalidad organizada, necesaria para la mejora de la cooperación internacional. Aunque no satisface ni las exigencias de los criminalistas ni de algunos Estados miembros ²⁰⁷, la Convención aborda distintos aspectos del COT en su artículo 2 (*Definiciones*), aportando los principales elementos de referencia, si bien no llega a definirla. La definición de “grupo delictivo organizado” intenta suplir el desacuerdo general sobre la noción de COT, opción que finalmente es desechada en beneficio de la obtención de un consenso. Para los fines de la Convención, se entiende que es:

[...] un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material [...] (letra a)

Varios son los elementos a destacar de esta definición:

a) Primeramente, se requiere que el grupo tenga una cierta estructura, entendida en un sentido “negativo”; es decir, “...no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros

²⁰⁶ “[...] la decisión de establecer los estándares para un «crimen serio» basado en un máximo de privación de libertad en lugar de un mínimo lleva a un ámbito de aplicación extensivo de la definición de un grupo delictivo organizado y, en consecuencia, a un ámbito de aplicación extensivo de la Convención. Esto es así porque hay más delitos relacionados con el crimen organizado para los cuales puede imponerse una privación de libertad de al menos cuatro años que delitos comparables para los cuales una privación mínima de libertad de al menos tres años [...]”. MALJEVIĆ, A., *‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’...*, *op. cit.* en Nota 85, p. 153 (traducción propia).

En España, por ejemplo, en la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 5/2010 [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 140, de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883] se modifica el apartado cuarto del artículo 282 *bis* para introducir una definición de grupo organizado y un listado de actividades delictivas que se supone pueden realizar con el fin de obtener un beneficio económico.

²⁰⁷ *Vid.* las discusiones en ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180.

funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada[.]” (letra c). Por tanto, abarca desde grupos altamente jerarquizados y estructurados, como podrían ser las típicas organizaciones de tipo mafioso, hasta otras más flexibles, con la única exclusión de aquellas asociaciones creadas para la comisión inmediata de un delito. Una “no-definición” ²⁰⁸ de “grupo estructurado” extremadamente flexible que rompe con la visión criminológica tradicional, defendida por algunos Estados durante las negociaciones, al reducir los requisitos exigidos y que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina por su carácter de norma de “excepción” ²⁰⁹. A pesar de ello, tal requisito estructural mínimo fue reconocido en los *Travaux préparatoires* de la Convención, aplicable tanto a grupos jerarquizados como aquellos que no lo son, e incorporado posteriormente al Derecho de la UE al adoptar, en 2008, la Decisión marco relativa a la lucha contra el crimen organizado. En palabras de Valsamis Mitsilegas, “el resultado es el oxímoron de un grupo estructurado sin una estructura desarrollada” ²¹⁰.

b) Igualmente críticas se han mostrado la doctrina y la práctica con el número de miembros requerido, si bien la Convención recoge la práctica internacional seguida tanto por la mayoría de Estados como por la propia UE y el Consejo de Europa. Durante la elaboración de la Convención, las delegaciones participantes manifestaron sus discrepancias en torno, incluso, a la factibilidad de establecer un número mínimo de miembros. Finalmente, optaron por fijar en al menos *tres* las personas requeridas para formar un grupo, umbral mínimo recogido en la mayoría de ordenamientos estatales romanistas, aunque mayor que el requerido para la *conspiracy* de la tradición anglosajona, que únicamente exige dos personas.

²⁰⁸ McCLEAN, J. D., *Transnational organized crime: a commentary...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 43.

²⁰⁹ “Un conjunto de excepción se construye así alrededor de las tipificaciones. Buscando una eficacia sustancial, tanto las nuevas tipificaciones como los dispositivos procesales que se les añaden parecen afirmar que la eficacia debe primar sobre el respeto de los principios jurídicos fundamentales. Ampliamente criticadas por la doctrina por las violaciones de Derechos que entrañan, estas disposiciones resisten y los procedimientos de excepción adoptados en materia de criminalidad organizada tienden a influir el Derecho penal común, incluso a aplicarse directamente”. CESONI, M. L., “Conclusions générales”, CESONI, M. L., *Criminalité organisée...*, *op. cit.* en Nota 34, p. 694 (traducción propia). En el mismo sentido, *vid.* Nota 33.

²¹⁰ MITSILEGAS, V., “Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an area of “freedom, security and justice””, *European Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 26, diciembre de 2001, p. 576 (traducción propia).

c) En tercer lugar, derivado de la “no-definición” del grupo estructurado, el requisito temporal de permanencia de la organización se reduce de la misma forma a mínimos evidentemente criticables, limitándose a excluir aquellos grupos formados para la comisión inmediata de un delito.

d) Otro de los elementos de la definición es el *concierto* entre los participantes de una organización delictiva, inserción incorporada durante la negociación tras la presión ejercida por algunos Estados. Es claro que el grupo ha de concertar su actividad delictiva, aunque sea mínimamente, a fin de poder hablarse de crimen organizado y de una actividad del grupo —no actividades aisladas de sus miembros—, por lo que este elemento fue incluido sin mucha oposición.

e) Por su parte, la finalidad del grupo ha de ser la comisión de delitos con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, “un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Este elemento finalista permite diferenciar a este tipo de grupos de otros, como los terroristas o insurgentes, cuyas actividades están dirigidas hacia fines políticos, religiosos, morales o de otra índole —aunque puedan serle de aplicación determinadas disposiciones de la Convención en caso de buscar ese beneficio material como medio para llevar a cabo su finalidad (política/religiosa) primigenia²¹¹—. Esta exclusión resultó, no obstante, bastante más problemática que en el caso de los anteriores elementos, pues determinados Estados²¹² entendían la necesidad de extender el ámbito de aplicación de la Convención a otros grupos delictivos cuya actividad criminal, transnacional en muchos casos, si bien puede entenderse “organizada” (en el sentido de concertada), no son destinatarios de tal consideración en la mayoría de países. Así, Argelia, Egipto, Marruecos y Turquía reivindicaron incluir aquellos crímenes cometidos con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio moral, aunque la mayoría de las delegaciones consideraba este concepto demasiado ambiguo y fue finalmente desechado.

²¹¹ ONUDD, *Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, p. 13.

²¹² Por ejemplo, México incluye el terrorismo en el listado de las actividades delictivas susceptibles de ser perpetradas por la criminalidad organizada en el Artículo 2º de su Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por ello, junto con otros países, como Turquía, apoyó insistentemente la inclusión de otras finalidades que las materiales en la Convención de Palermo (A/AC.254/5/Add.26). Los documentos preparatorios de la Convención están disponibles para ser consultados en la página de la ONUDD: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/background/session10.html> [última consulta: 31.8.2015].

f) El *beneficio material* ha de ser entendido en su más amplia acepción, permitiendo incluir otros beneficios similares a los económicos o de orden material, como la gratificación personal. Este sería igualmente el caso de una gratificación sexual, por lo que la Convención sería de aplicación a las redes pedófilas o pornográficas ²¹³.

g) Por último, y derivado del propio ámbito de aplicación de la Convención, solamente son objeto de la misma aquellos grupos cuya actividad delictiva es considerada *grave* —según el ordenamiento nacional— o han cometido (o planeado cometer) uno de los cuatro delitos tipificados conforme a sus respectivas disposiciones.

El artículo 2 no recoge, sin embargo, otros elementos asociados tradicionalmente a la definición de COT —relacionados con el grado de organización del grupo—, presentados durante la elaboración de la Convención, por ejemplo, en el borrador del Gobierno polaco o en las propuestas de otros Estados. En particular, nada se dice de los medios utilizados por el grupo organizado, como la intimidación, la extorsión o la violencia, aunque finalmente sí se incluyesen otros como la corrupción o la obstrucción a la justicia —como veremos en el siguiente apartado, con obligación de tipificación como delito—. Algunos Estados, como Francia, fueron más allá al pedir la inclusión de la finalidad de control de territorios o mercados, en línea con los elementos aportados por la Conferencia de Nápoles e incorporados en la propuesta polaca. Finalmente, la opción de los medios fue desechada, aunque algunos autores se empeñen en indicar lo contrario ²¹⁴, por la posibilidad de resultar ambigua “o crear lagunas que podrían ser explotadas por grupos delictivos organizados” ²¹⁵.

En cuanto al ámbito material concreto de la Convención, al mismo tiempo que se aplica a los *delitos graves*, ésta prevé la tipificación de determinadas conductas delictivas típicamente asociadas con las organizaciones criminales, además de otras susceptibles de posibilitar su expansión, enriquecimiento, diversificación o perpetuación, permitiéndonos distinguir entre un delito *principal* (participación en grupo delictivo organizado) y tres ofensas *secundarias* o instrumentales dentro de la

²¹³ ONUDD, *Guías Legislativas...*, *op. cit.* en Nota 211, pp. 13-14.

²¹⁴ Así, Fred Schreier indica que existen cuatro criterios obligatorios y siete opcionales en la definición contenida en el artículo 2, incluyendo en esa segunda categoría el uso de la violencia y la intimidación. Además, asegura que dicha disposición indica que la finalidad del grupo delictivo organizado es la consecución de un beneficio económico “y/o poder”. SCHREIER, F., “Fighting the Pre-eminent Threats...”, *loc. cit.* en Nota 100, pp. 7-8.

²¹⁵ ONUDD, *Guías Legislativas...*, *op. cit.* en Nota 211, p. 12 (en nota a pie de página número 15).

Convención (blanqueo del producto del delito, corrupción y obstrucción de la justicia). En primer lugar, los Estados —u “organizaciones regionales de integración económica”— firmantes están obligados a incorporar a sus legislaciones penales nacionales, si no lo habían hecho anteriormente, el delito de *participación en un grupo delictivo organizado* (Art. 5 ²¹⁶). Se trata de reconocer la participación en un grupo delictivo organizado como un delito autónomo (“como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de una actividad delictiva”...), sin necesidad de que el delito sea cometido efectivamente. Fruto del compromiso entre derecho común y continental, los Estados podrán optar por tipificar, cuando sea cometido intencionadamente: *i*) el *acuerdo* entre dos o más personas para cometer un *delito grave*; *ii*) la conducta de toda persona que *participe* activamente de la comisión de las actividades ilícitas del grupo, *iii*) o bien ambas conductas. En cuanto al *acuerdo*, la Convención introduce una reivindicación de los países cuyo ordenamiento jurídico está

²¹⁶ Artículo 5, *Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.”

Para una observación detallada de las disposiciones de la Convención y de los debates previos a su adopción *Vid.*, además de los *Travaux préparatoires* citados en la nota 180, ONUDD, *Guías legislativas...*, *op. cit.* en Nota 211.

basado en derecho anglosajón o *común*, centrados en el delito de *conspiración* ²¹⁷. El mero acuerdo es punible, cuando existe conocimiento del hecho delictivo, incluso si no se ha consumado o se ha postergado en el futuro. No obstante, el texto permite a los Estados la posibilidad de incluir como requisito adicional la efectiva comisión del delito por uno de los “conspiradores” o la implicación de un grupo delictivo organizado si sus legislaciones así lo requieren para su incriminación. Por otra parte, la tipificación de la participación *activa* ²¹⁸ en las actividades ilícitas del grupo u otras actividades que faciliten la comisión de un delito, a sabiendas de su intencionalidad delictiva, atiende a la necesidad de sancionar penalmente la *asociación para delinquir* —más allá del mero acuerdo—, opción seguida por los países de tradición jurídica romanista. Dicha participación en otras actividades del grupo ha de realizarse a sabiendas de que ejercen una función de apoyo a la comisión de delitos y la consecución del fin del *grupo delictivo organizado*, aunque no sean delictivas en sí mismas —por ejemplo, el alquiler de un taller o de medios de transporte siendo consciente de la actividad delictiva del grupo—.

El artículo 5, en su párrafo 1, letra *b*) exige a las Partes a tipificar como delitos otras actividades complementarias a la participación directa, como son la “organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado”. Por tanto, se pretende penalizar la actividad de los dirigentes de una organización, incluso si no participan directamente de la comisión de los delitos, al mismo tiempo que la incitación y la colaboración. Esta disposición obliga a las Partes a tipificar actividades distintas de la autoría que se consideran necesarias para la lucha contra el COT y, especialmente, el desmantelamiento de la estructura de la banda organizada, objetivo último de la Convención en la prevención de la perpetuación y extensión de este fenómeno. No obstante, si el delito de participación activa resulta difícil de demostrar durante la investigación y el posible procedimiento judicial, más aún los delitos de organización y dirección del grupo. De hecho, tradicionalmente el Derecho penal ha sancionado

²¹⁷ Distinto, no obstante, del delito de conspiración recogido en el Derecho penal español, más restrictivo, no autónomo y considerado únicamente un acto preparatorio punible “en los casos especialmente previstos en la Ley”. CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada...”, *loc. cit.* en Nota 33.

²¹⁸ La Convención requiere la participación activa en una organización criminal, aunque algunas legislaciones —como la italiana— permiten que la mera membresía (pasiva) sea punible.

únicamente la conducta delictiva del individuo, tendencia que se ha visto invertida en la actualidad con la introducción de la Convención de Palermo y otros instrumentos internacionales en los respectivos ordenamientos internos, en una tendencia legislativa ciertamente censurable para buena parte de la doctrina ²¹⁹. Esta dificultad ha impedido la efectiva implementación de este precepto en algunos ordenamientos, en particular su adopción por el incipiente *Derecho europeo penal* (vid. *infra*, Capítulo II).

Otro de los puntos más discutidos de la implementación de la Convención en el ordenamiento de la UE, al igual que en otros Estados Partes, ha sido la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas. Recogida en el artículo 10 ²²⁰ como una “disposición obligatoria pero condicionada”, insta a las Partes a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, de índole penal, civil o administrativa, en caso de participación en un delito grave en el que un grupo delictivo esté involucrado, o de los cuatro delitos tipificados con arreglo a la Convención. Al igual que en el caso de la tipificación de la organización y dirección de un grupo delictivo, el Derecho penal tradicional se ha mostrado reacio a criminalizar la actuación de una persona jurídica (*societas delinquere non potest*), especialmente en la tradición romanista continental, por lo que la Convención ha optado por dejar a las Partes la facultad de establecer su responsabilidad, independientemente de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas (miembros) de un grupo delictivo organizado. Sin embargo, como recuerda el Prof. Cuesta Arzamendi “[e]l tema excede con mucho de la problemática específica de la criminalidad organizada y pertenece más bien al debate actual de la

²¹⁹ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada...”, *loc. cit.* en Nota 33; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal...”, *loc. cit.* en Nota 33.

²²⁰ Artículo 10, *Responsabilidad de las personas jurídicas*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

criminalidad económica [...]”²²¹, por lo que este aspecto de la Convención queda fuera de nuestro ámbito de estudio.

3. Delitos secundarios o instrumentales. La tipificación (exhaustiva) de un fenómeno multiforme

La Convención de Palermo cubre la prevención, investigación y persecución del COT en todas sus formas posibles. A tal fin, sus disposiciones abarcan la penalización tanto de *delitos graves* y de participación en grupo delictivo como otros delitos que, según la Convención, han de ser punibles a nivel interno a pesar de no ser exclusivos del COT. Por lo tanto, además de la obligación de tipificar la participación en un grupo delictivo organizado (elemento principal), la Convención abarca otros delitos, no necesariamente vinculados a la criminalidad organizada, pero que constituyen medios imprescindibles para su perpetuación, expansión o evasión de la Justicia. De esta forma, las Partes habrán de tipificar penalmente el blanqueo del producto del delito (Art. 5), la corrupción (Art. 8) y la obstrucción de la justicia (Art. 23). Estas actividades delictivas no son exclusivas del COT sino que pueden darse, indistintamente, en otras manifestaciones criminales igualmente reprobables, que ni han de ser necesariamente transnacionales, ni implicar obligatoriamente a un grupo delictivo organizado. De hecho, las referencias a ambos criterios (carácter transnacional e implicación de un grupo delictivo organizado) fueron eliminadas del borrador durante las negociaciones, para darle mayor cobertura a la Convención. No obstante, la persecución de estos tres delitos, instrumentales para las actividades ilícitas del COT, resulta imprescindible para evitar su perpetuación y expansión a otros mercados o economías, atacando el fin mismo del COT —la búsqueda del beneficio económico— y sus medios de subsistencia, principales razones de su peligrosidad.

Con carácter general, las respectivas disposiciones introducen como requisito imprescindible para la tipificación penal de las conductas objeto de la Convención el elemento mental o intencional. Así, se elimina el carácter accidental de la participación de una persona en uno de los tres delitos objeto de la Convención, como la ayuda por omisión o negligencia. Por otra parte, los Estados habrán de adoptar las *medidas*

²²¹ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada...”, *loc. cit.* en Nota 33, p. 108.

legislativas y de otra índole necesarias para tipificar penalmente estos tres delitos establecidos conforme a la Convención, secundarios o instrumentales, además del delito de participación, “independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado” (Art. 34, § 2); es decir, ni el elemento transnacional ni la implicación de un grupo delictivo organizado deben constituir un elemento del delito en el Derecho interno. No obstante, dado el claro sesgo de la Convención a favor de la lucha contra el COT, la tipificación de los delitos previstos en la misma ha de relacionarse, necesariamente, a la erradicación de este fenómeno delictivo, pues, de no ser así, las disposiciones de la Convención padecerían de claros vacíos e, incluso, contradicciones internas, como veremos específicamente para el caso de la tipificación y la prevención de la corrupción.

La búsqueda del beneficio económico es, claramente, la principal finalidad de la criminalidad organizada. En los últimos años, la actuación de la Comunidad Internacional se ha centrado en evitar que los beneficios obtenidos ilícitamente por los grupos organizados entren en la economía legal a través de diversos medios haciendo uso, principalmente, del sistema financiero ²²². Por tanto, la inclusión de la tipificación del blanqueo del producto del delito ²²³ no encontró mayores oposiciones durante la

²²² Algunos autores han centrado sus análisis en el blanqueo de capitales a través de otros medios, como el sector de la construcción o el mundo futbolístico. Por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (eds.), *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GAFI, *Money Laundering through the Football Sector*, julio de 2009, disponible en: www.fatf-gafi.org [última consulta: 31.8.2015].

²²³ El término *producto del delito* se define en el artículo 2 de la Convención, según su letra e), completada por la letra f), como: “los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”, bienes que serán “activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

Los términos *blanqueo del producto del delito* y *blanqueo de capitales* han de ser considerados sinónimos, según la Convención de Palermo (A/RES/55/383, Add. 1, párrafo 10).

Artículo 6, *Penalización del blanqueo del producto del delito*

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

elaboración de la Convención. Incluso durante las negociaciones, figuraba como delito en las listas presentadas en cuanto a su ámbito de aplicación. En consecuencia, la Convención representa uno de los textos internacionales más ambiciosos en este aspecto al incorporar gran parte de las Recomendaciones del GAFI en materias tan dispares como la asistencia técnica, la capacitación de las autoridades locales y el asesoramiento, esenciales en materia de cooperación internacional y de prevención, así como la propia tipificación del blanqueo de capitales como delito en los respectivos ordenamientos internos. No obstante, el debate referente a la noción y contenido concreto del delito resultó más complejo de lo esperado. Finalmente, no se incluyó una definición precisa del término, como proponían algunas delegaciones, sino un listado de cuatro conductas delictivas relacionadas con el blanqueo de capitales, “cuando se cometan intencionalmente”: *i)* la conversión o la transferencia del producto del delito; *ii)* la ocultación o disimulación de su naturaleza u origen, *iii)* su adquisición, posesión o utilización; y *iv)* la participación en la comisión de esos delitos, asociación y confabulación para cometerlos, intento, ayuda y otras actividades accesorias distintas de la autoría. Adicionalmente, en los tres primeros casos se exige que se conozca la naturaleza ilícita de dichos bienes, no siendo así en el último de los delitos.

La Convención insta a las Partes a aplicar estas disposiciones contra el blanqueo de los productos del delito a “la gama más amplia posible de delitos determinantes”,

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; [...]

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

incluyendo, como mínimo, los delitos graves cometidos por los grupos delictivos organizados y los tipificados con arreglo al propio texto. Por otro lado, aquellos Estados Parte que limitan la aplicación de estas medidas a determinados delitos listados de manera exhaustiva en sus respectivas legislaciones internas habrán de incluir, “como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”. Además, la Convención requiere el conocimiento y enjuiciamiento de dichos delitos cometidos dentro o fuera de su territorio, añadiendo el requisito de doble tipificación a la hora de aplicar las medidas relativas a la cooperación y asistencia judicial internacional previstas, un requisito no contenido en otros instrumentos internacionales similares. No obstante, flexibiliza el contenido de esta disposición para adaptarlo a los principios constitucionales de los Estados Parte, al permitir que no se juzgue ni castigue a un delincuente al mismo tiempo por blanqueo de los productos del delito y por la comisión de un “delito determinante” (por ejemplo, tráfico de drogas), únicamente “[s]i así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte [...]”, como en el caso de Suecia y de otros Estados en los que constitucionalmente no se puede enjuiciar y/o sancionar a una misma persona a la vez por la comisión de un delito determinante y por blanqueo de los productos de dicho delito. Esta salvedad, recogida en una nota interpretativa de los *Travaux préparatoires*, no es óbice, empero, para la puesta en marcha de la cooperación con terceros Estados para fines de decomiso, la asistencia legal recíproca o la extradición, por lo que queda patente el énfasis que realiza la Convención en la mejora de la cooperación internacional para luchar contra el COT, a pesar de la flexibilidad con la que aborda la tipificación de determinados delitos a nivel interno.

Respecto de la tipificación de la corrupción (Art. 8 ²²⁴), la cuestión alcanzó las negociaciones tras una Resolución de la AG ²²⁵ en la que se encomendaba al Comité

²²⁴ Artículo 8, *Penalización de la corrupción*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario

Especial la elaboración de disposiciones específicas para luchar contra la corrupción ligada al COT, incluyendo igualmente medidas de prevención. En primer lugar, por tanto, estamos hablando únicamente de una dimensión del delito de corrupción — aquella ligada a los grupos delictivos organizados—, aunque finalmente se eliminase del texto una alusión específica, como defendieron varias delegaciones. Por ello, la tipificación del delito de corrupción ha de entenderse circunscrita, únicamente, a la corrupción del sector público: “la promesa, el ofrecimiento o la concesión” (*corrupción activa*) o la “solicitud o aceptación” (*corrupción pasiva*), directa o indirectamente, de un *beneficio indebido*, para sí o para un tercero, a un o por un *funcionario público* para que actúe o se abstenga de intervenir *en el ejercicio de sus funciones* —conceptos clave a definir según el derecho interno del Estado en cuestión—. La tipificación se aplica tanto a la autoría (párrafos primero y segundo) como a la complicidad (párrafo tercero). Criterios mínimos que se consideran esenciales para luchar contra la corrupción del sector público y evitar así que el COT se asiente, refuerce o extienda en determinados territorios, perjudicando al propio sistema democrático y el desarrollo económico del mismo. Adicionalmente, los Estados miembros podrán ampliar el ámbito personal e incluir a funcionarios internacionales o extranjeros operando en su territorio para este tipo de delitos, y tipificar otros ámbitos materiales de la corrupción si así lo estimaren oportuno (párrafo segundo). El resto de la dimensión del fenómeno de la corrupción ha de entenderse cubierta por la Convención de Mérida ²²⁶, especialmente en lo que respecta a la criminalización de la corrupción en el sector privado. Puesto que, como afirma Jean-Paul Laborde, la Convención de Palermo “no es una convención contra la corrupción [...], sino que] considera únicamente la corrupción como un útil del crimen organizado” ²²⁷.

internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo. [...].”

²²⁵ A/RES/54/128, de 28 de enero de 2000.

²²⁶ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General por medio de su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003. Véase el texto completo, ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2004, en conjunción con la *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2010.

²²⁷ LABORDE, J.-P., *État de droit et...*, *op. cit.* en Nota 144, p. 160.

Por último, el artículo 23 requiere que las Partes tipifiquen penalmente la obstrucción de la justicia ²²⁸, sin duda, un claro impedimento a la eficaz erradicación del fenómeno delictivo organizado. Por un lado, se ha de penalizar el uso de la fuerza, las amenazas, la intimidación o la corrupción (*inter pares*) para “inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas”. En el caso de la protección de las víctimas, por ejemplo de trata de personas, resulta imprescindible esta provisión para evitar que el proceso penal en el que se juzgue a los delincuentes se vea obstaculizado, paralizado o condicionado por el empleo de la intimidación o la violencia —considerados típicamente por la doctrina y las autoridades los medios característicos de la actuación de los grupos delictivos organizados—, bien de forma directa contra la víctima, bien contra sus familiares. Por otro lado, se ha de considerar delito el uso de la fuerza, las amenazas o la intimidación con fines de obstaculizar el efectivo ejercicio de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios del orden público, aunque esta especial protección pueda extenderse a otras categorías de funcionarios públicos —por ejemplo, funcionarios de prisiones o asistentes sociales—. Nada se dice, no obstante, de la protección de otras categorías de personas en contacto con las víctimas o los presuntos delincuentes durante un proceso penal y que ejercen funciones públicas, como los abogados de las partes o los integrantes de *oenegés*, que prestan asistencia legal y ayuda de todo tipo a las víctimas, por ejemplo, de trata de seres humanos. Estas categorías intermedias no encontrarían acomodo en el primer grupo —previsto para testigos y víctimas—, puesto que sus funciones no están relacionadas directamente con la obtención de pruebas o la prestación de testimonio, sino con el adecuado desarrollo del proceso antes, durante y después del mismo. Igualmente tosco es este precepto en cuanto al ámbito material de protección al referirse únicamente a “la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente

²²⁸ Artículo 23, *Penalización de la obstrucción de la justicia*

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.”

Convención”. Hemos de recurrir a las Guías Legislativas para aclarar este punto y comprender que se refiere, no solamente a los delitos tipificados en los artículos 5, 6, 8 y 23, sino también a los delitos *graves* según el Derecho interno y a los delitos tipificados conforme a los Protocolos, en caso de que el Estado sea también parte ²²⁹.

4. La respuesta proactiva de la Convención: la mejora de las normas procesales, la prevención, la investigación y la cooperación internacional

La Convención, además de obligar a las Partes a tipificar determinados delitos ligados al COT, promueve una visión proactiva — eminentemente preventiva— de la respuesta internacional al fenómeno criminal. Una de las mayores preocupaciones de los expertos y de los redactores de la Convención era la mejora de la prevención del delito y, en concreto, evitar la expansión de los grupos delictivos organizados a la economía legal y a otros países o su diversificación a otros ámbitos delictivos, en particular a través del blanqueo de los productos del delito. Tal preocupación, manifestada anteriormente durante la Conferencia de Nápoles, se vio plasmada en los debates y en la redacción final del texto, constituyendo el refuerzo de las medidas procesales y la mejora de la cooperación internacional dos de los pilares básicos de la actuación de la Comunidad Internacional — encarnada en la ONU— en la efectiva lucha contra el COT. Esta expansión del alcance del Derecho penal y procesal choca frontalmente, sin embargo, con determinados principios más garantistas del Derecho constitucional, razón por la cual durante la negociación de la Convención fue introducida cierta flexibilidad, como en disposiciones anteriores, utilizando un lenguaje mucho menos imperativo y dejando en los legisladores nacionales el alcance final de las medidas procesales previstas.

En primer lugar, la Convención aboga por la mejora de la prevención del delito, en particular de los comprendidos en ésta, a través de una serie de disposiciones lo suficientemente amplias y flexibles — principalmente, en cuanto a su limitada obligatoriedad— como para fomentar su puesta en marcha, tanto a nivel doméstico como internacional. Con carácter general, el artículo 31 ²³⁰ de la Convención pretende,

²²⁹ ONUDD, *Guías Legislativas...*, *op. cit.* en nota 211, pp. 94-95.

²³⁰ Artículo 31, *Prevención*

“1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.

aunque no obliga, que los Estados Parte formulen y evalúen proyectos nacionales y promuevan “buenas prácticas y políticas” (*best practices*) en materia de prevención del COT. Igualmente, invita a las Partes a adoptar *medidas legislativas, administrativas o de otra índole* con el fin de evitar que los grupos delictivos organizados dispongan de oportunidades para “blanquear” los productos del delito introduciéndolos en la economía legal, además de evaluar dichas medidas periódicamente —e, incluso, promover buenas prácticas a nivel internacional—. Por último, dos aspectos, relacionados intrínsecamente con la prevención, son dignos de mención: la importancia concedida a la sensibilización de la opinión pública y a la reintegración social de las

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:

a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;

b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;

c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;

d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes:

i) El establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;

ii) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un período razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;

iii) El establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y

iv) El intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos i) y iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte.

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención.

4. Los Estados Parte procurarán evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas pertinentes vigentes a fin de detectar si existe el peligro de que sean utilizados indebidamente por grupos delictivos organizados.

5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. Cuando proceda, podrá difundirse información a través de los medios de comunicación y se adoptarán medidas para fomentar la participación pública en los esfuerzos por prevenir y combatir dicha delincuencia.

6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que pueden ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.

7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. Ello incluye la participación en proyectos internacionales para la prevención de la delincuencia organizada transnacional, por ejemplo mediante la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada transnacional.”

personas condenadas por los delitos comprendidos en la Convención, elementos ausentes en otros textos tanto a nivel internacional como regional, que contrastan, no obstante, con el carácter expansivo de las normas preventivas de lucha contra el COT y la ruptura del presupuesto de la excepcionalidad de la intervención punitiva del Estado a través del Derecho penal que la misma Convención promueve. En el caso de la UE, como analizaremos con mayor detalle en el Capítulo II, es todavía más llamativa esa ruptura del principio de excepcionalidad del Derecho penal, puesto que la parte preventiva y reintegradora de la norma ha estado prácticamente ausente del panorama comunitario en beneficio del elemento punitivo en la respuesta europea al COT, fruto no solamente del discurso securitario seguido por instituciones y agencias europeas, sino también de la manifiesta falta de competencia comunitaria en la materia.

Al constituir uno de los elementos más innovadores respecto del panorama jurídico convencional anterior —principalmente, la Convención de 1988—, lejos de limitarse a un único artículo, la Convención incluye otras disposiciones relativas a la prevención, tanto en general acerca del COT, como con carácter específico para dos de los delitos cubiertos (blanqueo de capitales y corrupción). Así, al precepto anterior hemos de añadir el artículo 28 relativo a la recopilación, intercambio y análisis de la información sobre la naturaleza del COT ²³¹, una de las preocupaciones manifestadas durante la Conferencia de Nápoles para mejorar la efectividad de la respuesta internacional ante la diversidad de tipos y evolución de las actividades delictivas de los grupos delictivos organizados. Sin embargo, como en las demás disposiciones relativas a la prevención del COT, este precepto peca de excesivamente flexible y poco ambicioso, por lo que se queda en la práctica en mera declaración de intenciones, dadas las continuas reticencias a compartir información sobre el COT, incluso en espacios geográficos tan supuestamente homogéneos como la UE.

²³¹ Artículo 28, *Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada*

“1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucrados.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de vigilar sus políticas y las medidas en vigor encaminadas a combatir la delincuencia organizada y evaluarán su eficacia y eficiencia.”

Con carácter específico, dos disposiciones completan el marco de la prevención contenido en la Convención, esta vez con un carácter más imperativo. Por un lado, el artículo 7 exige que las Partes establezcan un régimen reglamentario y de control interno que garantice la supervisión de las instituciones financieras y bancarias para prevenir el blanqueo de capitales, así como, cuando proceda, de “otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse” para tales fines ²³², como las instituciones informales de envío de dinero y otros intermediarios (verbigracia, corredores de bolsa, casas o agentes de valores). Dicho régimen ha de contemplar, como mínimo, la identificación del cliente (*know your customer*), el establecimiento de registros y la denuncia de las *transacciones sospechosas* o “poco usuales”, sujeto a discreción de las autoridades pertinentes —una tutela incorporada posteriormente a la lucha contra el terrorismo—. Asimismo, la Convención obliga a las Partes a garantizar que dicho régimen y sus instituciones —principalmente, a través del establecimiento de una Unidad de Inteligencia Financiera (UFI)— cooperen e intercambien información con las autoridades de terceros Estados, así como a “esforzarse” por cooperar a nivel internacional, regional y bilateral entre las autoridades

²³² Artículo 7, *Medidas para combatir el blanqueo de dinero*

“1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.”

judiciales, aquellas encargadas del orden público y las instancias de reglamentación financiera.

Junto a estos requisitos obligatorios, el artículo 7 prevé igualmente, como disposición facultativa para mejorar la capacidad de las autoridades estatales en la prevención del blanqueo de capitales, medidas de detección y vigilancia del movimiento transfronterizo de efectivo y títulos negociables, incluyendo, en su caso, la obligación de que particulares y entidades comerciales notifiquen movimientos de “cantidades elevadas”, sin concretar una cuantía. Igualmente, esta disposición insta a las Partes a emular las iniciativas en el marco de la lucha contra el blanqueo puestas en marcha por organizaciones regionales y otras instituciones, como la UE, el Consejo de Europa o el GAFI, iniciativas de las que la Convención se hace eco a través de estas medidas preventivas, que, posteriormente, se introducirán en la lucha antiterrorista —aunque no lleguen a ajustarse plenamente a las medidas necesarias propias a la lucha contra la financiación del terrorismo—. En conjunto, estas disposiciones pretenden evitar la existencia de “agujeros negros” en la legislación de los Estados Parte que puedan ser utilizados por los delincuentes y, con carácter general, limitar (o, si posible, erradicar) el número de “refugios seguros” que puedan utilizar los grupos delictivos organizados en sus actividades ilícitas o en el blanqueo de los productos del delito, reforzando el régimen de control de las autoridades financieras y bancarias que operan en su territorio e instando a compartir información con sus homólogas en Estados terceros que sean parte de la Convención.

Por otro lado, el artículo 9 obliga —con algunos matices— a las Partes a instaurar medidas preventivas contra la corrupción ²³³, a través de normas legislativas, administrativas o de otra índole encaminadas a promover la integridad de los funcionarios y prevenir, detectar y castigar posibles casos de corrupción de sus funcionarios públicos, “incluso” garantizando la independencia de sus autoridades en la materia “para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación”.

²³³ Artículo 9, *Medidas contra la corrupción*

“1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.”

Estas medidas, que podrían concretarse en la adopción de una especie de *Código deontológico* o manual interno destinado, como mínimo, al funcionariado público, pretenden completar la parte represiva contenida en el artículo 8, si bien, a diferencia de dicho precepto, con carácter general y no solamente circunscrito al ámbito de la lucha contra el COT, en línea con las disposiciones de la Convención de Mérida. Sin embargo, como consecuencia directa de ese carácter general, este precepto incluye determinadas salvedades, pues condiciona en todo momento su implementación y desarrollo a nivel estatal al propio ordenamiento jurídico interno y sus particularidades (principalmente, de orden constitucional).

Por lo tanto, a pesar de la escasa ambición de estas disposiciones, las medidas preventivas previstas en estos preceptos están encaminadas a luchar eficazmente contra los delitos tipificados en la Convención, especialmente la corrupción y el blanqueo de capitales, independientemente de la participación en los mismos de un grupo delictivo organizado o su carácter transnacional, como ocurría con su tipificación. No obstante, no hemos de olvidar que, para que las disposiciones de la Convención tengan un sentido completo, es imprescindible ponerlas en relación con la lucha contra el COT, puesto que, de no ser así, los vacíos en el tratamiento jurídico de determinados aspectos criminales serían considerables. El ejemplo más claro es la tipificación de la corrupción, pues la Convención obvia, entre otras dimensiones del fenómeno, al sector privado y las transacciones comerciales internacionales, a excepción de la referencia a la corrupción en el caso de la obstrucción a la justicia; un tema tratado en otros marcos regionales, como el Consejo de Europa y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)²³⁴.

En cuanto al refuerzo de las normas procesales y de investigación, además de la tipificación de los anteriores delitos —especialmente, la corrupción y la obstrucción de la justicia—, que robustecen el adecuado desarrollo del procedimiento penal, la Convención prevé, aunque tímidamente, la mejora de las normas procesales a lo largo de sus disposiciones, sin entrar en profundidad en una homogeneización de los derechos procesales estatales. Al contrario que en el caso del derecho penal sustantivo, donde la Convención pretende armonizar los elementos necesarios para tipificar penalmente determinados delitos relacionados con la COT, las disposiciones de la Convención se

²³⁴ OCDE, Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 1997.

muestran menos tajantes a la hora de imponer unos mínimos requisitos procesales, principalmente debido a las fuertes reticencias de algunos Estados durante la negociación del texto y la defensa de las garantías constitucionales frente a intromisiones en los Derechos fundamentales de la ciudadanía que plantean determinadas medidas procesales contra el COT, como la investigación (por ejemplo, vigilancia policial e intervención de comunicaciones), el retorno de migrantes introducidos clandestinamente y la extradición ²³⁵. No obstante, para determinadas actuaciones, como en el caso de implicar la puesta en marcha de la cooperación internacional, la Convención sí que se inclina por salvaguardar determinadas garantías procesales de los sospechosos o inculpados. Por ejemplo, en el caso de la extradición — como veremos a continuación—, se observan disposiciones específicas que buscan reforzar las garantías procesales de los sospechosos objeto de entrega a otra Parte de la Convención. También en el caso de la asistencia judicial recíproca se consignan particulares garantías procesales que rompen esta tendencia abstencionista de la Convención e introducen un mínimo de armonización de las normas procesales de los Estados Parte, sin llegar, no obstante, a imponer un modelo homogéneo, puesto que este no es su objetivo final sino mejorar la cooperación internacional y rendirla más fluida ante estos delitos y los delitos graves cometidos por los grupos delictivos organizados, garantizando al mismo tiempo un mínimo de garantías procesales para los inculpados y sospechosos.

Por su parte, la Convención ofrece ciertas mejoras en la investigación respecto de textos internacionales adoptados anteriormente en la lucha contra determinados delitos, como el tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de capitales, profundizando en las nuevas técnicas de investigación y fomentando la cooperación internacional también en esta fase del proceso penal. Así, el artículo 20 crea una relativa “obligación de resultado” en cuanto a la investigación, al considerar la necesidad de establecer técnicas especiales de investigación en la lucha contra el COT ²³⁶. Basándose en la experiencia

²³⁵ Vid. ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, por ejemplo, pp. 104, 149-173 y 578.

²³⁶ Artículo 20, *Técnicas especiales de investigación*

“1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia

previa contra el tráfico ilícito de drogas y en las disposiciones respectivas de la Convención de 1988, este precepto exhorta a las Partes a adoptar medidas de investigación novedosas respecto del tradicional proceder de las autoridades en la investigación y el correspondiente procedimiento penal, más acordes con las nuevas necesidades para el desmantelamiento de estos grupos delictivos organizados. El artículo 18 va más allá de la *entrega vigilada* —técnica recogida en el Art. 11 de la Convención de 1988 únicamente a nivel internacional—, instando a las Partes al empleo de otras técnicas en la investigación ofertadas por los avances tecnológicos, como la *vigilancia electrónica*, además de extender el ámbito de estas técnicas tanto al nivel doméstico como internacional. Sin embargo, no se obliga a los Estados Parte a hacer uso de todas las técnicas especiales enumeradas en su párrafo primero, como especifica la Nota Interpretativa referente a esta disposición ²³⁷, dejando a las circunstancias particulares de cada Parte (constitucionales, técnicas, económicas o de otra índole) su implementación y desarrollo efectivos. Es clara la persistencia de reticencias por parte de algunos Estados, cuyos ordenamientos jurídicos no permiten el empleo de estas técnicas o, por dificultades varias, no las contemplan ²³⁸. Por otra parte, la Convención

electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.”

²³⁷ ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 218.

²³⁸ Por ejemplo, el uso de la videoconferencia (Art. 18, § 18 de la Convención de Palermo), en ocasiones como alternativa a la entrega temporal, no está regulado en todos los Estados miembros del Consejo de Europa si bien está incluida en el Segundo Protocolo a la Convención de Asistencia Judicial en materia penal, de 1959. *Vid.* CONFERENCIA DE LAS PARTES EN LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (CTOC/COP), *The technical and legal obstacles to the use of videoconferencing. Note by the Secretariat*, CTOC/COP/2010/CRP.2, de 13 de septiembre de 2010; ARANGÜENA FANEGO, “La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la "euroorden"”, *Revista Derecho Penal*, Núm. 10, 2003, pp. 11-95; CARMONA RUANO, M., “Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación a las (así llamadas) nuevas tecnologías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 13, 2003, pp. 189-233.

prevé la realización de investigaciones conjuntas (Art. 19 ²³⁹), igualmente sujetas al acuerdo previo entre las Partes y al “sacrosanto” principio de *igualdad soberana*, recogido en el artículo 4 de la Convención ²⁴⁰ y cardinal en el desarrollo de sus disposiciones, particularmente observables en materia de cooperación internacional y en la implementación de medidas coercitivas o procesales.

Respecto de este último punto, la Convención de Palermo establece mejoras en la cooperación internacional, claramente promovidas en numerosas disposiciones como principal medio para luchar eficazmente contra el COT. Resulta evidente que el primer problema que se ha encontrado la respuesta internacional ha sido la estancamiento de las jurisdicciones estatales en la prevención, investigación y represión de un fenómeno claramente transnacional, especialmente en sus formas delictivas más graves. En primer lugar, la Convención delimita los principios sobre los que descansa la jurisdicción estatal (Art. 15 ²⁴¹), en un intento por dirimir posibles conflictos de competencia y

²³⁹ Artículo 19, *Investigaciones conjuntas*

“Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.”

²⁴⁰ Artículo 4, *Protección de la soberanía*

“1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.”

²⁴¹ Artículo 15, *Jurisdicción*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

- a) El delito se cometa en su territorio; o
- b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

- a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
- b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
- c) El delito:
 - i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;
 - ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de

promover —obligatoriamente, llegado el caso— la investigación y posible incriminación de los supuestos delincuentes. A través del principio de territorialidad, la Convención establece la obligatoriedad de investigar y enjuiciar los delitos comprendidos en la misma (es decir, los referidos a los artículos 5, 6, 8 y 23, los delitos considerados graves por los respectivos ordenamientos nacionales y aquellos tipificados con respecto de la implementación de los Protocolos), pudiendo ampliarse la jurisdicción (extraterritorial) del Estado Parte en función de otros principios habilitantes: los institutos jurídicos de la *personalidad (pasiva o activa)* y de la protección de los intereses del Estado en cuestión ante hechos que pudieran derivar en la comisión de un delito en su territorio. Asimismo, este precepto introduce el principio *aut dedere aut judicare* en la Convención, obligatoria en el caso de que el presunto delincuente sea nacional de un Estado Parte y, estando en su territorio, se negare éste a proceder a su extradición a un tercer Estado. Finalmente, en el caso de concurrencia de jurisdicciones, los Estados Parte podrán continuar sus investigaciones, conforme a su derecho interno y “[s]in perjuicio de las normas del derecho internacional general”, con la única obligación de consultarse e informarse para posibilitar la coordinación de sus medidas. Es decir, en ningún momento se instaura un mecanismo de solución de controversias relativas al establecimiento de la jurisdicción en mejor posición para enjuiciar los hechos, defendido por varias delegaciones durante las —extensas— deliberaciones del texto. Un vacío que puede afectar, más que a la duplicidad de esfuerzos, a la efectiva investigación y potencial incriminación del presunto delincuente por un Estado Parte si ambos se abstienen o, en el caso de enjuiciar a los sospechosos,

su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.”

no cooperan en el intercambio de datos y pruebas en el proceso penal o la investigación de los hechos.

Siguiendo con el ejercicio de la extradición (Art. 16²⁴²), además de la inclusión del principio *aut dedere aut judicare* en caso de enjuiciamiento de nacionales no extraditados basándose en tal condición, la Convención incorpora también el principio clásico de doble tipificación en la cooperación internacional contra el COT, tal y como

²⁴² Artículo 16, *Extradición*

“1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. [...]

6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables [...].

9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá [...] proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. [...].

11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo. [...]

13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción [...].

14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones. [...]

17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.”

se observa en disposiciones similares incluidas en anteriores instrumentos convencionales, por lo que para que la extradición se lleve a cabo es necesario que el delito por el que se pone en marcha sea punible tanto en el Estado Parte requirente como en el Estado Parte requerido; una condición introducida en la negociación del texto destinada, según las delegaciones que presentaron la propuesta, a garantizar que la extradición no comprendiera en ningún caso delitos leves. Se pondrá en marcha la extradición bien para los delitos comprendidos en la presente Convención, bien para los *delitos graves* si entraña la participación de un grupo delictivo organizado y el presunto delincuente se encuentra en el territorio del Estado requerido. Una doble condición (doble tipificación y ámbito material restringido) que no es óbice para la extradición por otros delitos graves no comprendidos en la misma, aunque sin extender el ámbito de aplicación del presente artículo ²⁴³. Además, la Convención obliga a las Partes a considerar los delitos cubiertos por ella como extraditables en los tratados de extradición —vigentes o por celebrar—, sirviendo, incluso, como base jurídica en caso de no existir convenio de extradición entre dos Estados Parte y ser necesario para llevarla a la práctica. En todo momento, la extradición estará sujeta al Derecho interno del Estado Parte requerido o, en caso de existir, al tratado de extradición aplicable, incluyendo, como mínimo, el requisito de una pena mínima para la extradición y los motivos para denegarla, entendidos siempre en sentido restrictivo, pues únicamente se recoge en la Convención una cláusula de salvaguarda en caso de sospechar que la solicitud se ha presentado “con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones”; y la Parte requerida, antes de denegar la extradición, está obligada a consultar a la requirente “para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato”; principios de inaplicación restrictiva que contrastan, de alguna forma, con las opciones planteadas durante los debates conducentes a la Convención ²⁴⁴. Finalmente, la protección de los derechos de los presuntos delincuentes sujetos a extradición está cubierta por diversas garantías procesales, como la observancia del principio que prohíbe la doble incriminación por

²⁴³ Como indican claramente las Notas Interpretativas relativas a este artículo. *Vid.*, ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 172.

²⁴⁴ *Vid.* ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, pp. 149 y ss.

los mismos hechos (*ne bis in idem*), además de la cláusula de salvaguardia en caso de solicitud evidentemente discriminatoria, si bien éstas y otras garantías adicionales estarían sujetas en todo momento al Derecho interno del Estado requerido ²⁴⁵.

La Convención comprende, del mismo modo, otras disposiciones que buscan mejorar la efectividad y prontitud de la cooperación internacional. De igual importancia a esta disposición sobre la extradición —y de similar extensión—, el artículo 18 ²⁴⁶, que

²⁴⁵ Durante las deliberaciones, algunos Estados solicitaron la inclusión de garantías procesales adicionales, por ejemplo en el caso de la celebración de un juicio *in absentia* o la posibilidad de negar la extradición en caso de implicar la aplicación de la pena capital en el Estado requirente, observaciones que, finalmente, no fueron retenidas en el texto final por considerar que quedarían suficientemente cubiertas por los respectivos Derechos internos de las Partes. *Vid.* ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, pp. 149 y ss.

²⁴⁶ Artículo 18, *Asistencia judicial recíproca*

“1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable [...].

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;

g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. [...].

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

obliga a las Partes a prestarse la “más amplia” asistencia judicial recíproca, puede considerarse “un tratado dentro de un tratado” por su amplitud y detalle ²⁴⁷, permitiendo suplir la ausencia de tratado bilateral o multilateral entre las Partes firmantes de la Convención. La asistencia judicial entre las Partes abarca las investigaciones, procesos y actuaciones relacionados con los delitos cubiertos por la Convención, con carácter transnacional y en los que esté involucrado un grupo delictivo organizado —criterios

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. [...].

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. [...].

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;

b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas. [...].

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. [...]

18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente [...]

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. [...].

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;

b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente. [...]

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbare investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso. [...].”

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.”

²⁴⁷ Opinión generalizada en el seno de las Naciones Unidas, recogida por Dimitri Vlassis. VLASSIS, D., “La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado”, en BERDAL, M. y SERRANO, M. (Compiladores), *Crimen Transnacional Organizado...*, op. cit. en Nota 102, p. 144.

recogidos en el Art. 3 e imprescindibles para poner en marcha la asistencia judicial mutua—, así como en caso de tener “motivos razonables” para sospechar que uno de estos delitos es de carácter transnacional, está involucrado un grupo delictivo organizado y las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas se encuentran en el Estado Parte requerido. Esta asistencia judicial recíproca extensa abarca las distintas fases de la investigación y del proceso penal, pudiendo solicitarse para recibir testimonios o tomar declaración, examinar objetos o lugares, identificar o localizar el producto del delito o los bienes e instrumentos con fines probatorios, facilitar información y elementos de prueba, etc., y que también se aplicará a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en los que estén inmersas personas jurídicas. La asistencia judicial mutua se podrá prestar, igualmente, para la identificación, localización e incautación de los productos, los bienes y los instrumentos del delito a efectos de embargo preventivo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 13 en todas aquellas cuestiones relativas a la cooperación internacional con fines de decomiso, más amplias que las respectivas disposiciones de la Convención de 1988 contra el comercio ilícito de sustancias sicotrópicas que le sirvió de base y abrió las puertas a la introducción de medidas procesales en la política de seguridad de los Estados ²⁴⁸.

²⁴⁸ Artículo 13, *Cooperación internacional para fines de decomiso*

“1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. [...].

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente. [...].

Según lo dispuesto en la Convención, la asistencia judicial recíproca en la lucha contra el COT ha de regirse, por regla general, por los párrafos 9 a 29 del artículo 18, que pretenden suplir la falta de acuerdo bilateral —o multilateral— entre las Partes, aunque no obliga a seguir estos preceptos en caso de regir tal acuerdo si se supone más favorable para la cooperación internacional. Es de destacar que el presente artículo incorpora una serie de garantías procesales en la asistencia judicial, al supeditarla a la doble tipificación si así lo estima oportuno el Derecho interno del Estado requerido y al admitir una serie de supuestos en los que es posible denegar dicha asistencia, entre los cuales destacan: el reconocimiento del principio *ne bis in idem*; la posibilidad de denegarla por considerar que supondría un menoscabo a su soberanía o seguridad, orden público u otros intereses fundamentales; o sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado requerido en cuestión. No podrá ser denegada, no obstante, aduciendo secreto bancario o porque únicamente se considere que el delito entrañe asuntos fiscales. Igualmente, el presente artículo añade la necesidad de justificar debidamente toda denegación de asistencia judicial recíproca, precisamente para evitar una aplicación generalizada de esta cláusula de salvaguarda por parte de las autoridades cuya cooperación es solicitada. Por último, este precepto incluye otras garantías procesales, esta vez para con los Estados requeridos y sus ordenamientos internos, al regular detalladamente el empleo de las pruebas obtenidas o de la información suministrada por un tercero, el traslado de presuntos delincuentes detenidos o condenados para prestar testimonio o aportar pruebas en una investigación y someter en todo momento la tramitación de la solicitud al Derecho interno del Estado requerido y “en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible”, asegurando que, en caso de incongruencias o desavenencias con el orden constitucional interno, prime el criterio del Estado requerido y fomentar así una confianza mutua tremendamente necesaria si se quiere incentivar la cooperación judicial recíproca.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.”

La Convención completa el marco multilateral de actuación con otras disposiciones relativas a la cooperación internacional en las distintas fases del proceso, con mayor o menor obligatoriedad para las Partes: traslado de personas condenadas a cumplir una pena (Art. 17 ²⁴⁹), cooperación internacional para fines de decomiso (Art. 13), remisión de actuaciones penales (Art. 21 ²⁵⁰), cooperación en materia de cumplimiento de la ley (Art. 27 ²⁵¹) y capacitación y asistencia técnica (Art. 29 ²⁵²).

²⁴⁹ Artículo 17, *Traslado de personas condenadas a cumplir una pena*

“Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena.”

²⁵⁰ Artículo 21, *Remisión de actuaciones penales*

“Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.”

²⁵¹ Artículo 27, *Cooperación en materia de cumplimiento de la ley*

“1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, cada Estado Parte adoptará medidas eficaces para:

a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados [...];

iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos; [...]

d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole [...].

2. Los Estados Parte [...] considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley [...]. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. [...].

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.”

²⁵² Artículo 29, *Capacitación y asistencia técnica*

“1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley [...]. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

Conscientes de los gravámenes (técnicos, financieros, de personal, etc.) que la adecuada implementación de la Convención imponía a las Partes y pensando especialmente en aquellos Estados en desarrollo y con economías en transición más potencialmente afectados por la carencia de recursos disponibles, el artículo 30 establece otras medidas para la aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica ²⁵³, previendo la contribución voluntaria a un fondo de financiación específico— el Fondo de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal— y el recurso a otras instancias financieras para apoyar dichos esfuerzos, mermados en la

a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;

b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención [...];

c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;

d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros; [...]

g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas; [...] y

i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

2. Los Estados Parte se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos especializados [...]

3. Los Estados Parte promoverán actividades de capacitación y asistencia técnica que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca. [...].”

²⁵³ Artículo 30, *Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica*

“1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;

b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. [...];

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo [...].

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística[...].”

práctica por la crisis económica y los recortes que han padecido los diferentes fondos de Naciones Unidas y la propia Oficina contra la Droga y el Delito (ONUDD) ²⁵⁴.

5. La protección de testigos en la Convención, piezas clave en la investigación del crimen organizado

Además de medidas sancionadoras y preventivas contra las actividades criminales graves del COT y determinados delitos tipificados con arreglo a la Convención, ésta aborda otras cuestiones que, anteriormente, no habían encontrado suficiente eco a nivel internacional: la protección de los testigos antes, durante y después del enjuiciamiento de los supuestos delincuentes ante las represalias de los grupos delictivos organizados. Precisamente, la peligrosidad del COT radica en la pervivencia del grupo independientemente de las personas que lo componen. Para garantizar la eficacia de la investigación y de la actuación judicial y, puesto que son potenciales objetivos de represalias o intimidación por parte de los grupos delictivos organizados, la protección de las personas que cooperan con la justicia es esencial, tanto de testigos y antiguos miembros de un grupo delictivo organizado como de sus víctimas. Por ello, la Convención prevé que las Partes adopten “medidas apropiadas dentro de sus posibilidades” para proteger y asistir a las víctimas y a los testigos de posibles represalias o de intimidación, que han de sumarse a las garantías tomadas para evitar la obstrucción de la justicia recogida en el artículo 23. A diferencia de los textos que sirvieron de base para el debate, la Convención optó, formalmente, por distinguir entre las medidas destinadas a proteger a los testigos de aquellas otras destinadas a garantizar la seguridad de las víctimas y a ofrecerles otro tipo de asistencia, con el fin de asegurar un tratamiento diferenciado. No obstante, en la práctica se ha terminado imponiendo la asimilación entre ambos grupos de personas, pues la asistencia a las víctimas ha quedado reducida al tiempo que dure la investigación y enjuiciamiento de los miembros de un grupo delictivo organizado y a su participación activa en el proceso penal, por lo que en la aprobación de estas disposiciones prevaleció la supuesta eficacia

²⁵⁴ Así se percibe en varios documentos de Naciones Unidas: COMMISSION ON CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE, *Report on the twenty-second sesión (7 December 2012 and 22-26 April 2013)*, E/2013/30 - E/CN.15/2013/27, así como en la octava reunión de la Tercera Comisión en el 68 período de sesiones de la AG (doc. GA/SHC/4068), celebrada el 10 de octubre de 2013, en la que los representantes de los Estados miembros presentes apostaron por incrementar la financiación y la ayuda técnica.

de la lucha contra el COT sobre la protección de los Derechos fundamentales de las víctimas, redundando, más bien al contrario, en una potencial hostilidad a participar en dicho proceso por miedo a represalias una vez eliminadas las medidas de protección tras su conclusión.

En primer lugar, el artículo 24 impone a las Partes la adopción de medidas para proteger a los testigos que participen en actuaciones judiciales y aporten su testimonio frente a posibles represalias o actos de intimidación por parte de un grupo delictivo organizado ²⁵⁵. Esta disposición propone que, entre otras medidas, se garantice la protección física del testigo, incluyendo, si procede, la reubicación o la ocultación de su identidad y paradero; o el establecimiento de determinadas garantías procesales que permitan la prestación de testimonio sin poner en riesgo la seguridad del testigo, haciendo uso de las nuevas tecnologías, como la videoconferencia. De ser considerado necesario, esta protección puede ser otorgada también a sus familiares y “demás personas cercanas”; es decir, individuos que, sin ser parientes, tengan una relación particular con el testigo. Esta extensión dependerá, en cada caso, de las circunstancias particulares de quienes testifiquen y de los respectivos ordenamientos jurídicos estatales, particularmente en cuanto a la extensión de parentesco y la consideración que hagan de “persona cercana”. Sin embargo, estas medidas no deben entorpecer los derechos de la defensa, especialmente en lo relativo a sus garantías procesales, por ejemplo a la hora de interrogar a los testigos, previsión que debe quedar garantizada por el ordenamiento estatal. En caso de colaboración con las autoridades como testigos, esta protección ha de considerarse igualmente extensible a las víctimas (párrafo cuarto), para

²⁵⁵ Artículo 24, *Protección de los testigos*

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.”

las cuales rige un estatuto particular de protección, en principio más amplio que para los testigos, pero que en la práctica dependerá de la implementación realizada por los Estados Parte.

En conexión con esta disposición, el artículo 26 inserta en la Convención una cuestión controvertida ²⁵⁶, incluso dentro de la propia UE: la colaboración de los “arrepentidos” con la Justicia y la atenuación o, incluso, exención de penas ²⁵⁷. Las personas que hayan participado o participen en grupos delictivos organizados podrán gozar de una mitigación de la pena —de derecho o de hecho ²⁵⁸— o de su inaplicación, por medio de una inmunidad judicial, en caso de prestar una cooperación *sustancial* en la investigación o el enjuiciamiento de los hechos delictivos; una posibilidad que no todos los Estados admiten. Por tanto, será el Derecho interno el encargado de concretar

²⁵⁶ Según la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Labita v. Italia* (GC – Núm. 26772/95, ECHR 2000-IV) las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas con otras pruebas (párrafos 156-161).

Para un análisis de la problemática específica que acarrea el testimonio de arrepentidos en la investigación y enjuiciamiento de los delincuentes, *vid.* KENNEY, D. J. y FINCKENAUER, J. O., *Organized Crime in America*, *op. cit.* en Nota 45, especialmente pp. 326-336; MUÑOZ CONDE, F., “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 143-156; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 07/05, 2005, pp. 1-33, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

²⁵⁷ Artículo 26, *Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.”

²⁵⁸ ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, pp. 246.

ambas posibilidades y su extensión respectiva, especialmente en cuanto a qué habrá de entenderse por “cooperación sustancial”. No obstante, independientemente de que los Estados incorporen estas previsiones en su ordenamiento interno, las Partes están obligadas a prestarles la misma protección otorgada a los testigos (párrafo cuarto), por lo que la Convención les confiere un estatuto especial dentro del proceso penal en línea con los planteamientos de la UE en la materia.

6. Los Protocolos, ¿adicionales o imprescindibles para la supresión del fenómeno?

La Convención de Palermo pretende prevenir y luchar contra el COT desde un punto de vista integrado, multidisciplinar y a todos los niveles de gobierno posibles, incorporando a esta labor, al mismo tiempo, a tantos Estados y actores de la Comunidad Internacional como sea posible. En la búsqueda de esa globalidad, la Convención ha perdido la precisión que toda legislación penal requiere para su puesta en práctica, acentuando más si cabe su carácter de norma-marco. Con el fin de completar la Convención en todas aquellas cuestiones no resueltas durante las negociaciones que condujeron al texto final, especialmente en lo relativo a la concreción jurídica de las diferentes actividades criminales en las que el fenómeno delictivo organizado puede manifestarse, numerosas voces se alzaron a favor de concluir otros convenios complementarios para dar cobertura a determinadas manifestaciones delictivas específicas consideradas especialmente graves y presentadas por las agencias del orden público como delitos en continuo aumento. Es claro que la aprobación de los Protocolos sustituye al sistema de lista, más o menos exhaustiva, de delitos relacionados con el COT, opción presente en numerosos ordenamientos estatales y defendida durante las negociaciones que finalmente no fue incluida en la Convención. Es decir, cada uno de los Protocolos concreta el marco general de prevención y sanción de la Convención para una manifestación criminal particular, pasando, en consecuencia, a ser delitos cubiertos por la misma. La complementariedad entre la Convención y sus Protocolos queda claramente definida tanto en la propia Convención ²⁵⁹ como en el artículo primero de

²⁵⁹ Artículo 37, *Relación con los protocolos*

“1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

cada uno de los Protocolos, entendiéndose que no son instrumentos autónomos. Por ello, al igual que para el resto de la Convención, los elementos de *transnacionalidad* y participación de un grupo delictivo organizado son necesarios, si bien no para tipificar dichos delitos a nivel doméstico, sí para aplicar sus disposiciones. Además, los Protocolos siguen la línea de la Convención en la obligación de tipificar otros tipos de participación (tentativa, complicidad, organización y dirección), el énfasis puesto en la mejora de la cooperación internacional y de la prevención y en el intercambio de información entre las autoridades nacionales. Aunque las disposiciones concretas relativas a la tipificación de determinados delitos las veremos en el Capítulo siguiente respecto de la normativa de la UE, esbozaremos brevemente en las líneas que siguen las principales aportaciones de los Protocolos que, no olvidemos, son facultativos para las Partes a la Convención y, en consecuencia, han sido objeto de un menor número de ratificaciones.

El Protocolo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos ²⁶⁰, cuya redacción —al igual que del resto de Protocolos— fue encomendada al Comité Especial desde el inicio de sus deliberaciones por dos resoluciones de la AG ²⁶¹, fue adoptado por el mismo órgano en su Resolución 55/25, de 8 de enero de 2001, junto a la Convención. Además de ser el primer instrumento internacional que define la responsabilidad de los Estados para prevenir, suprimir y sancionar este fenómeno delictivo ²⁶², una de las principales aportaciones de este Protocolo es la inclusión de la definición de “trata de personas”, por primera vez, en un texto internacional, entendida como:

[...] la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la

3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.”

²⁶⁰ Protocolo para prevenir, reprimir y sanciona la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que completa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, pp. 43-54.

²⁶¹ A/RES/53/111 y 114, ambas adoptadas el 9 de diciembre de 1998 [publicadas el 20 de enero de 1999], en sus *Considerandos* décimo y decimotercero, respectivamente.

²⁶² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – INTER-PARLIAMENTARY UNION (UNODC – IPU), *Combating Trafficking in Persons. A Handbook for Parliamentarians*, Núm. 16, United Nations Publications, 2009, Viena – Ginebra, p. 2.

concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos [...] (Art. 3, letra a)

Esta definición, incorporada al marco comunitario, incluye los elementos esenciales constitutivos del crimen de trata de personas: *i*) un acto: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; *ii*) unos medios (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y *iii*) un propósito de explotación, entendida ésta en sentido amplio (sexual, laboral u de otro tipo) ²⁶³. Si bien algunas de las actividades podrían ser consideradas individualmente como delito a nivel interno, el Protocolo requiere de la concurrencia de los tres elementos para poder entender que estamos ante el crimen de trata ²⁶⁴ y poder así tipificarlo en el ordenamiento correspondiente. Sin embargo, la definición no es apta para ser incorporada, tal cual, en las legislaciones internas, por su ambigua y compleja redacción y por la necesidad, para con las autoridades, de buscar todos los elementos de la misma, complicando innecesariamente las pesquisas judiciales y policiales ²⁶⁵. A pesar de la dificultad, no obstante, en el ordenamiento de la UE se observa la implementación de esta definición sin apenas cambios.

²⁶³ Ante la divergencia de opiniones durante las negociaciones del Protocolo en torno a la eventualidad de incluir otras definiciones, por ejemplo de “explotación sexual”, se optó por dejar al legislador nacional la determinación del alcance del Protocolo, como claramente indican las Notas Interpretativas relativas a este artículo:

“[...] El Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas. Los términos “explotación de la prostitución ajena” u “otras formas de explotación sexual” no se definen en el Protocolo, que en consecuencia no prejuzga la manera en que los Estados Parte aborden la prostitución en su respectivo derecho interno. [...]” (ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 366)

Para otro tipo de definiciones, como “trabajo forzado”, es necesario recurrir a instrumentos internacionales previamente adoptados. *Vid.* UNODC – IPU, *Combating Trafficking in Persons...*, *op. cit.* en Nota 236, pp. 14-23.

²⁶⁴ UNODC – IPU, *Combating Trafficking in Persons...*, *op. cit.* en Nota 236, p. 14.

²⁶⁵ GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*, Washington D. C., 2005, disponible en: www.globalrights.org [última consulta: 31.8.2015]. Sin embargo, la definición propuesta por esta guía es incompleta, pues no habla de explotación —de todo tipo, no solamente laboral como proponen—. Además, la servidumbre es considerado trabajo forzado en algunos ordenamientos, como el de la UE.

Por otra parte, según esta definición, el elemento transnacional no es necesario para ser tipificado como delito a nivel nacional. Igual ocurre con la participación de un grupo delictivo organizado. Por tanto, se considera que, por la gravedad del delito, resulta necesaria su penalización en el ordenamiento interno independientemente de la concurrencia de ambos elementos. Además, se considerará como delito sin tener presente el eventual consentimiento de la víctima en caso de utilizar los medios indicados (intimidación, coacción, amenaza, fraude, etc.) —un consentimiento que, en el caso de los menores, ni siquiera será considerado aun cuando no se haga uso de dichos medios—. No obstante, como indicábamos anteriormente, las disposiciones del Protocolo solamente se aplicarán en caso de que exista participación de un grupo delictivo organizado y el delito tenga carácter transnacional (Art. 4), poniendo coto a su ámbito de aplicación y asimilándolo con las demás disposiciones de la Convención.

El segundo de los Protocolos, relativo al tráfico ilícito de migrantes (Protocolo sobre Migrantes) ²⁶⁶, fue adoptado conjuntamente con la Convención y el Protocolo contra la trata de personas. Finalmente, a nivel internacional, se adopta un instrumento convencional que diferencia entre trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes, una confusión recogida incluso en algunas legislaciones internas que impedía otorgar una eficaz protección de la víctima y un adecuado tratamiento jurídico penal a ambos fenómenos ²⁶⁷. Así, por “tráfico ilegal de migrantes” las Partes han de entender “[...] la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material [...]” (Art. 3). En consecuencia, aunque ambos fenómenos delictivos posean similitudes y sean difíciles de diferenciar en la práctica, puesto que algunas víctimas de la trata también pueden haber cruzado ilegalmente una frontera y encontrarse en situación irregular en un Estado diferente del suyo, la prestación del consentimiento en el caso de las personas

²⁶⁶ Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, pp. 55-70.

²⁶⁷ El Código Penal español no distinguía entre ambos fenómenos delictivos hasta la inclusión del artículo 177 *bis* en la última reforma del texto llevada a cabo en junio de 2010, que reconoce la inadecuación del tratamiento penal unificado de ambas figuras delictivas [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; *Boletín Oficial del Estado*, Núm.152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883]. Para un estudio de la legislación anterior, *vid.* PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina...*, *op. cit.* en Nota 13.

objeto de tráfico ilícito, la necesaria *transnacionalidad* del mismo, la pérdida del vínculo entre traficante y traficado al cruzar la frontera y la fuente del beneficio — obtenida, de manera puntual y única, tras el pago del correspondiente “pasaje” o de otro tipo de ayuda a la entrada ilegal en un país— son elementos que permiten diferenciar el tráfico ilícito de migrantes de la trata de personas y que inducen a adoptar medidas diferentes para prevenirlos y hacerles frente penalmente.

Al igual que en el caso de la trata de seres humanos, las Partes han de garantizar la protección de los derechos de las personas objeto de los delitos contemplados en el Protocolo sobre Migrantes (Art. 6 ²⁶⁸), inhibiéndose de emprender actuaciones judiciales respecto de su participación como objeto de la comisión de dichos delitos (Art. 5). Sin embargo, al no tratarse de instrumentos destinados a la protección de los Derechos Humanos de las víctimas o migrantes objeto de tráfico ilícito, sino de elementos de orden público y de mejora de la respuesta desde el Derecho penal, la cobertura de la protección ofrecida por ambos Protocolos es mucho más exigua que

²⁶⁸ Artículo 6, *Penalización*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

a) El tráfico ilícito de migrantes;

b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:

i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;

ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;

c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo;

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o

b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.”

otras reglamentaciones internacionales ²⁶⁹, y esto a pesar de que las garantías respecto de la trata de personas supongan un considerable avance en relación a las disposiciones respectivas de la Convención. Es por ello que, además de las breves referencias contenidas en ambos Protocolos y en la Convención, el lenguaje utilizado en estas disposiciones resulta más flexible que en el caso de las medidas de aplicación de la ley, especialmente en el Protocolo contra la trata de personas (“Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno...”; “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de...” o “se esforzará en...”), mucho más imperativas en el segundo supuesto (“Cada Estado Parte adoptará...”). Igualmente, una amplia mayoría de las disposiciones de ambos Protocolos están encaminadas a reforzar la aplicación de la ley en cuanto al cruce y la vigilancia de fronteras, el refuerzo y control de los documentos de viaje e identidad, repatriación ²⁷⁰ o, en el caso del segundo Protocolo, las imposiciones internacionales (de *ius cogens*) respecto de la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes por mar.

En consecuencia, el enfoque de los Protocolos sobre la política de seguridad es evidente. Por un lado, la trata de seres humanos sigue siendo considerada una cuestión derivada de la gestión de la inmigración ilegal, con las implicaciones que conlleva “[...] para la protección de las víctimas (que se ven privadas especialmente de protección y de apoyo) y para las autoridades policiales y judiciales (que prefieren a menudo proceder a su deportación en lugar de llevar a cabo largas investigaciones sobre la criminalidad

²⁶⁹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social*, E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002.

²⁷⁰ En el caso de la repatriación, ambos Protocolos comprenden una *cláusula de salvaguardia*, por la que dicha repatriación tanto de víctimas de trata como de personas objeto de tráfico irregular habrá de respetar las normas internacionales, en particular respecto de los refugiados y del principio de *non-refoulement* (artículos 14 y 19, respectivamente). No obstante, las delegaciones se guardaron de limitar el ámbito de ambas disposiciones al adoptar las Notas Interpretativas respectivas:

“Párrafo 1

a) El Protocolo no comprende la condición jurídica de los refugiados.

b) El Protocolo no será interpretado contrariamente a los derechos, las obligaciones y responsabilidades de los Estados Parte con arreglo a otros instrumentos internacionales, como los que se señalan en este párrafo. Los derechos, las obligaciones y las responsabilidades conforme a otro instrumento están determinadas por las disposiciones de dicho instrumento y por el hecho de si el Estado interesado es parte en él, y no por el protocolo. En consecuencia, todo Estado que pase a ser parte en este protocolo pero no sea parte en otro instrumento internacional a que se aluda en el protocolo no tendría ningún derecho, obligación o responsabilidad conforme a dicho instrumento.” (ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 447; similares Notas se pueden encontrar, respecto del tráfico ilícito de migrantes, en la página 585 del citado documento).

organizada)”²⁷¹. Por otro lado, la desprotección del migrante, fomentada por el retorno obligatorio que garantiza el Protocolo, ha suscitado las críticas tanto de los Estados que participaron en los debates²⁷², como de la propia doctrina ante una eventual criminalización del migrante en situación irregular:

La respuesta legislativa frente al tráfico ilegal de personas confunde dos planos claramente distintos, ya que, en ocasiones, no sólo criminaliza y sanciona al sujeto que promueve el tráfico ilegal sino también al propio objeto del mismo, el *extranjero irregular*.²⁷³

En una Resolución posterior²⁷⁴, la AG adoptó el tercero y último de los Protocolos a la Convención de Palermo, que regula la fabricación y el tráfico ilícitos de armas y municiones²⁷⁵. Contrariamente a los instrumentos anteriores, el presente Protocolo concierne únicamente a delitos que afectan directamente a la seguridad del Estado, con la finalidad de “prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” (Art. 2). A tal fin, las Partes están obligadas a tipificar penalmente la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, así como la falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego (Art. 5). Para evitar entrar en un ámbito de aplicación más amplio que regulase el mercado

²⁷¹ CONSEJO DE EUROPA, *Criminalité organisée en Europe: La menace de la cybercriminalité*, Éditions du Conseil de l’Europe, Estrasburgo, 2006, p. 37 (traducción propia).

²⁷² Colombia, por ejemplo, ratificó la Convención de Palermo, pero se ha negado en repetidas ocasiones a firmar el Protocolo al recriminar a los Estados receptores (impulsores de la inclusión de esta disposición en el texto final) que no hayan firmado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990 (en vigor solamente desde el 1 de julio de 2003), considerando que el párrafo cuarto del presente artículo podrían derivar en una criminalización del migrante en situación irregular.

²⁷³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “La promoción del tráfico ilegal de personas: Aspectos jurídicos y policiales”, SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 248. En el mismo sentido, COMMISSIONER OF HUMAN RIGHTS, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper, Estrasburgo, 2010, disponible en: www.commissioner.coe.int [última consulta: 31.8.2015]; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 10-06, 2008, pp. 1-20, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

²⁷⁴ Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001 [publicada el 8 de junio de 2001]. Vid. igualmente ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de su 12º período de sesiones*, de 20 de marzo de 2001 (A/55/383/Add.2).

²⁷⁵ Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, pp. 71-85.

armamentístico con carácter general —defendido por algunas delegaciones ²⁷⁶— las disposiciones del Protocolo serán únicamente de aplicación cuando estos delitos tengan carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado ²⁷⁷. Centrándose únicamente en el mercado ilícito, el tercer Protocolo deja fuera de su ámbito, empero, la mayor fuente de tráfico de armamento: el comercio legal. Esta limitación, si bien ha sido finalmente objeto de regulación con la firma del Tratado internacional sobre el Comercio de Armas en junio de 2013 ²⁷⁸, había sido ya abordada a nivel regional, especialmente en el continente africano, donde la transferencia de armamento de origen lícito y el desvío a grupos de criminalidad organizada o insurgentes como usuarios finales de dichas transferencias ha puesto en peligro no solamente el restablecimiento de la paz, sino también el desarrollo económico y social de numerosas sociedades posconflicto ²⁷⁹.

7. Principales lagunas del marco onusiano

Las principales lagunas de la Convención han sido previamente analizadas en líneas anteriores, conforme considerábamos sus disposiciones esenciales, como la ausencia de mecanismo de solución de controversias relativas a la jurisdicción o el

²⁷⁶ Por ejemplo, el Gobierno de Turquía buscó, sin éxito, la ampliación del mecanismo de marcación de las piezas, componentes y municiones, no solamente de las armas. *Vid* ONUDD, *Travaux préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180, pp. 654-655 y las páginas siguientes para el debate en el seno del Comité Especial respecto del *ámbito de aplicación* (Artículo 4). Ver además el informe del Comité en su 12º período de sesiones (nota anterior).

²⁷⁷ Artículo 4, *Ámbito de aplicación*

“1. A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas.”

²⁷⁸ Tratado sobre el comercio de armas, adoptado por la AG en su Resolución A/CONF.217/2013/L.3, de 27 de marzo de 2013.

Puede consultar toda la información sobre las negociaciones y las propuestas en: <https://www.un.org/disarmament/convarms/ArmsTradeTreaty/> [última consulta: 31.8.2015]. *Vid.* MOREAU, V., “Traité sur le commerce des armes : les négociations de la dernière chance ? L’importance de clarifier le « texte de juillet », avant mars 2013”, *Notes d’Analyse*, Groupe de recherche et d’information sur la paix et la sécurité (GRIP), Bruselas, 3 de diciembre de 2012; POITEVIN, C., “Traité sur le commerce des armes. Priorités pour l’UE avant les négociations de mars 2013”, *Notes d’Analyse*, GRIP, Bruselas, 28 de noviembre de 2012; ambos documentos disponibles en: <http://www.grip.org/fr> [última consulta: 31.8.2015].

²⁷⁹ BARRY, M. A., *Guerres et trafics d’armes en Afrique. Approche géostratégique*, L’Harmattan, Études africaines, París, 2006.

enfoque sobre la seguridad del Estado de los Protocolos, en particular en la gestión de los flujos migratorios. Algunas de estas deficiencias, sin embargo, merecen mayor atención, por ser generales al enfoque perseguido por la Convención de Palermo y sus Protocolos, fuertemente condicionado por el discurso securitario de la década de 1990 impulsado por los Estados occidentales y superado por algunos marcos de cooperación regional, claramente más concisos en la lucha contra el COT en sus múltiples manifestaciones delictivas, como tendremos ocasión de analizar con mayor detalle en el siguiente epígrafe.

En primer lugar, el marco “onusiano” exige de la concurrencia de dos elementos fundamentales para ser aplicado: el carácter transnacional de los delitos y la participación de un grupo delictivo organizado en la actividad criminal. Aunque, como hemos visto, no es necesario que ambos elementos concurren para ser tipificados en el ordenamiento interno como delitos, sí serán requeridos para poner en marcha las disposiciones de la Convención sobre cooperación internacional. Sin embargo, el artículo 34, § 2 deja abierta la posibilidad, al mismo tiempo, de que las Partes no lo tengan en cuenta y decidan prestarse asistencia judicial o enviar información relevante a otro Estado Parte, complicando aún más el panorama de cooperación internacional existente e introduciendo diferenciaciones un tanto arbitrarias al condicionarla a la voluntad de cooperación y discrecionalidad de los Estados firmantes. Es decir, en un panorama de cooperación internacional claramente marcado por el carácter gubernamental de las decisiones de colaboración entre autoridades judiciales y policiales estatales e influido por las relaciones políticas bilaterales, el hecho de que la Convención contenga disposiciones tan abiertas a interpretación de las Partes supone una merma adicional a su eficacia, pues los Estados Parte pueden alegar que el delito perseguido tenga efectivamente carácter transnacional o sea cometido por un grupo delictivo organizado para prestarse cooperación y asistencia mutua a pesar de estar tipificado como delito en el ordenamiento interno de ambos Estados. Por otra parte, el establecimiento de la gravedad de los delitos es relativo, en el sentido de que dependerá de la sanción impuesta a nivel nacional para ser considerados como tales por las autoridades estatales, una cuestión controvertida incluso en un ámbito regional tan supuestamente homogéneo como la UE. Por tanto, las diferencias entre ordenamientos pueden plantear problemas en la cooperación internacional, sujeta igualmente al

requisito de doble tipificación, impidiendo la realización de uno de los principales objetivos de la Convención, a saber, la mejora de la cooperación internacional en la lucha contra este tipo de fenómeno delictivo y sus manifestaciones criminales concretas.

En segundo lugar, en un ejercicio de introducción de cierta flexibilidad en la respuesta internacional, la Convención ha optado por dejar fuera determinados elementos (instrumentales) considerados necesarios para la pervivencia del COT. Es de resaltar la ausencia de la inclusión de los medios de la criminalidad organizada en la definición del grupo delictivo organizado y, en consecuencia, de un mayor énfasis en atacar este tipo de instrumentos para su perpetuación e integración en la sociedad y la economía legal de forma “parasitaria”. Así, solamente encontramos referencias genéricas a estos medios en la obligación de tipificar y prevenir la corrupción y la obstrucción de la justicia, además de ciertas medidas para mejorar la cooperación internacional y la capacitación del personal de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de la administración de Justicia. Sería deseable, empero, enfatizar la lucha contra los grupos delictivos organizados como organización (estructura, dirección, medios, grado de participación), no solamente sobre la comisión de determinados delitos (graves o no), introduciendo mejoras en los procedimientos de investigación “clásicos” observados en la mayor parte de los Estados y desarrollando plenamente las posibilidades ofertadas por la Convención en este punto. Posiblemente, el ejemplo de la comisión de delitos informáticos sea uno de los más claros de las dificultades de erradicación de los grupos delictivos organizados y de la investigación de sus miembros y actividades, así como del establecimiento del grado de participación en los delitos.

Luchar contra la criminalidad organizada es una cosa, luchar contra las organizaciones criminales es otra. En el primer caso, el procedimiento se asemeja al modo de funcionamiento clásico de los servicios de policía: partiendo de los hechos constatados, los investigadores deben remontar a sus autores e investigar las pruebas que permitan encausarlos. En el otro caso, es el adversario el que importa: la organización es identificada, sus modos de funcionamiento poco más o menos conocidos así como sus principales dirigentes. Son la prueba de sus actividades y la localización de los dirigentes los que serán objeto de la investigación. La existencia de un adversario

identificado modifica, pues, fundamentalmente los modos de trabajo tradicional de los investigadores.²⁸⁰

No obstante, el punto que mayor preocupación suscita es la excesiva protección de la soberanía de los Estados, derivado del énfasis en la seguridad —de las fronteras y de la gestión de los flujos migratorios, de las transacciones y del sistema financiero, del orden público, etc.—. La protección de la soberanía estatal se aprecia, en primer lugar, en la firma y ratificación de la propia Convención y en la posibilidad de establecer reservas, además de la potestad de ratificar o no los Protocolos, pues han sido concebidos como complementarios si bien resultan indispensables para la eficacia de la lucha contra el COT. Por tanto, unas Partes pueden “comprometerse” más que otras en la prevención y represión de este fenómeno delictivo. Del mismo modo, el lenguaje de la Convención y de sus Protocolos deja bastante que desear, no solamente por la oscuridad y ambigüedad calculada con la que aborda determinados aspectos —como la propia inclusión de los elementos de *transnacionalidad* y de participación de un grupo delictivo organizado—, sino también por las “cláusulas de salvaguardia” introducidas a lo largo de los cuatro textos y la amplia libertad que deja a los Estados para introducir determinadas disposiciones de la Convención en sus respectivos ordenamientos internos, afectando, de esta forma, al alcance real de la implementación y eficacia de la Convención y sus Protocolos²⁸¹.

Relacionado al mismo tiempo con la protección de la soberanía estatal y con la oscuridad del lenguaje empleado, la cuestión del establecimiento de la jurisdicción permite a las Partes flexibilizar considerablemente la aplicación de las disposiciones de la Convención y de los Protocolos. Es obligatorio que las Partes establezcan la jurisdicción sobre los delitos cubiertos por los instrumentos analizados, según el artículo 15, pero ello no implica que estén obligados a ejercerla efectivamente en un caso concreto. Además, el texto no ofrece ninguna solución al problema de la determinación de dónde, y en algunos casos cuándo, un delito ha sido cometido²⁸². Junto a la cuestión de las diferencias entre las distintas Partes en el establecimiento de los casos facultativos de jurisdicción extraterritorial (Art. 15 § 2), los vacíos respecto de la

²⁸⁰ CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité...*, *op. cit.* en Nota 143, p. 25 (traducción propia).

²⁸¹ Para mayor detalle en relación a estas críticas, *vid.* McCLEAN, D., *Transnational Organized Crime. A commentary...*, *op. cit.* en Nota 180, p. 14.

²⁸² *Ibíd.*, p. 167.

jurisdicción resultan de especial importancia para la efectiva aplicación de la Convención, puesto que depende en exceso de la voluntad del Estado Parte la puesta en marcha de los mecanismos de cooperación internacional o de investigación y enjuiciamiento de un delito. A esta (potencial, al menos) falta de voluntad de cooperación se le unen las diferencias en materia institucional y legal que puedan derivarse de tradiciones jurídicas diversas que no solamente pueden verse reducidas a la división modelo anglosajón-europeo continental, sino que encierran diferencias en materia de salvaguarda de los derechos procesales del sujeto de cierto calado en materia de defensa e investigación o de protección de víctimas y testigos y que, en definitiva, afectan a la eficacia de la cooperación internacional en la lucha contra el COT.

Otros problemas derivados, no del enfoque escogido, sino de la propia naturaleza de la Convención obstaculizan su correcta aplicación, en particular en relación con la cooperación internacional. A las dificultades en la vaguedad de las definiciones propuestas y del lenguaje utilizado —característica intrínseca al concepto mismo de COT—, hemos de sumar aquella derivada del doble modelo escogido para tipificar la participación en un grupo delictivo (participación activa o acuerdo para delinquir), pues plantea numerosas cuestiones acerca del alcance de la asistencia judicial, particularmente en aquellos casos en los que el Estado requerido precise, según su ordenamiento interno, de la efectiva comisión del delito para poder emprender acción alguna o poner en práctica los diversos mecanismos de asistencia mutua. No obstante, como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle en el siguiente Capítulo en relación con el marco de la UE, los mecanismos de cooperación internacional están confrontados igualmente a la persistencia de diferencias en la tipificación de los diversos grados de participación (autoría/autoría mediata, coautoría, dirección, organización, asistencia, etc.). A pesar de tratarse de una tipificación obligatoria para las Partes, no todos los ordenamientos han incorporado dicho precepto, precisamente, por el inmovilismo de algunas jurisdicciones ante la inclusión de nuevas formas de participación y de establecimiento de la responsabilidad penal individual como pretende el Derecho transnacional penal y conseguido, de alguna forma, por el Derecho internacional penal ²⁸³.

²⁸³ Para un análisis detallado del debate doctrinal y jurisprudencial este último punto, *vid.* DANNER, A. M. y MARTÍNEZ, J. S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, Vol. 93,

Es necesario señalar, por último, un vacío igualmente observado y de singular preocupación para la efectiva implementación del marco “onusiano”: la falta de mecanismo de monitorización de la Convención y, sobre todo, de sus Protocolos. Según el artículo 32²⁸⁴, la Convención prevé que se establezca una Conferencia de las Partes para promover y examinar los progresos en la normativa adoptada. Dado su carácter intergubernamental, la Conferencia de las Partes es un débil mecanismo de control de la aplicación de la Convención y de sus Protocolos, pues se ha convertido desde el inicio de sus reuniones en mero foro de discusión de las principales cuestiones no resueltas durante la negociación de los instrumentos adoptados sin necesariamente reivindicar su revisión. Por otra parte, esta instancia está facultada para concertar “mecanismos” para facilitar la cooperación técnica y el intercambio de información y buenas prácticas, cooperar con las organizaciones internacionales y no gubernamentales pertinentes y examinar las disposiciones particulares, pudiendo también formular recomendaciones. Si bien algún autor ha querido ver en esta cláusula una referencia indirecta a un sistema de “revisión por pares”²⁸⁵, lo cierto es que, hasta ahora, los grupos de trabajo establecidos para analizar cuestiones puntuales no emiten recomendaciones propiamente

2005, pp. 75-169. Adicionalmente, CASSESE, A., *International Criminal Law, op. cit.* en Nota 5, pp. 33-35 y 187-254.

²⁸⁴ Artículo 32, *Conferencia de las Partes en la Convención*

“1. Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. La Conferencia de las Partes aprobará reglas de procedimiento y normas que rijan las actividades enunciadas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo (incluidas normas relativas al pago de los gastos resultantes de la puesta en marcha de esas actividades).

3. La Conferencia de las Partes concertará mecanismos con miras a lograr los objetivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, en particular a:

a) Facilitar las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 de la presente Convención, alentando inclusive la movilización de contribuciones voluntarias;

b) Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y sobre prácticas eficaces para combatirla;

c) Cooperar con las organizaciones internacionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes;

d) Examinar periódicamente la aplicación de la presente Convención;

e) Formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación.

4. A los efectos de los apartados d) y e) del párrafo 3 del presente artículo, la Conferencia de las Partes obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención mediante la información que ellos le faciliten y mediante los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de las Partes.

5. Cada Estado Parte facilitará a la Conferencia de las Partes información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de las Partes.”

²⁸⁵ VLASSIS, D., “La Convención de Naciones Unidas...”, *loc. cit.* en nota 247, p. 146.

dichas, sino que se limitan a constatar las dificultades en la definición o ejecución de algunos puntos concretos de las disposiciones de la Convención o de sus Protocolos y a listar soluciones alternativas, sin que por ello inste a las Partes a tomar en cuenta dichas consideraciones con vistas a una posible reforma o refuerzo de determinadas disposiciones ²⁸⁶.

En octubre de 2010, en su quinto período de sesiones, la Conferencia de las Partes discutió la posibilidad de establecer un mecanismo real (por ejemplo, un *peer-review system*) para examinar la aplicación de la Convención y de sus Protocolos y que sirviese de ayuda a los Estados Parte en su implementación, para lo cual creó un nuevo grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta con dicha finalidad, que hubiera debido comenzar su primer ciclo de evaluaciones en 2013 ²⁸⁷. No obstante, dos años más tarde, la Conferencia de las Partes se mostró incapaz de establecer dicho mecanismo de evaluación, cerrando, pues, toda posibilidad de evaluar el grado de implementación de la Convención en los Estados Parte firmantes. Si bien las razones presupuestarias fueron el centro de las deliberaciones del grupo de trabajo intergubernamental y del sexto ciclo de sesiones de la Conferencia de las Partes, lo cierto es que la negativa a establecer un mecanismo de examen del grado de

²⁸⁶ Vid., por ejemplo, CTOC/COP, *Análisis de conceptos básicos: interés especial en el concepto de “abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad” que figura en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría*, CTOC/COP/WG.4/2011/3, de 4 de agosto de 2011; CTOC/COP, *Actividades del Grupo de trabajo sobre la trata de personas. Informe de la Presidencia del Grupo de trabajo*, CTOC/COP/2010/6, 10 de agosto de 2010.

²⁸⁷ CTOC/COP, *Estudio de posibles mecanismos para examinar la aplicación de la Convención y sus Protocolos*, CTOC/COP/2010/L.6/Rev.1, 22 de octubre de 2010. Vid., igualmente, CTOC/COP, *Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su quinto período de sesiones, celebrado en Viena del 18 al 22 de octubre de 2010* CTOC/COP/2010/17, en particular las pp. 66 y ss. Esta iniciativa, no obstante, fue impulsada anteriormente por el Gobierno de México durante la quinta sesión de reuniones de la Conferencia de las Partes en 2004, sin que contara con el apoyo necesario del resto de Estados miembros de la Convención. Vid. CTOC/COP/2004/6, párrafos 36 y 36).

Los principales documentos al respecto del sexto período de sesiones de la Conferencia de las Partes y del grupo de trabajo abierto son: *Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 15 al 19 de octubre de 2012*, CTOC/COP/2012/15, de 5 de noviembre de 2012, en particular pp. 25-26; y *Estimaciones de las necesidades financieras de un mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, CTOC/COP/2012/14, de 20 de septiembre de 2012.

Para más información: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP.html> [última consulta: 31.8.2015].

En este contexto, la Unión ha sido uno de los principales impulsores del mecanismo de revisión y del refuerzo de la gobernanza mundial. Vid. SORIANO, J. P., “Gobernanza global contra la delincuencia transnacional...”, *loc. cit.* en Nota 196.

implementación y, en su caso, cumplimiento de las disposiciones de la Convención deja entrever el recelo de los gobiernos a todo tipo de inspección similar al llevado a cabo por el Comité contra el Terrorismo, asistido en esta labor por la Dirección Ejecutiva contra el Terrorismo, en materia de cumplimiento de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad —recordemos, de obligado cumplimiento por todos los Estados de la Comunidad Internacional, a diferencia del carácter puramente convencional del marco de lucha contra el COT—. En el marco regional, por el contrario, sí existen mecanismos de seguimiento de la implementación de los instrumentos normativos adoptados a nivel regional, especialmente en el Consejo de Europa, donde estos órganos publican evaluaciones exhaustivas de la transposición en Derecho interno y de aplicación de los instrumentos adoptados en su seno.

5. El marco regional de lucha contra el crimen organizado y sus repercusiones transfronterizas. La necesaria compleción del sistema de Naciones Unidas

Al margen del marco “onusiano”, determinadas Organizaciones regionales (OORR) han impulsado su propio marco normativo de lucha contra el COT. La finalidad de las iniciativas regionales ha sido completar la labor de las Naciones Unidas en determinados aspectos no abordados por la Convención de Palermo y sus Protocolos o tratados de manera deficitaria, especialmente en materia de prevención y de lucha contra algunas actividades delictivas de los grupos organizados de considerable repercusión regional, como el tráfico ilícito de armamento, de migrantes, la trata de seres humanos o la ciberdelincuencia. En las últimas décadas, por tanto, si bien la puesta en marcha de medidas contra el terrorismo ha sido una prioridad en la labor convencional internacional y regional, no es menos cierto que los OORR han ido progresivamente completando la Convención de Palermo y sus Protocolos en determinados aspectos de relevancia tanto para la represión del COT como para la transformación del Derecho penal y su conversión en instrumento de la política de seguridad de los Estados; razón por la cual es necesario realizar un (breve) análisis del marco regional en este estudio y ponerlo en relación con el ordenamiento de la UE, imitador de dicho marco regional, si bien más integrado y completo que el original.

1. La labor contra el crimen organizado realizada por el Consejo de Europa como órgano precursor de la cooperación regional a nivel paneuropeo

La mayor parte de los estudios sobre el COT en Europa se centra en la UE ²⁸⁸, olvidando, sin duda, la Organización regional precursora de la cooperación internacional contra todo tipo de criminalidad transfronteriza y, en particular, el crimen organizado (transnacional): el Consejo de Europa (CoE). Desde su creación, la labor llevada a cabo por el CoE ha sido de las más relevantes a nivel regional e internacional, no solamente por el impresionante número de convenciones contra el crimen adoptadas en sus seis décadas de existencia ²⁸⁹, sino también —y de especial consideración dado el carácter “excepcional” de la normativa contra el COT seguido en los últimos años— por el énfasis puesto en la promoción y protección de los Derechos fundamentales en la respuesta regional a este tipo de criminalidad transfronteriza. Con carácter general, las convenciones sobre extradición (1957) y asistencia judicial en materia penal (1959) ²⁹⁰ han posibilitado la cooperación entre los Estados miembros del CoE e inspirado un modelo distintivo, “humanista”, basado en las tradiciones jurídicas de sus respectivos ordenamientos estatales, además de servir de base para la posterior profundización de la cooperación en materia judicial penal (y policial) el seno de la UE. Con carácter específico, el CoE ha adoptado varios instrumentos, legales e institucionales, que han permitido avanzar en la respuesta regional contra el COT y algunas de sus manifestaciones criminales, así como en la prevención de las mismas ²⁹¹.

²⁸⁸ *Inter alia*, BOER, M. Den, “Cooperación para la aplicación de la ley y crimen transnacional organizado en Europa”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen Transnacional Organizado...*, *op. cit.* en Nota 102, pp. 160-180; BOER, M. Den, “The fight against organised crime in Europe: a comparative perspective”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 9, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 259-272; LAMPE, K. Von, “Organized crime in Europe”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime...*, *op. cit.* en Nota 6, pp. 403-423.

²⁸⁹ CONSEJO DE EUROPA, *Co-operation against crime: the conventions of the Council of Europe*, Octopus Programme, Council of Europe Publishing, Strasbourg, diciembre de 2006. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁰ CONSEJO DE EUROPA, *European Convention on Extradition* (ETS 024), abierto a firma el 13/12/1957 y en vigor desde el 18/4/1960; CONSEJO DE EUROPA, *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters* (ETS 030), abierto a firma el 20/4/1959 y en vigor desde el 12/6/1962. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015].

²⁹¹ En particular, COMITÉ DE MINISTROS, Recomendación 11 (2001) sobre los principios directores para la lucha contra el crimen organizado, adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2001 en la 765ª reunión de los Ministros adjuntos. Asimismo, COMITÉ DE MINISTROS, Recomendación (87) 19 sobre la organización de la prevención del delito, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987 en la 410ª reunión de los Ministros adjuntos; ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Recomendación 1044 (1986) sobre el Crimen Internacional, de 20 de septiembre

En primer lugar, la firma del Convenio contra el blanqueo de capitales ²⁹², de 1990, coincide en el tiempo con la adopción de las Recomendaciones del GAFI ²⁹³, completando las disposiciones específicas contra el blanqueo de los productos del tráfico de drogas de la Convención de Naciones Unidas de 1988 (en particular, artículos 3, § 1 y 5). Por un lado, la Convención del CoE, a diferencia de las Recomendaciones del GAFI (*soft law*), es legalmente vinculante para sus Estados miembros, aunque éstos puedan acotar su ámbito de aplicación a través de declaraciones en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Por otro lado, lejos de reducirse a la penalización del blanqueo de los capitales provenientes del tráfico ilícito de drogas como instrumentos internacionales anteriormente adoptados, la Convención del CoE extiende su ámbito de aplicación a los productos ilícitos de otros delitos (Art. 6) y obliga a que un Estado no pueda negar la asistencia aludiendo al principio de doble tipificación si las medidas previstas no implican disposiciones coercitivas (Art. 18).

En segundo lugar, si entre las deficiencias observadas en el caso de la Convención de Palermo hacíamos alusión a la inexistencia de mecanismos eficaces de evaluación de las medidas nacionales de implementación, en el caso del CoE la situación es radicalmente diferente. Con el fin de supervisar la aplicación de las medidas contra el blanqueo de capitales (y de la financiación del terrorismo), los Estados miembros del CoE pusieron en marcha un mecanismo de supervisión: el Comité de Expertos relativo a la Evaluación de las Medidas contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (MONEYVAL) ²⁹⁴. Este comité, instituido como mecanismo de supervisión plenamente independiente en 2011, supervisa la

de 1986. Adicionalmente, EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *White Paper on Transnational Organised Crime*, CDPC (2014) 11 rev, Estrasburgo, 25.6.2014.

²⁹² CONSEJO DE EUROPA, *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito* (ETS 141), abierto a firma el 8/11/1990 y en vigor desde el 1/9/1993.

Este Convenio fue completado por el Convenio Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (CETS 198), abierto a firma el 16/5/2005. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015].

Vid. NILSSON, H. G., "Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of Developing International Criminal Law", *Criminal Law Forum*, Vol. 2, Núm. 3, 1991, pp. 419-468; GILMORE, W. C., *Dirty Money. The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, 3ª Edición, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2004.

²⁹³ Incluso, no solamente las preceden sino que también las amplían a otros productos del delito, puesto que la primera versión de las Recomendaciones (1990) únicamente incluían disposiciones contra el blanqueo de los capitales derivados del tráfico de drogas. *Vid.* las 40 Recomendaciones en: www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/53/34030987.pdf [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁴ www.coe.int/moneyval [última consulta: 31.8.2015].

implementación de los instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, entre los cuales aquellos adoptados por el CoE y el GAFI, valorando las medidas estatales —en los sectores financiero, legal y del orden público— a través de rondas de evaluación de pares de significativa relevancia, puesto que plantean recomendaciones concretas que han de ser tenidas en cuenta por las Partes, si bien sin carácter forzoso, derivándose la respuesta del Estado en cuestión de la presión *inter pares* que pueda ser ejercida a nivel diplomático en los diferentes órganos previstos a tal efecto. En el caso particular de la lucha contra la corrupción, el CoE ha establecido un mecanismo de control similar, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) ²⁹⁵, igualmente importante para la labor de la Organización en la implementación de sus instrumentos contra la corrupción ²⁹⁶, más amplios que los comprendidos en las Convenciones de Palermo y Mérida respecto de su ámbito material y personal cubierto, en particular al abordar la corrupción en el sector privado.

Respecto del marco “onusiano” analizado anteriormente, la labor del CoE ha resultado crucial en otras áreas de la criminalidad organizada especialmente graves y recientes, como la represión de la trata de personas y la delincuencia informática, además de los Convenios contra la falsificación de productos médicos y sobre el control de la adquisición y la posesión de armas ²⁹⁷, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación de las medidas convencionales internacionales. El Convenio del CoE contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia) ²⁹⁸ dispone un marco normativo cuyo ámbito *ratione materiae* resulta más amplio que el cubierto por el respectivo Protocolo a la Convención de Palermo y, sin duda, que la legislación comunitaria. A diferencia del instrumento internacional, el Convenio de Varsovia no limita su aplicación a los casos en los que el delito tenga carácter transnacional y esté involucrado un grupo delictivo organizado, permitiendo a los Estados miembros la invocación de sus disposiciones

²⁹⁵ www.coe.int/GRECO [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Combating corruption Anti-corruption instruments of the Council of Europe*, febrero de 2007. Para más información: www.coe.int/greco [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, (CETS 211), Moscú, abierto a la firma el 28/10/2011; *European Convention on the Control of the Acquisition and Possession of Firearms by Individuals* (ETS 101), Estrasburgo, abierto a firma el 28/06/1978 y en vigor desde el 01/07/1982.

²⁹⁸ CONSEJO DE EUROPA, *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* (CETS 197), Varsovia, abierto a firma el 16/5/2005 y en vigor desde el 1/2/2008. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015]. Este tratado se completa con el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos*, CETS 216, Santiago de Compostela, 25.3.2015.

para impulsar la cooperación con otros países signatarios ²⁹⁹ aun cuando el delito no revista carácter transnacional. Además, es especialmente importante destacar que, contrariamente al enfoque promovido por el respectivo Protocolo a la Convención de Palermo, el Convenio de Varsovia adopta un punto de vista de salvaguarda de los Derechos Humanos, obligando a las Partes a establecer medidas de prevención y de protección de las víctimas más amplio que el del Protocolo y la normativa comunitaria. Este enfoque se percibe, por ejemplo, en el caso de la obligación de prestar asistencia para su recuperación física, psicológica y social, no necesariamente ligada a la prestación de testimonio en un posible procedimiento penal; la inclusión de la perspectiva de género en la lucha contra la trata de personas ³⁰⁰, solamente introducida en la legislación de la UE con la Directiva de 2011; o la imposibilidad de retornar a un menor víctima de trata en caso de existir indicios que pudieran indicar que tal acción contravendría el interés superior del menor. Por último, para limitar las diferencias en la implementación de este Convenio en los ordenamientos estatales que pudieran suscitar cuestiones acerca de la efectiva aplicación del enfoque “humanista” buscado por el mismo, el CoE creó el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) ³⁰¹, con similares características y modo de funcionamiento a los anteriores mecanismos de supervisión de la organización paneuropea; un mecanismo ausente igualmente en el marco convencional “onusiano”, que carece de supervisión de la implementación efectiva y del alcance real de las medidas introducidas por la Convención y su Protocolo no solamente en la lucha contra el COT, sino también con respecto a las víctimas de sus actividades delictivas.

El CoE es igualmente pionero en otros ámbitos de lucha contra las actividades delictivas de los grupos organizados, como los delitos cometidos a través de Internet y otros medios tecnológicos. El Convenio del CoE sobre la Ciberdelincuencia ³⁰² es el primer instrumento internacional adoptado con el objetivo de combatir la delincuencia

²⁹⁹ Al igual que otros instrumentos adoptados bajo los auspicios del CoE, este convenio puede ser firmado por Estados terceros ajenos a la organización.

³⁰⁰ Esta perspectiva de género ha sido completada por el Convenio del Consejo de Europa relativo a la prevención y la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y la violencia doméstica (ETS 210), abierto a firma el 11.5.2011.

³⁰¹ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/greta_EN.asp [última consulta: 31.8.2015].

³⁰² CONSEJO DE EUROPA, *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (ETS 185), Budapest, abierto a firma el 23/11/2001 y en vigor desde el 1/7/2004. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015].

cometida a través de Internet y de otras redes informáticas, en particular contra los delitos de acceso e interceptación ilegales, la interferencia de datos y sistemas, la pornografía infantil, el fraude y la falsificación informáticos y los derechos de copia (*copyright*). Su fin último es garantizar la disponibilidad, confidencialidad e integridad de las redes de información y de los datos transmitidos a través de las redes, por medio de una aproximación del Derecho penal y procesal nacional y de una mayor coordinación de la cooperación internacional en todas las fases posibles (prevención, detección, investigación y persecución), equilibrando los intereses de las autoridades de aplicación de la ley y el respeto por los Derechos fundamentales (Preámbulo). De esta forma, en el seno del CoE se responde a uno de los principales ámbitos delictivos de preocupación internacional que no estuvieron presentes en la redacción de la Convención de Palermo ni en sus Protocolos y que ha sido recientemente regulado en el marco comunitario con una Directiva, adoptada en 2013, claramente más amplia que la regulación anterior, incluyendo medidas preventivas y procesales más restrictivas de las libertades fundamentales individuales que el Convenio paneuropeo (*vid. infra*, Capítulo II).

A pesar de las dificultades propias a la entrada en vigor de estos convenios — principal razón esgrimida por los EEMM y autoridades de la UE para intensificar la cooperación en materia judicial penal en su seno— y de la efectiva implementación de sus disposiciones en los respectivos ordenamientos internos ³⁰³, los instrumentos adoptados por el CoE completan la Convención de Palermo y sus Protocolos, extendiendo su ámbito de aplicación a otros delitos no cubiertos por éstos y desarrollando otros puntos que no fueron suficientemente tratados en el seno de Naciones Unidas. Por otra parte, además de servir de modelo para otros ámbitos regionales, estos instrumentos están abiertos a su firma a terceros Estados, permitiendo que, por ejemplo, para el caso del Convenio de Budapest, éste sea negociado

³⁰³ En particular, GRETA ha identificado lagunas en algunos ordenamientos estatales en ámbitos concretos de la prevención y represión de la trata de seres humanos. Así, por ejemplo, ha observado irregularidades en el tratamiento dado a la población gitana en Albania y Bulgaria. En Polonia, en cambio, identificó además problemas de cooperación en casos transfronterizos con Estados vecinos, como la Federación de Rusia, Bielorrusia y Moldavia. *Vid.*, respectivamente, GRETA, *3rd General Report on GRETA's activities*, Estrasburgo, 2013, y *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Poland*, GRETA (2013) 6, Estrasburgo, 6.5.2013, disponibles en: www.coe.int/trafficking [última consulta: 31.8.2015].

conjuntamente con Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica y Japón ³⁰⁴. Además, el CoE ha cooperado en ámbitos concretos de la lucha contra el COT con Organismos internacionales y regionales (ONU, OSCE, UE, oenegés ³⁰⁵) y ha servido de foro de discusión e intercambio de buenas prácticas ³⁰⁶, cuyo trasfondo, en la mayoría de las ocasiones, ha constituido la base de los desarrollos posteriores en el seno de la UE y de otros OORR.

2. La Organización de Estados Americanos y el crimen organizado en América Latina y Central

La prevención y, especialmente, la represión de la criminalidad organizada en el continente americano ha estado marcada por dos movimientos, en ocasiones, ya contradictorios, ya simbióticos: por un lado, la “guerra contra la droga” de las sucesivas Administraciones estadounidenses, particularmente intensas —y de dudosa legalidad— en la década de 1980 ³⁰⁷; por otro, a nivel multilateral, por la función de la Organización de Estados Americanos (OEA), de especial relevancia en todo el continente, pero con particular importancia en el caso de la lucha contra el COT en América Latina y Central. En realidad, ambas subregiones han sido el centro de atención de las medidas contra la criminalidad organizada en los últimos años, profundamente marcadas por el recelo de la intromisión de los dos bloques que durante la Guerra Fría apoyaron a movimientos y grupos distintos en su particular confrontación. Como en otros continentes, las desigualdades en nivel de desarrollo económico entre países limítrofes e, incluso, en el seno de un mismo Estado han favorecido los negocios ilícitos de muchos grupos organizados. No obstante, posiblemente la historia del crimen

³⁰⁴ El caso particular del Japón merece especial atención por la dificultad de cooperación en determinados aspectos. Este país ratificó en 2012 el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, si bien no sanciona penalmente la pedofilia, objeto del Convenio a través de la obligación de tipificar determinadas conductas relacionadas con la pornografía infantil (Art. 9). De hecho, a través de una reserva al tratado, Japón no aplica determinados aspectos de dicho artículo, en concreto la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona (1.d) o la consideración como “pornografía infantil” de actos realizados por una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita (2.b).

³⁰⁵ *Vid.*, en el caso de la lucha contra la trata de personas, GRETA, *3rd General Report on GRETA's activities*, Estrasburgo, 2013, disponible en: www.coe.int/trafficking [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Combating organized crime. Best-practice surveys of the Council of Europe*, Octopus Programme, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, agosto de 2004 (reimpreso en septiembre de 2007).

³⁰⁷ *Vid.* Notas 69, 71 y 105 para referencias.

organizado en determinadas áreas del continente y de otros grupos delictivos (terroristas, “insurgentes” o “guerrillas”) y las conexiones con el poder político, a través de la corrupción o de la politización de sus actividades, dificulte su erradicación en el corto plazo, por el apoyo social y la corrupción de ciertos sectores de las autoridades, particularmente señaladas para los casos de América Latina y del Caribe.

La debilidad de las instituciones democráticas y los problemas de gobernabilidad [que] afectan de manera vital a los regímenes democráticos de la región, tienen en la corrupción a un condicionante importante, y por medio de ella se facilita el accionar del crimen organizado.³⁰⁸

Dejando a un lado la acción unilateral de Estados Unidos en el resto del continente en su particular “guerra contra la droga”, la labor de la OEA de prevención y lucha contra el COT resulta de especial relevancia, realizada ésta en el marco de una estrategia global de seguridad en el Hemisferio³⁰⁹. Con carácter general, la OEA ha sido bastante activa en los últimos años en la lucha contra la criminalidad organizada. Así, el 8 de junio de 2004, su Asamblea General adoptó la Resolución 2026 (XXXIV-O/04) *Lucha contra la delincuencia organizada transnacional en el Hemisferio*, la cual sentó las bases para tratar este tema dentro de la Organización y para posteriores resoluciones y planes de acción, que han permitido, *inter alia*, el refuerzo de los poderes de determinadas instituciones (Consejo Permanente) y la creación de nuevos órganos, en particular la Comisión Especial sobre Delincuencia Organizada (CEDOT³¹⁰), encargada de elaborar un plan de acción.

En 2006, el Consejo Permanente adoptó el *Plan de Acción Hemisférico contra la Delincuencia Organizada Transnacional*³¹¹, con el fin de promover la aplicación de la

³⁰⁸ ROJAS ARAVENA, F., *II Informe del Secretario General de FLACSO. El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José, Costa Rica, 2006, p. 23, disponible en: www.flacso.org [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁹ Salvo referencia expresa en contrario, los documentos citados en el presente apartado pueden consultarse en: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Documentos claves de la OEA sobre seguridad*, Vol. II Seguridad Pública, Departamento de Seguridad Pública, Secretaría de Seguridad Multidimensional, disponible en: http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_sobre.asp [última consulta: 31.8.2015].

³¹⁰ Creada en virtud de la Resolución AG/RES. 2116 (XXXV-O/05) “Lucha contra la delincuencia organizada transnacional en el Hemisferio”, adoptada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005.

³¹¹ Resolución CP/Res. 908 (1567/06), aprobada en sesión celebrada el 25 de octubre de 2006; seguida de la Resolución AG/RES. 2379 (XXXVIII-O/08), *Ejecución del Plan de Acción Hemisférico*

Convención de Palermo y sus Protocolos. Este Plan tiene como objetivo prevenir y combatir el COT a nivel regional fomentando la cooperación en el continente en las diversas fases de prevención, investigación, procesamiento y demás actuaciones judiciales; la coordinación de los distintos órganos de la OEA con competencia en la materia y entre éstos y la ONUDD; y el fortalecimiento de las capacidades y habilidades nacionales y subregionales para luchar contra la criminalidad organizada. Para ello, el Plan de Acción insta a los Estados a adherirse e implementar los principales instrumentos de las Naciones Unidas, entre los cuales la Convención y sus Protocolos, y la mejora de las capacidades nacionales y regionales, con especial atención al fomento de la cooperación judicial en el Hemisferio ³¹².

Con carácter específico, los tres mayores problemas del continente americano son los tráfico ilícitos de armas ligeras y drogas y la trata de personas —en particular, mujeres y niños—, a los que se añaden las “guerras” entre bandas, lo que supone un riesgo adicional especialmente amenazador en determinados países, como México y Nicaragua. En primer lugar, además de las iniciativas multilaterales ³¹³ y aquellas otras impulsadas por la Organización para el control y desarme en la región, la OEA adoptó, en 1997, la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (CIFTA), adelantándose unos años a la elaboración del respectivo Protocolo adicional a la Convención de Palermo y siendo propuesto como modelo a seguir en las negociaciones que condujeron al mismo ³¹⁴. Las disposiciones de ambos tratados coinciden en lo esencial, *mutatis mutandis*, en materia de definiciones, obligaciones de marcaje, registro y autorización; obligación de penalizar el tráfico y la fabricación ilícitos de armas y

contra la delincuencia organizada transnacional y fortalecimiento de la cooperación hemisférica, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

³¹² Son de destacar las Reuniones de Ministros de Justicia o de otros ministerios o fiscales generales (REMJA), incluyendo reuniones técnicas y grupos de trabajo bajo su supervisión, y la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Asuntos Penales y Extradición. Para mayor información sobre los mecanismos de asistencia judicial establecidos en la OEA, *vid.* <http://www.oas.org/en/sla/dlc/remja/default.asp>; <http://www.oas.org/juridico/MLA/en/index.html> [última consulta: 31.8.2015].

³¹³ Por ejemplo, el Programa Centroamericano de Control de Armas Pequeñas y Ligeras (CASAC) del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y el UN-LiREC – Centro Regional de Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Sin embargo, estas iniciativas multilaterales no han logrado consolidarse dada las negativas de Estados clave, como los EEUU y Brasil, por “compartir información calificada de alta seguridad y su negativa a acogerse a iniciativas multilaterales de control”. ROJAS ARAVENA, F., *II Informe del Secretario General...*, *op. cit.* en Nota 308, p. 31.

³¹⁴ *Vid.*, ONUDD, *Travaux Préparatoires...*, *op. cit.* en Nota 180.

municiones; tipificación de la participación en la comisión, de la confabulación, la tentativa, y la asistencia, la incitación o el asesoramiento; decomiso e incautación, así como otras medidas preventivas y de seguridad y de fomento de la cooperación internacional. No obstante, existen claras diferencias en cuanto al alcance material de ambos instrumentos. Primeramente, el Protocolo, siguiendo el tenor de la Convención de Palermo, se aplica únicamente en caso de implicación de grupo delictivo organizado y cuando el delito revista carácter transnacional, por lo que se excluyen de su ámbito, entre otros, el tráfico, la fabricación o la alteración de las armas de fuego y de sus componentes con carácter puramente interno, aunque pueda suponer una parte importante del negocio ilícito de determinados grupos delictivos, especialmente en determinados países de las subregiones centroamericana y suramericana, como pudiera ser Brasil ³¹⁵. Del mismo modo, el Protocolo descarta de su ámbito material otros tipos de armas o “artefactos destructivos” o explosivos, defendido por algunas delegaciones en la negociación del texto y presente en el Convenio CIFTA —cuya cobertura resulta, pues, más amplia que la Convención (Artículo I.b)—, además de descartar su aplicación “a las transacciones entre Estados” y “a las transferencias estatales” cuando un Estado alegue razones de seguridad nacional (Art. 4, § 2 del Protocolo). Colombia, por ejemplo, se opuso a esta posibilidad al considerar que permitía la transferencia de armas sin consentimiento o autorización de alguno de los Estados concernidos y declaró que no ratificaría el Protocolo porque, en su opinión, éste tampoco cubría la transferencia a agentes no estatales ³¹⁶. En la parte positiva, el Protocolo, a diferencia de la Convención CIFTA, sí obliga a las Partes a tipificar como delito la organización y la dirección de los delitos, además de abogar por que se establezca un sistema de reglamentación de las personas dedicadas al corretaje, extendiendo así la obligación para con terceros. Por último, ninguno de estos dos instrumentos cubre los materiales lícitos que se usen con fines ilícitos para fabricar explosivos ni refuerzan la regulación del tráfico legal, tal y como se propuso incluir en el Preámbulo del Protocolo. A pesar de las lagunas observadas, sin duda, el motivo más importante de preocupación es la falta de ratificación de uno o ambos instrumentos por los principales países productores y

³¹⁵ Vid., SÁENZ BRECKENRIDGE, M. S. (ed.), *Armas Pequeñas y Livianas: Una amenaza a la seguridad hemisférica*, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, San José (Costa Rica), 2007.

³¹⁶ Declaración de Colombia al Plan de Acción Hemisférico contra la Delincuencia Organizada Transnacional [CP/RES. 908 (1567/06)].

exportadores de armamento, como los Estados Unidos, o de la ausencia de ratificación del Protocolo por los principales países afectados por los tráfico ilícitos, como Colombia, Honduras y Nicaragua ³¹⁷.

En segundo lugar, la OEA ha establecido diversos instrumentos para luchar contra el tráfico ilegal de drogas y sustancias sicotrópicas, actividad preventiva y represiva contenida igualmente en su estrategia de seguridad continental. Son numerosos los instrumentos estratégicos adoptados en los últimos años (resoluciones, declaraciones y planes), resaltando la aprobación de la Nueva Estrategia Antidrogas en el Hemisferio (2010) para reforzar los esfuerzos anteriores de la OEA en cinco grandes áreas: fortalecimiento institucional, reducción de la demanda y de la oferta, medidas de control y fomento de la cooperación internacional. En el plano institucional, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y el Mecanismo de Evaluación Multilateral son dos de los instrumentos establecidos en los últimos años para afrontar este delito y su expansión, considerado a partes iguales un problema de salud pública y de seguridad estatal, que “ha afectado las relaciones entre los gobiernos regionales... [en un continente que aún a los mayores productores y consumidores, generando] un entorno disuasorio de los esfuerzos conjuntos que son necesarios para combatirlo” ³¹⁸.

Respecto de la trata de personas, la región centroamericana es particularmente la más castigada dentro del continente por este tipo de crimen, cometido principalmente con fines de explotación sexual de mujeres y niños, revistiendo tanto carácter estrictamente nacional, como regional e, incluso, internacional. Un fenómeno delictivo ligado al tráfico de migrantes, especialmente hacia Estados Unidos y Canadá.

La trata de mujeres y niños con fines de explotación sexual es una realidad diaria para la región centroamericana y caribeña. Afecta a cada país de manera única, presentando una diferente combinación de desafíos a las agencias gubernamentales relevantes, a los proveedores de servicios no gubernamentales y a la sociedad en su conjunto. ³¹⁹

³¹⁷ www.oas.org/juridico/spanish y <http://treaties.un.org> [última consulta: 31.8.2015].

³¹⁸ GRANADA, C., “La OEA y el crimen transnacional organizado”, BERDAL, M. y SERRANO, M., *Crimen Transnacional Organizado...*, *op. cit.* en Nota 102, p. 150.

³¹⁹ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE (IHRLI), *In Modern Bondage: Sex Trafficking in the Americas*, DePaul University College of Law, Chicago, octubre de 2002, p. 1 (traducción propia).

No obstante, también existe un importante movimiento de trata de personas con fines de explotación laboral, principalmente hombres, sujetos igualmente a tráfico ilícito dentro del continente —en particular, con destino a Estados Unidos— y, en menor medida, con fines de extracción de órganos ³²⁰. Con el fin de prevenir y sancionar este tipo de delito, diferentes iniciativas multilaterales y nacionales se han puesto en marcha en los últimos lustros. Dentro de la OEA, en 2006 se puso en marcha la Sección contra la Trata de Personas, que trabaja en cuatro áreas clave: fomentar acciones de los gobiernos a nivel nacional; promover buenas prácticas y que éstas sean más efectivas en la prevención, protección, investigación y enjuiciamiento; búsqueda de nuevos aliados; e implementar los proyectos y programas de la OEA, así como el desarrollo de otros nuevos ³²¹. Algunos de los organismos especializados de Naciones Unidas, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la ONUDD y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) también prestan apoyo y asistencia técnica y financiera a las autoridades estatales en la prevención y represión de la trata de personas. Sin embargo, a las respuestas inexistentes o inadecuadas de los mecanismos gubernamentales ³²², se suma un problema de hondo carácter social que dificulta aún más la erradicación de este fenómeno delictivo, provocando la sensación de una práctica impunidad en la región igualmente perceptible en otros tipos de delitos, como en los tráficos de armas y sustancias sicotrópicas ³²³ o la minería ilegal ³²⁴, y presente en otras regiones del Planeta, agravadas por la existencia de conflictos no resueltos, la corrupción de las instituciones —con un papel fundamental en el tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo,

³²⁰ CONSEJO DE EUROPA – NACIONES UNIDAS, *Trafficking in organs, tissues, and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs. Joint Council of Europe – United Nations Study*, Estrasburgo, 2009, disponible en: www.coe.int/justice/ [última consulta: 31.8.2015]; SCHEPER-HUGHES, N., “Órganos sin fronteras”, *Foreign Policy Edición Española*, febrero-marzo de 2005, pp. 20-21.

³²¹ http://www.oas.org/dsp/atipESP_AbouUs.asp; <http://www.oas.org/csh/spanish/tratapersonas.asp> [última consulta: 31.8.2015].

³²² IHRLI, *In Modern Bondage...*, *op. cit.* en Nota 291, p. 69. También otros autores han señalado la “militarización de la seguridad” en el continente, por ejemplo en materia migratoria o de lucha contra el tráfico de drogas. *Vid., inter alia*, ROJAS ARAVENA, F., *II Informe del Secretario General...*, *op. cit.* en nota 308.

³²³ MANRIQUE, L. E., “Un poder paralelo: el crimen organizado en América Latina”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 84/2006, de 25 de julio de 2006. En el mismo sentido, RUBIO, M. y ORTIZ, R., “Organized Crime in Latin...”, *op. cit.* en Nota 143.

³²⁴ VILLALOBOS, J., “Ilegalización del oro y legalización de las drogas”, *El País*, 10.5.2012.

en África ³²⁵ — o los recelos entre Estados a cooperar en áreas tan sensibles para las soberanías nacionales como la lucha contra el COT:

La tolerancia de la sociedad acerca de la explotación sexual comercial de mujeres y niños, tabúes relacionados con la sexualidad y una cultura que desalienta la notificación de una presunta actividad de trata y de explotación sexual contribuyen a la invisibilidad del fenómeno. ³²⁶

3. La represión del crimen organizado en otras regiones

A diferencia de las regiones analizadas anteriormente, en otras áreas del Planeta no ha existido una Organización regional capaz de impulsar la lucha contra la criminalidad organizada. Posiblemente, debido a la importancia de este tipo de criminalidad en su desarrollo económico y al reciente interés despertado en la doctrina por la región, en el continente africano se ha empezado a notar una ruptura de esa tendencia, con la tarea realizada en el último lustro por la Unión Africana (UA) y completada por otros OORR en áreas temáticas concretas. Igualmente, el interés de algunos países desarrollados, en particular de la UE, por acabar con este tipo de criminalidad ha influido en el fomento de la respuesta regional de determinadas manifestaciones del COT especialmente graves, ligada en la mayor parte de las ocasiones a otros tipos de crímenes —genocidio y *lesa humanidad* o terrorismo ligado a Al Qaeda—, convirtiendo a África en un continente en el que la distinción entre COT y estos otros tipos de crímenes resulta, cuando menos, una tarea difícil. Así, como mantiene Christine Jojarth en el caso de los llamados “diamantes de conflicto”:

La corrupción a gran escala y la mala gestión en la explotación de los diamantes en muchos países del África subsahariana ha estado acompañada por, y dado lugar a, variables grados de violencia, levantamientos políticamente motivados e interferencia de Estados extranjeros. En [Angola, Zaire, Sierra Leona y Costa de Marfil], la combinación de estos tres factores se asocia más a la violencia relacionada con los diamantes con el crimen que con la guerra. ³²⁷

³²⁵ ONUDD, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, Viena, 2013, disponible en: <http://www.unodc.org> [última consulta: 31.8.2015].

³²⁶ IHRLI, *In Modern Bondage...*, *op. cit.* en Nota 291, pp. 68-69 (traducción propia).

³²⁷ JOJARTH, C., *Crime, War, and...*, *op. cit.* en Nota 67, p. 183 (traducción propia).

Esta realidad de mala gobernanza, sin ser específica a África ni a los “diamantes de conflicto”, ha socavado la respuesta de los Estados de la región y dificultado una acción, concertada multilateralmente, propia al continente africano. En algunas ocasiones, la respuesta internacional no ha resultado efectiva o no ha hecho sino empeorar la situación, precisamente por el carácter ajeno a la realidad socio-política específica africana o la conjunción de intereses propios³²⁸. Como apuntan Mark Shaw y Gail Wannenburg, “el crimen grave en África puede encajar en un perfil sociológico particular en el que la familia y las conexiones étnicas asumen una particular importancia”³²⁹, por lo que la delincuencia (organizada o no) en el continente africano “no puede entenderse separadamente de la debilidad del Estado, el colapso [de la economía legal y de las instituciones políticas democráticas] y los conflictos civiles en curso”³³⁰, a los que se añaden factores externos, como la demanda de narcóticos ilegales y de otros bienes desde América del Norte y Europa³³¹, ilegales en sí mismos o ilícitamente obtenidos o traficados.

En un intento por “desprivatizar”³³² la gestión de la seguridad en el continente, la UA ha promovido varias iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos en ausencia de una estrategia de seguridad regional, apoyándose en los medios (sobre todo financieros y técnicos) e impulso proporcionados por la UE. La aprobación, por parte de ambas organizaciones, del Plan de Acción de Ouagadougou para combatir la trata de

³²⁸ Siguiendo con el ejemplo de los “diamantes de conflicto”, Christine Jojarth duda de la efectividad de las sanciones específicas o “inteligentes” del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, precisamente por la corrupción, el tráfico ilícito y la violación de los embargos. JOJARTH, C., *Crime, War, and...*, op. cit. en Nota 67, p. 188. En la misma línea, HUGON, P., “L'économie des conflits en Afrique”, *La revue internationale et stratégique*, Núm. 43, Institut de Relations internationales et stratégiques, París, otoño de 2001, p. 160 ; BARRY, M. A., *Guerres et trafics d'armes en Afrique...*, op. cit. en Nota 254.

³²⁹ SHAW, M. y WANNENBURG, G., “Organized Crime in Africa”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime...*, op. cit. en Nota 6, p. 368 (traducción propia).

³³⁰ *Ibid.*, p. 382 (traducción propia).

³³¹ *Ibid.*, p. 375. En el mismo sentido, HUGON, P., “L'économie des conflits...”, op. cit. en Nota 327, pp. 152-169; JOJARTH, C., *Crime, War, and...*, op. cit. en Nota 67; MUGNIER, D., “Les diamants et les relations internationales illicites”, *Revue internationale et stratégique*, Núm. 43, Institut de Relations internationales et stratégiques, París, otoño de 2001, pp. 64-72; ONUDD, *Transnational Trafficking and the Rule of Law in West Africa. A Threat Assessment*, Viena, julio de 2009.

³³² Mark Shaw y Gail Wannenburg señalan que la gestión de la seguridad es “en al menos un número sustancial de Estados africanos en práctica esencialmente ‘privada’, [...] designada principalmente a proteger las vidas, poder y acceso a la riqueza de grupos e individuos específicos que controlan el Estado. Para las elites políticas en algunos países africanos, por tanto, la aplicación de la ley eficaz e imparcial puede resultar ser más una amenaza al orden establecido que algo digno de beneplácito”. SHAW, M. y WANNENBURG, G., “Organized Crime...”, loc. cit. en Nota 329, p. 372 (traducción propia).

seres humanos, en especial mujeres y niños (2006) supuso un primer impulso a la mejora de las capacidades estatales en la identificación, prevención y sanción del fenómeno, al instar a los Estados a ratificar los principales instrumentos internacionales en la materia; a adoptar y revisar la legislación, los programas y políticas necesarios para la implementación de los objetivos del Plan de Acción, prestando especial consideración a las necesidades particulares de las víctimas y la efectiva incriminación de los tratantes; y a adoptar legislación para prevenir el reclutamiento y el uso de los niños en los conflictos armados y desarrollar programas para su reinserción en la sociedad —ambas cuestiones son de especial trascendencia en el continente africano, ya que muchas víctimas y niños desmilitarizados son considerados *parias sociales* a la vuelta a sus poblaciones de origen³³³—. Para la implementación de este Plan, el 16 de junio de 2009, el Departamento de Asuntos Sociales de la Comisión de la UA lanzó oficialmente una campaña de prevención y sensibilización para luchar contra la trata de personas, la Campaña AU.COMMIT, e incluir este objetivo en la agenda de desarrollo del continente³³⁴, si bien con pobres resultados, como en los casos de Sudáfrica y Zambia³³⁵.

Aparte de la labor realizada en el seno de la UA, algunas Organizaciones subregionales han lanzado diversas iniciativas que han completado la labor de la ONU en el continente, especialmente en el África occidental. La Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO) ha sido la más prolífica, tras un refuerzo de sus competencias en materia de seguridad después de la rúbrica del Tratado de Cotonú

³³³ “Las personas tratadas se enfrentan a considerables obstáculos a su llegada a casa, de los cuales no son los menores las actitudes y prejuicios de sus propias comunidades. Las mujeres jóvenes tratadas con fines de explotación sexual pueden verse discriminadas por su involucración en la prostitución. Otras pueden encarar la vergüenza y humillación de volver sin fondos a pesar de las esperanzas de hacerlo con provisiones para sus familias. Y, frecuentemente, estas mismas personas vuelven con la mancha de haber sido arrestadas como “inmigrantes ilegales”, sin tener en cuenta su estatuto como víctimas de un delito”. ONUDD, *An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*, Nueva York – Viena, 2008, p. 73 (traducción propia), disponible en: http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf [última consulta: 31.8.2015]. Adicionalmente, TROUNG, T.-D., *Poverty, Gender and Human Trafficking in Sub-Saharan Africa: Rethinking Best Practices in Migration Management*, UNESCO, 2006, disponible en: www.unesco.org/shs/humantrafficking [última consulta: 31.8.2015].

³³⁴ <http://sa.au.int/en/content/au-commit-campaign-combating-human-trafficking-2009-2012> [última consulta: 31.8.2015].

³³⁵ Sudáfrica ha sido identificado repetidamente como un importante país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata de seres humanos. Sin embargo, a pesar de ser Parte firmante de la Convención de Palermo y del Protocolo contra la trata desde el año 2000, no ha sido hasta 2013 cuando aprobara su normativa interna. Por su parte, Zambia continúa sin aplicar su legislación, adoptada en 2008, si bien ratificó la Convención y su primer Protocolo en 2005.

(14.7.1993), rompiendo, de *motu proprio*, con esa tendencia a la apatía por tratar las cuestiones de seguridad a nivel regional. Esta Organización ha emprendido una importante labor subregional en la implementación de una política de no proliferación de armas ligeras, a través de una progresiva institucionalización de la cooperación, primero, con la firma de la Declaración de una Moratoria sobre la Importación, Exportación y Fabricación de Armas Ligeras y de Pequeño Calibre por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, en Abuja (31.10.1998), seguido de la aprobación de un Código de Conducta (Lomé, 10.12.1999) y las acciones del Programa para la Coordinación y la Asistencia para la Seguridad y el Desarrollo (1999-2004) para apoyar su implementación; el lanzamiento del Programa de la CEDAO para el Control de las Armas Ligeras (junio de 2006); y la entrada en vigor de la Convención de la CEDEAO sobre Armas Ligeras y de Pequeño Calibre, su Munición y Materiales Relacionados (29.9.2009) ³³⁶. Igualmente, si bien con menores resultados en la práctica, la CEDEAO se ha mostrado activa en la lucha contra la delincuencia organizada ligada al tráfico ilícito de drogas, con la adopción de un Plan de Acción (2008-2011) en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno en Praia en 2008 (Declaración y plan de acción). Otras iniciativas subregionales completan la labor de las Naciones Unidas, ligadas igualmente al desarrollo económico, como los Protocolos a su Tratado fundacional firmados por la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), que refuerzan la cooperación en determinadas cuestiones de especial interés para la región: la lucha contra las drogas ilícitas; el control de las armas de fuego, municiones y otros componentes; y la extradición ³³⁷. Más recientemente, debido a la creciente presencia de este tipo concreto de COT, la CEDEAO y la Comunidad Económica de Estados del África Central (CEEAC) acordaron en junio de 2013 en Yaundé (Camerún) una estrategia regional contra la piratería marítima en el Golfo de Guinea ³³⁸ que vendría a completar los esfuerzos de la Comunidad Internacional —en concreto, de la UE (Capítulo III)—

³³⁶ Vid. AGNEKETHOM, C. P., “Political and institutional dynamics of the control of small arms and light weapons in West Africa”, *Disarmament Forum, The complex dynamics of small arms in West Africa*, Núm. 4, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), 2008, pp. 13-19, disponible en: <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art2833.pdf> [última consulta: 31.8.2015]; COULIBALY, M., “From Moratorium to a Convention on small arms: a change in politics and practices for the 15 member countries of the Economic Community of West African States”, junio de 2008, disponible en: http://www.oxfam.org.uk/resources/downloads/FP2P/FP2P_From_moratorium_ECOWAS_CS_ENGLISH.pdf [última consulta: 31.8.2015].

³³⁷ <http://www.sadc.int/> [última consulta: 31.8.2015].

³³⁸ <http://news.abidjan.net/h/464013.html>, <http://www.grip.org/en/node/924> [última consulta: 31.8.2015].

frente a las costas de Somalia y que confirman que, poco a poco, las autoridades africanas han ido adquiriendo mayores compromisos en la lucha contra el COT, bien voluntariamente, bien obligados por dichas instancias internacionales.

En Asia, por el contrario, son escasas las iniciativas en este sentido. Pese a la existencia de determinados focos de crimen organizado (por ejemplo, el tráfico de drogas en el “Triángulo de Oro”³³⁹ y la piratería marítima en el Estrecho de Malaca³⁴⁰), la actividad preventiva y represora a nivel regional (e, incluso, nacional) resulta bastante limitada³⁴¹. Así, en algunos Estados del continente, como Camboya, Myanmar o Vietnam, “los débiles sistemas de justicia penal y altos niveles de corrupción de la policía” han permitido que determinados grupos hayan expandido sus actividades ilícitas —principalmente, tráfico de drogas y trata de personas—, controladas por grupos criminales foráneos, mientras que otros grupos han “subcontratado” las actividades criminales a bandas callejeras y grupos débilmente estructurados³⁴². Para reforzar los sistemas judiciales y mejorar la cooperación regional e internacional, diversos organismos internacionales han puesto en marcha diferentes proyectos de reforma y refuerzo de las instituciones de aplicación de la ley, como las Naciones Unidas e Interpol. Es de destacar la labor del Centro regional de la ONUDD en Bangkok que, entre otras labores de concienciación, mejora de la gobernanza local y de reforma del sistema judicial, ha desarrollado el programa *Towards AsiaJust* para alentar un *modus operandi* común entre las varias autoridades encargadas de luchar contra el COT en la región y desarrollar una “justicia organizada transnacional”³⁴³, en una región del Planeta poco cooperativa en sus relaciones de vecindad. Esta falta de cooperación se percibe en la escasa relevancia que tiene la lucha contra la criminalidad organizada en el seno de los diferentes foros de colaboración regional, como la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) y el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico

³³⁹ Desde la Criminología, *vid.* ANCEL, H. y RAUFER, X., *Trafics et crimes en Asie du Sud-Est: le Triangle d’Or*, Collection Criminalité Internationale, Presses Universitaires de France, París, 1998.

³⁴⁰ CORDONNIER, I., « La piraterie en Asie du Sud-Est », *loc. cit.* en Nota 17.

³⁴¹ Igualmente limitada es la existencia de análisis rigurosos sobre la criminalidad organizada en el continente asiático. *Vid.*, WARD, R. H. y MABREY, D. J., “Organized crime in Asia”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime...*, *op. cit.* en Nota 6, pp. 387-401.

³⁴² *Ibid.*, p. 398. En el mismo sentido, SANSÓ-RUPERT PASCUAL, D., “Criminalidad organizada transnacional en Asia-Pacífico: repercusiones para la seguridad regional e internacional”, *UNISCI Discussion Papers*, Núm. 26, mayo de 2011, pp. 159-190.

³⁴³ Para mayor información sobre el programa y otros proyectos del Centro regional de la ONUDD en Bangkok, como el *Regional Programme for East Asia and the Pacific (2009-2012)*, *Vid.* www.unodc.org/eastasiasandpacific [última consulta: 31.8.2015].

(APEC), ambos centrados en la lucha contra el terrorismo y la corrupción ³⁴⁴. Posiblemente, la excepción sea la adopción por la ASEAN de dos documentos, la Declaración de la ASEAN sobre el Crimen Transnacional (Manila, 20.12.1997) y la Declaración de Manila sobre la Prevención y el Control del Crimen Transnacional (Manila, 25.3.1998), y la celebración de reuniones ministeriales bianuales sobre el crimen transnacional, aunque sin continuidad de relevancia ni grandes logros, salvando ciertos avances en materia de cooperación operativa, con la creación de la Asociación de Fuerzas de Policía Nacionales de la Región ASEAN (ASEANAPOL), y en el establecimiento de una embrionaria cooperación con la República Popular de China en cuestiones de seguridad no tradicionales ³⁴⁵.

6. Reflexiones finales del Capítulo I

Desde la acuñación del término a principios del siglo XX, el *crimen organizado* ha sido conceptualizado desde diferentes perspectivas y disciplinas. Principalmente gracias a las aportaciones de la Criminología, el COT ha sido teorizado en las últimas décadas sin que ello haya supuesto que la doctrina se ponga de acuerdo en torno a cuáles deberían ser sus principales elementos. Los debates se han centrado esencialmente en el carácter organizado o no del COT; es decir, en averiguar si existe una estructura organizativa detrás de la comisión de las actividades delictivas y, en su caso, de los diferentes elementos que la componen, como el número de miembros, la existencia de una jerarquía, un código secreto, el uso de la violencia o los fines mismos de dicha organización. Es clara, no obstante, la importancia del resurgir del discurso *securitario* en la década de 1990 en la internacionalización del concepto y en que la lucha contra el COT se convirtiera pronto en una prioridad de la Comunidad Internacional. Asimismo, poco a poco se iría perfilando el carácter distintivo de este fenómeno delictivo y desligando de otros crímenes transnacionales, como el terrorismo,

³⁴⁴ www.asean.org; www.apec.org [última consulta: 31.8.2015].

³⁴⁵ Además de convertirse en miembro del Tratado de Amistad y Cooperación en el Sureste Asiático de la ASEAN, esta Organización ha firmado un Memorándum de Entendimiento (MoU) para la Cooperación en cuestiones de seguridad no tradicionales durante el primer encuentro ASEAN Plus China sobre el crimen transnacional (1st AMMTC+China) en Siem Reap, Camboya, el 18 de noviembre de 2009. Para un análisis del papel de la ASEAN en la construcción del regionalismo en Asia del Este, GILSON, J., "Region Building in East Asia: ASEAN Plus Three and Beyond", WELFENS, P. J. *et al.* (eds.), *Integration in Asia and Europe. Historical Dynamics, Political Issues, and Economic Perspectives*, Springer Berlin – Heidelberg, 2006, pp. 217-234.

con una respuesta diferenciada y consensuada a nivel internacional que se ha plasmado en la elaboración de un Derecho transnacional penal de carácter eminentemente preventivo y con tendencia a englobar todos los aspectos del fenómeno delictivo enmarcados tradicionalmente en el —todavía hoy— ambiguo concepto de COT.

A lo largo de este Capítulo, hemos analizado cómo la Convención de Palermo constituye en la actualidad un claro referente del nacimiento de un incipiente Derecho transnacional penal en el que las normativas estatales y regionales se basan para afrontar un fenómeno delictivo que, a diferencia de las jurisdicciones estatales, no conoce fronteras. Su aportación al ámbito de la seguridad internacional es indiscutible no solamente por la obligación de tipificar determinados delitos e identificar los principales elementos del COT, otorgando un marco legal (transnacional) a un concepto eminentemente criminológico, sino porque ha confirmado las bases de una nueva forma de actuar en el terreno de la cooperación policial y judicial internacional claramente proactiva, encaminada a prevenir la comisión de actividades delictivas a través de la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción, al mismo tiempo que ha intentado aunar en un único instrumento diferentes tradiciones jurídicas. Si bien ya con la Convención de 1988 contra el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas se establecieron las líneas directrices para cambiar el papel del Derecho en la investigación y represión del COT, la Convención de Palermo aporta varias novedades que han de ser incorporadas al panorama penal nacional y que confirmarán este cambio de tendencia, en particular en cuanto a la conducción de las investigaciones, la puesta en marcha de mecanismos especiales de confiscación de bienes y de recuperación de productos del delito, la tipificación de determinados delitos ligados al COT, la protección de testigos y “arrepentidos” o, sin duda el aspecto más importante de este cambio en el paradigma del Derecho, la tipificación de la participación en organización delictiva en sus distintos grados de autoría (coautoría, concierto, dirección, instigación, colaboración necesaria, etc.), una cuestión que todavía en la actualidad constituye un desafío para el Derecho penal moderno y está sujeto a numerosas interrogantes en cuanto a la salvaguarda de determinadas garantías procesales forjadas a lo largo de varios siglos de constitucionalismo.

A pesar de las novedades y de la aportación que realiza a la transnacionalización del Derecho penal, la propia flexibilidad de esta Convención-marco, no obstante,

representa una de sus principales limitaciones, reforzando la idea de que es un instrumento más al servicio de la política de seguridad de “excepción” de los Estados impulsores (principalmente, occidentales) y no un útil de lucha contra el COT de manera integral, pues el carácter preventivo de la lucha contra el COT todavía sigue recibiendo una atención marginal. Esta debilidad de la Convención se debe a la apertura de algunas de sus disposiciones, especialmente aquellas relacionadas con el carácter grave y transnacional de las actividades delictivas del COT, el número de miembros del grupo delictivo organizado, el establecimiento de la jurisdicción obligatoria para conocer de los delitos o la escasa atención que se presta a las víctimas, asimiladas en la práctica al estatuto otorgado a los testigos. Además, la Convención no dispone de un mecanismo de monitorización del estado de implementación de sus principales disposiciones en los ordenamientos de los Estados Parte, por lo que la mera ratificación de la Convención —y, en su caso, los Protocolos— no implican *per se* la adecuación de la legislación estatal a las líneas directrices marcadas por la misma. Esfuerzos posteriores han intentado, sin éxito, colmar este vacío con la instauración de un comité de pares encargado de revisar la implementación de la Convención y, tras más de una década de su firma en Palermo, todavía se desconoce el alcance real que ha tenido su adopción en la lucha contra el COT aparte de establecer la obligatoriedad de tipificar determinados delitos y la instauración de un umbral de penas mínimo.

Por su parte, en el marco de varios OORR, particularmente Europa, los Estados han desarrollado este Derecho penal transnacional con la rúbrica de acuerdos que han incidido en la prevención y represión de determinados delitos relacionados con el COT de especial relevancia regional. Tal ha sido la labor del CoE, la CEDEAO o la UA, OORR que han completado la Convención de Palermo en relación a determinadas actividades delictivas del COT con especial repercusión regional, como los tráfico ilícitos de sustancias sicotrópicas, migrantes y armas o la ciberdelincuencia. Sin duda, la labor de desarrollo del Derecho penal transnacional por parte de estos OORR resulta imprescindible para comprender la respuesta internacional en la lucha contra el COT y por la que merecerían un estudio más pormenorizado por parte de la doctrina. No obstante, es el trabajo realizado por la UE el más llamativo desde el punto de vista del alcance de la transformación del Derecho penal en elemento de la política de seguridad de los Estados, rompiendo el carácter excepcional del recurso al Derecho penal como

elemento de intervención en la realidad social y promoviendo la adopción de medidas restrictivas con carácter preventivo, elementos que la Convención de Palermo apunta y que la UE se ha encargado de desarrollar y profundizar. Es de destacar que, el argumento esgrimido en contra de la ambigüedad de los términos empleados, lejos de ser refutado, será copiado y desarrollado en el seno de la UE, aportando elementos nuevos en el renovado papel que ejerce el Derecho penal en la política de seguridad ante el COT y, a diferencia de otros OORR, convirtiéndose en instrumento más al servicio de su acción exterior en el marco de su creciente discurso normativo. En consecuencia, la labor de la Unión va más allá de la realizada en el seno de otros OORR y de la propia ONU tanto desde el punto de vista de la transformación sufrida por el Derecho penal — convertido ahora en útil de la política de seguridad de los Estados—, como por el alcance material y territorial de los instrumentos creados por la UE, más integradores en determinados aspectos apuntados por la Convención de Palermo y los tratados regionales y sujetos a externalización en sus relaciones con terceros Estados.

CAPÍTULO II

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

Entre urgencia de actuación y ausencia de política criminal “común”: el Derecho penal como respuesta

La *desterritorialización* de las actividades delictivas en pleno proceso de globalización económica e integración comunitaria ha sido la principal razón esgrimida por la Unión Europea (UE) para intervenir en un ámbito tan sensible para las soberanías estatales como la cooperación en materia de seguridad. Sirviéndose de un discurso oficial eminentemente “securitario”, las instituciones y agencias de la UE han instaurado en las últimas décadas un modelo multinivel destinado a gestionar, de manera conjunta, los riesgos y amenazas a la seguridad común de los Estados miembros (EEMM) y de sus ciudadanos y, en consecuencia, al *orden público europeo* (*vid. infra*, epígrafe primero). En este sentido, sobre la base de una teoría de la inseguridad¹ neofuncionalista, claramente presente en el discurso de las instituciones y demás actores estatales y europeos, las competencias de la Unión se han visto incrementadas a lo largo de las dos últimas décadas en materia de mantenimiento de la seguridad interior —si bien todavía sin capacidades operativas—, argumentando la necesidad de una mayor integración como la única opción válida para asegurar la protección del *orden público europeo* frente a estas amenazas transnacionales. En la construcción de esta respuesta común, la lucha contra el crimen organizado transnacional (COT) ha tenido una

¹ El precursor de esta teoría de las Relaciones Internacionales, fundada en el uso por parte de las instituciones estatales del “miedo al extranjero”, es Harold Lasswell. LASSWELL, H., *World Politics and Personal Insecurity*, Whittlesey House, McGraw-Hill, Nueva York, 1935. En este sentido, una obra más actual con referencias a la UE: BIGO, D., “Globalized (In)Security: The field and the Ban-Opticon”, BIGO, D. y TSOUKALA, A. (Eds.), *Terror, Insecurity and Liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, Routledge, 2008, pp. 10-48.

En ausencia de especificación, puede encontrar las referencias a las teorías de las Relaciones Internacionales utilizadas en el presente Capítulo en TELO, M., *Relations internationales. Une perspective européenne*, 2ª Edición revisada y aumentada, Institut d’Études européennes, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2010.

relevancia considerable en la agenda europea, pues ha sido el principal incentivo de la integración en materia de seguridad en la UE durante la década de 1990 y constituye en la actualidad una de las amenazas que impulsan en mayor medida el desarrollo normativo e institucional en este ámbito, a pesar de no contar con una política criminal “común” coherente en la que enmarcar esta intervención comunitaria ².

Este modelo multinivel de gestión de la seguridad interna o *arquitectura de seguridad interior* —convertido desde el comienzo en eje vertebrador del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ)—, se articula en torno a tres grandes áreas interconectadas: *i*) el marco jurídico común, elemento esencial de la respuesta de la UE y germen de un ingente e incipiente *Derecho europeo penal* ³ (*vid. infra*, epígrafes tercero y cuarto); *ii*) el establecimiento de normas relativas al intercambio de información e inteligencia como elemento de prevención y represión de los delitos cometidos por los grupos criminales (epígrafes quinto y sexto); y *iii*) la intervención de los actores europeos, promotores de una gestión supranacional de los riesgos y de la confianza mutua entre las autoridades nacionales competentes (epígrafe segundo). Es precisamente en esta combinación de instrumentos donde reside la originalidad del modelo europeo de prevención y represión del COT respecto del marco adoptado en el seno de las Naciones Unidas y otras Organizaciones de cooperación regionales, además de por el considerable desarrollo de un Derecho penal transnacional propio, integrado y eminentemente *securitizado*, que va más allá de las cuestiones planteadas por la

² Solamente en 2011 la Comisión Europea presentaría en una Comunicación las bases para el debate acerca de la conveniencia de instaurar una política criminal en la UE coherente y fundada, en la que enmarcar el Derecho penal adoptado en los últimos años para afrontar los desafíos a la seguridad europea. Sin embargo, en nada puede considerarse un debate completo en todos los aspectos que debieran entrar a formar parte de una política criminal en sentido estricto, pues, si bien identifica los principios que han de guiarla (subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad), aborda superficialmente el problema de la adecuada protección de los derechos procesales y no tiene en cuenta la necesidad de afrontar los desafíos a la seguridad desde otros puntos de vista que no impliquen el recurso al Derecho penal como plantea. Asimismo, evita tratar la cuestión de los riesgos que afectan al orden público europeo y cómo identificarlos sin recurrir a legislar por presión social o de ciertos colectivos, como ha sucedido en muchos países de nuestro entorno y veremos en las líneas que siguen en lo que atañe a la lucha contra el COT.

Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal*, COM (2011) 573 final, Bruselas, 20.9.2011.

³ KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, IUS Communitatis Series, Vol. 2, Intersentia, Amberes, 2009; FLORE, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d’une justice pénale européenne*, Éditions Larcier, Bruselas, 2009 ; MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2009; PEERS, S., “EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon”, *European Law Review*, Vol. 33, 2008, pp. 507-529.

Convención de Palermo en aspectos clave como las medidas preventivas y *de excepción*. No obstante, lejos de quedarse en lo puramente interno, esa teoría de la inseguridad que le ha llevado a establecer y desarrollar la política “común” contra el COT ha impulsado a la UE, al mismo tiempo, a reforzar “sus” fronteras con terceros Estados (epígrafe sexto) y a actuar en el exterior para afianzarla frente a amenazas identificadas esencialmente por los diferentes actores como “externas” a dicho orden. Es, precisamente, esa conceptualización de la amenaza como algo esencialmente “externo” al *orden público europeo*, junto a la necesidad de actuar con carácter urgente para atajar el riesgo que plantean los grupos delictivos organizados, la base y fundamento sobre el que se desarrolla la política (“común”) de lucha contra el COT y sobre la que se vertebra la actuación exterior de la Unión, objeto de análisis en el Capítulo III.

1. La lucha contra el crimen organizado como elemento de la estrategia de seguridad de la Unión Europea. Los antecedentes

Europa tiene que afrontar nuevas amenazas, más diversas, menos visibles y menos previsibles. [...] Contrariamente a la situación de amenaza abrumadora y evidente de la época de la guerra fría, ninguna de las nuevas amenazas es meramente militar, ni puede atajarse únicamente con medios militares. Cada una de ellas requiere una combinación de instrumentos.⁴

Ante este escenario de seguridad, planteado por primera vez de manera global en la Estrategia Europea de Seguridad (EES, 2003), los EEMM decidieron profundizar la integración europea con el fin de afrontar las nuevas amenazas y riesgos a la seguridad internacional con un enfoque multidimensional e integrador de las diferentes políticas y medios a disposición de la Unión. En este contexto, el COT será considerado una de las principales amenazas a la seguridad y el *orden público* europeos desde principios de la década de 1990, en línea con las tendencias observadas a nivel internacional — principalmente, en el seno de Naciones Unidas— que apuntan al factor destabilizador de las actividades delictivas cometidas por estos grupos organizados para con el desarrollo económico y el orden sociopolítico de los EEMM y, en consecuencia,

⁴ CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor. Estrategia europea de seguridad*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, pp. 4 y 8.

indirectamente para los logros sobre los que se fundamenta la propia construcción europea. La respuesta de la UE ha consistido, como veremos en este epígrafe, en *européizar* las amenazas y riesgos e identificar los instrumentos necesarios para afrontarlos en común en un intento por poner fin a las tradicionales reticencias de los EEMM a cooperar en un terreno tan íntimamente ligado a la soberanía estatal como el orden y la seguridad públicos, todavía reservado a los poderes nacionales.

1. “Seguridad interior”, “orden público” y “espacio”. ¿Sentando las bases de un homeland security europeo por oposición al “enemigo exterior”?

La reconceptualización de la seguridad tras el final de la Guerra Fría ⁵, con la identificación de amenazas y riesgos *desterritorializados* o globales como punto de partida, ha tenido un importante impacto en el ejercicio de las funciones tradicionales del Estado, especialmente en cuanto a la función primordial de proporcionar seguridad a sus ciudadanos. En particular, la tradicional concepción del *orden público* ha sufrido importantes limitaciones funcionales y redefiniciones conceptuales no solamente por la naturaleza desestabilizadora de las amenazas a la seguridad estatal y, por extensión, al orden sociopolítico y jurídico preestablecido; sino también por el alcance de la respuesta ofrecida desde las diferentes instituciones estatales, abogando cada vez más por una mayor cooperación internacional en los ámbitos del Estado de Derecho (*rule of law*) e, indirectamente, del mantenimiento del orden público, lo que redundará, a su vez, en una gradual cesión de la soberanía estatal a favor de instancias internacionales o supranacionales. Especialmente en el campo de la integración comunitaria ⁶, observamos la progresiva erosión del papel del Estado también en el terreno de la *seguridad pública* (interior y exterior) ⁷ y, en general, del orden público estatal ⁸. De

⁵ Vid., para un análisis de las “nuevas” amenazas a la seguridad, KALDOR, M., *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Editorial Tusquets, Barcelona, 2001.

⁶ Por razones de simplificación del lenguaje y dadas las novedades introducidas tras el Tratado de Lisboa en este ámbito, nos referiremos, con carácter general, a “integración comunitaria” para resaltar sus características semi-supranacionales, a pesar de la confirmación, por medio de las sucesivas reformas de los Tratados, de la especificidad de las materias abordadas.

⁷ “[...] el concepto de seguridad pública, en el sentido del artículo 36 del Tratado, se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior”. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de octubre de 1991, en el asunto C-367/89, *Aimé Richardt*, Rec. 1991, I-4621, párrafo 22.

⁸ “Existe [...] entre la construcción europea y el “orden público nacional” una relación que hace pensar en el principio de los vasos comunicantes: cuanto más avanza la construcción, en menor medida puede el orden público ser concebido en el simple nivel estatal”. JULIEN-LAFERRIÈRE, F., “Préface”, NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d’ordre*

esta forma, si bien el Tratado de Lisboa ⁹ ratifica el ámbito de la salvaguarda de la *seguridad nacional* (o “interior”) y el mantenimiento del orden público como una responsabilidad directa de los EEMM ¹⁰, las últimas iniciativas en el seno de la UE nos permiten vislumbrar el germen de un *orden público europeo de la seguridad interior* (a falta de un “orden público europeo” equilibrado en sus diferentes elementos ¹¹), manifiesto especialmente en lo que a su dimensión económica comunitaria se refiere ¹²,

public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne, Bruylant, Bruselas, 2006, p. xiii (traducción propia).

⁹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial C 83*, de 30 de marzo de 2010, pp. 1-403.

¹⁰ Responsabilidad exclusiva en el caso del mantenimiento de la seguridad nacional. Artículos 4, § 2 del Tratado de la UE (TUE) y 72 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

¹¹ “Podríamos proceder formalmente a definir el Orden Público como aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna. En este sentido, el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas constituye el componente esencial del Orden Público. No es desde luego descabellado concebirlo como el primer derecho social, necesario y previo para el desarrollo del resto y de todos los derechos y libertades en general. [...] No sería correcto identificar de forma exacta el Orden Público con el orden jurídico, pero es claramente comprensible tiene su fundamento en el orden jurídico en general, y en la Constitución en particular.” [MONTALVO ABIOL, J. C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 22, 2010, p. 220]. Por lo tanto, el orden público tiene una doble vertiente: por un lado, un componente positivo de principios y valores metajurídicos, así como de libertades y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico para todos los ciudadanos; y, por otro lado, un componente coercitivo, que impone límites a las libertades y derechos de determinados sujetos y que son necesarios para garantizar el equilibrio social evitando daños, riesgos o calamidades o para sancionar *a posteriori* por comportamientos u omisiones dolosas contrarios a dichos valores y principios superiores. Estos límites, además, han de estar recogidos en las normas y ser objeto de una interpretación restrictiva por parte de los poderes públicos.

Especialmente en los últimos años, con el establecimiento y desarrollo de la arquitectura de seguridad interior, el enfoque que ha seguido la UE resulta, no obstante, más inclinado a considerar el orden público como un límite al disfrute de dichas libertades individuales, más propio del Derecho penal que del constitucionalismo europeo recogido en los Tratados fundacionales y en el que se ha basado la integración comunitaria. En concreto, se ha ceñido el alcance del orden público europeo al concepto de seguridad pública o ciudadana, no necesariamente sinónimos como se opina desde el Derecho administrativo (PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). La seguridad pública sería un elemento del orden público, garante en último término del equilibrio social en caso de ruptura, imponiendo, por ejemplo, medidas o penas privativas de libertad o de expulsión del territorio del Estado. Sin embargo, el concepto de orden público abarca, además, un componente metajurídico de aplicación a una realidad socio-política concreta, en la que encontramos derechos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Precisamente como contrapunto a esta visión limitativa del concepto de orden público, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha impuesto una aplicación restrictiva de la expulsión de un nacional de un Estado miembro o un tercero atendiendo a razones de orden público o seguridad pública. Así, “[...] la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad [...]”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 10 de julio de 2008, Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contra Gheorghe Jipa, Asunto C-33/07, *Recopilación de Jurisprudencia*, 2008, p. I-05157, apartado 23.

¹² KARYDIS, G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable », *Revue Trimestrielle de Droit européen*, Vol. 38, Núm. 1, enero – marzo de 2002, pp. 1-26. En

pero claramente limitado en otros aspectos ¹³. Este hecho ha ocasionado una (ligera) modificación de los planteamientos de seguridad, tradicionalmente centrados en el Estado, en beneficio de un papel más activo para con la Unión en este ámbito y, en consecuencia, de una relativa limitación de las soberanías nacionales de los EEMM a favor de un orden supranacional europeo que está aún por terminar de consolidarse y desarrollar su pleno potencial. Así pues, la naturaleza eminentemente transfronteriza del COT y la creciente respuesta consensuada a nivel de la UE han sido factores determinantes en este cambio conceptual y funcional del orden público estatal, cuya configuración final está todavía por producirse en la era post-Lisboa.

En efecto, los esfuerzos realizados en las últimas décadas en la integración comunitaria para afrontar conjuntamente las amenazas y riesgos comunes han modificado el ejercicio de las potestades coercitivas del Estado hasta la progresiva configuración de un *espacio* —por oposición al tradicional término *territorio* ¹⁴, todavía ligado al Estado westfaliano—, tutelado por una arquitectura multinivel de gestión de la seguridad en el seno de la UE destinada a mantener y garantizar el *orden público europeo*. Así, la acción de la Unión en la instauración de este “orden público europeo” ha seguido una lógica propia, consecuencia directa de la atribución competencial que limita su actividad como ente supranacional, si bien con ciertas similitudes con el

el mismo sentido, CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 15-72.

Para un análisis del concepto en sus diferentes vertientes, así como en relación a la construcción de un concepto de *orden público de la UE*, vid. CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, Países Bajos, 2012.

¹³ Como señalan Ramses Wessel, Luisa Marin y Claudio Matera, “el mandato de la UE para ofrecer a sus ciudadanos un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el cual el orden público esté garantizado, posee tres características. En primer lugar, está limitado a determinados aspectos específicos de la construcción del orden público, es decir aquellos identificados por el artículo 67 TFUE. En segundo lugar, solamente se entiende en relación a las cuestiones transfronterizas. [...] Finalmente, el mandato no cubre su imposición [...]”. WESSEL, R. A., MARIN, L. y MATERA, C., “The external dimension of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice”, ECKES, C. y KONSTADINIDES, T. (Eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge University Press, 2011, p. 275 (traducción propia).

¹⁴ En el ámbito de la cooperación judicial también se ha empleado el término *espacio* para romper con la tradicional conceptualización de la jurisdicción estatal ligada al territorio. Así, Jacqueline Montain-Domenah afirma: “El espacio justifica que la acción de soberanía penal no puede estar más tiempo circunscrita a las fronteras nacionales, sino que debe englobar un reparto de la acción entre los Estados miembros y la Unión Europea. La noción de espacio preserva la funcionalidad de los territorios penales ofreciendo al mismo tiempo una apertura hacia la construcción de soluciones supranacionales en el ámbito represivo. Esta perspectiva [...] ofrece [...] una referencia pertinente para analizar los fenómenos delictivos de naturaleza transfronteriza o de criminalidad organizada. Constituye, asimismo, una forma de adaptación de los modos represivos a la realidad delictiva que ignora las fronteras.”. MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l'espace judiciaire pénal européen : un nouveau modèle juridique ? », *Cultures & Conflits*, Núm. 62, primavera de 2006, pp. 154-155.

razonamiento seguido tradicionalmente por los Estados para justificar la ostentación del monopolio de la fuerza: el *enemigo exterior*, en ocasiones, por elusión al debate sobre el *nosotros* o *ethos europeo* ¹⁵.

En primer lugar, la UE ha identificado unas amenazas comunes ¹⁶ que afectan a la seguridad de dicho “espacio”, con un marcado componente externo en su conceptualización, para pasar, a continuación, a determinar los valores generales a proteger; unos valores, sin duda, presentes en el debate acerca del *espacio constitucional europeo* ¹⁷ y recogidos someramente en el artículo 2 del Tratado de la UE (TUE). En una etapa posterior, en consecuencia, la Unión ha establecido una arquitectura multinivel de la seguridad *interior* para proteger dicho “espacio” de las denominadas “nuevas amenazas”, articulándola en torno a unos principios básicos y unas normas comunes y apoyándose esencialmente en el Derecho penal — *transnacional* (o, si se prefiere, supranacional) reforzado o integrado ¹⁸—, sin que su

¹⁵ “El proceso de integración europea está envuelto en el desarrollo de, y batalla contra, la representación de la migración como un peligro cultural. Tres temas son centrales. El primero es la importancia cultural del control fronterizo y la limitación de la libertad de movimiento. El segundo es la cuestión de la integración o asimilación de los migrantes en las sociedades de acogida de los Estados miembros. El tercero es la relación entre la integración europea y el desarrollo de sociedades multiculturales”. HUYSMANS, J., “The European Union and the Securitization of Migration”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, Núm.5, diciembre de 2000, p. 763 (traducción propia).

Entre los politólogos y sociólogos más destacados en la elaboración de la teoría del *enemigo*, vid. CLAUSEWITZ, C. von, *On War* (traducción de Coronel J. J. Graham), 1874, disponible en: www.gutenberg.org [última visita: 31.12.2012]; SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

¹⁶ Es de destacar, como señala Denis Duez, el paso de la teorización del peligro en el discurso político de las teorías del *enemigo* de Clausewitz y Schmitt al de *amenazas*, un “riesgo polimórfico” ligado a las teorías del enemigo y defendido principalmente por Samuel P. Huntington, entre otros, con un gran eco en la internacionalización del concepto de *crimen organizado* en la década de 1990 y la transnacionalización de las amenazas.

Para este autor, “[...] el riesgo se *gestiona*. La amenaza es el instrumento de una vectorización del peligro. Permite darle un rostro tanto a un enemigo en el sentido tradicional del término como un peligro indistinto que no resultaría de una estrategia humana consciente y racional. La lógica, pues, no es la eliminación de la amenaza sino más bien la securitización: la amenaza debe ser controlada o reducida”. DUEZ, D., *L’Union européenne et l’immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Institut d’Études européennes – Université libre de Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, Bruselas, 2008, p. 53 (traducción propia); para un análisis general de este cambio de la terminología en el discurso político, pp. 40 y ss.

¹⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A. del, “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 1, Núm. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, julio-diciembre de 1997, pp. 329-376.

¹⁸ “A partir del momento en el que se declara que la Unión Europea es un espacio único, se plantea necesariamente la cuestión del derecho que se aplica a dicho espacio. [...] La constitución de un espacio único con un grado elevado de seguridad reclama imperativamente la aproximación de los componentes de este espacio. [...] Es por ello que el tratado de Ámsterdam es un tratado mayor incluso si

función, no obstante, se reduzca puramente al ámbito represivo. La creación del ELSJ¹⁹, cuyo eje vertebrador ha sido a lo largo de su establecimiento la arquitectura de seguridad interior, ha estado marcada por la puesta en común a nivel de la Unión de los instrumentos considerados necesarios para afrontar las amenazas a la seguridad del orden público de este espacio europeo y de los propios fundamentos sobre los que la UE se asienta, de entre las cuales destaca, por su posición en la agenda europea durante la década de 1990, el COT. De esta forma, como afirman los Profs. Mitsilegas, Monar y Rees:

El crimen organizado transnacional y la inmigración ilegal han proporcionado la base lógica para construir una Europa de la seguridad interior. La UE ha desarrollado este régimen de gobernanza a través de medidas de seguridad reforzadas en las fronteras exteriores y la imposición de un amplio catálogo de medidas de orden público sobre los ciudadanos. Así, la UE ha desafiado las tradicionales funciones de los Estados soberanos y ha ejercido un impacto directo, en nombre de una seguridad compartida, sobre los conceptos nacionales de justicia, imperio de la ley y protección de los Derechos humanos.²⁰

En este discurso oficial de la *amenaza*, caracterizado por un *continuum securitario* presente ya en la década de 1970²¹, las instituciones y actores del ELSJ han construido una dialéctica entre lo *interno* (los valores a proteger del orden público europeo, la seguridad pública) y lo *externo* (la amenaza) que ha marcado

la división indispensable al acuerdo final perjudica su eficacia y la indeterminación del concepto de seguridad interior demora”. LABAYLE, H., « Le concept de sécurité dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice », FLAESCH-MOUGIN, C. (Dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Rencontres européennes, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 87-88 (traducción propia).

Una “lógica espacial” que se puede igualmente deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en algunos de los asuntos clave relativos al ELSJ. *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, en los asuntos *Gözütok* (C-187/01) y *Brügge* (C-385/01).

¹⁹ Artículos 3, § 2 TUE, 4 TFUE y Título V TFUE (artículos 67 a 87 TFUE). *Vid.*, para un análisis en profundidad del progresivo establecimiento y funcionamiento del ELSJ tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pp. 87-120.

²⁰ MITSILEGAS, V., MONAR, J. y REES, W., *The European Union and Internal Security. Guardian of the People?*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, Hampshire, 2003, p. 3.

²¹ “El continuum securitario emergió, en primer lugar, de la cooperación profesional y política en el área de la seguridad interior en Europa. En el contexto de los “clubes” casi-formales e informales sobre terrorismo y drogas [...] las negociaciones de Schengen y el proyecto de 1992 abonaron el terreno a una red de profesionales de la seguridad. Éstos produjeron y distribuyeron conocimiento sobre la seguridad interior que articulaba un continuo entre fronteras, terrorismo, crimen y migración. Su conocimiento tiene la capacidad de definir las cuestiones de seguridad”. HUYSMANS, J., “The European Union and the Securitization of Migration”, *loc. cit.* en Nota 15, p. 761 (traducción propia).

considerablemente el desarrollo de la pretendida política “común” de lucha contra el COT y, de manera general, el establecimiento de la arquitectura de seguridad interior de la UE. La proliferación de *documentos estratégicos* en las dos últimas décadas, en particular relacionados con determinados aspectos ligados al crimen organizado, ahonda en esa dialéctica *interno-externo* en la que la amenaza exterior afecta, según el discurso oficial mantenido por instituciones y actores, no solamente a la protección de la seguridad de la Unión, sino que pone en peligro los fundamentos de Estado de Derecho y las propias libertades civiles de los europeos; unos derechos y libertades fundamentales que, como iremos analizando en el presente Capítulo, se convierten al mismo tiempo en prisioneros de la lucha contra las amenazas al orden público europeo²². Y todo ello, sin definir el contenido y alcance de muchos de los términos empleados (*espacio, orden público europeo, arquitectura de seguridad interior, amenaza, crimen organizado y/o serio, etc.*).

En consecuencia, es necesario afirmar que todavía no se ha producido el verdadero salto cualitativo a nivel de la Unión para que podamos hablar de un auténtico “orden público europeo”. Esto es así, especialmente, porque se ha primado su dimensión securitaria frente al aspecto *ciudadanía*, cuyo máximo exponente es la libertad de circulación dentro de este espacio europeo²³. En su configuración, la UE solamente se ha preocupado de instaurar un orden público europeo de la seguridad interior, más directamente implicado en la concepción del orden público como límite al disfrute de las libertades comunitarias, propia del Derecho penal, o como sinónimo de *seguridad pública*, defendida especialmente en el Derecho administrativo de policía. En ocasiones, la UE ha impuesto unos límites, recogidos en los propios Tratados

²² “Los órganos europeos ven el COT como un riesgo no solamente al orden público, sino también al fundamento mismo de la democracia. Se argumenta que el crimen organizado constituye un riesgo específico a los principios fundamentales del imperio de la ley, la independencia de la justicia y la imparcialidad de la administración. Por lo tanto, las medidas específicas adoptadas para combatir el crimen organizado y las medidas restrictivas impuestas en las libertades y derechos civiles se representan como medidas para defender la democracia y el imperio de la ley, por ejemplo las medidas para la protección de los ciudadanos. Esto explica por qué la referencia al crimen organizado tiende a legitimar todas las pesadas medidas hasta la fecha”. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, E., “Towards a New Definition of Organized Crime in the EU”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 15, Núm. 1, Leiden, 2007, pp. 91-92 (traducción propia).

²³ Para Chevallier-Govers, la libertad de circulación de personas es “uno de los elementos de la ciudadanía europea”. CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière...*, *op. cit.* en Nota 12, p. 31. Sobre el papel de la ciudadanía en la construcción europea, *vid.* LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 32, 2013, pp. 357-372.

fundacionales ²⁴, que ha restringido el ejercicio de determinadas libertades en pro del mantenimiento de la seguridad y del orden públicos europeos con la lucha contra el COT como *leitmotiv*. Por ello, aunque pudiera afirmarse que el objetivo último de los redactores de los tratados en cuanto al ELSJ es que su instauración trajera consigo la creación de un “orden público europeo” o que la concepción común del orden público sea “el denominador común que asegure la interconexión equilibrada de la libertad, la seguridad y la justicia” ²⁵, la realidad ha sido bien distinta, pues el mantenimiento de la seguridad interior ha primado sobre el desarrollo armonioso del ELSJ. Por otra parte, es evidente que, en los actuales términos, ni los Tratados en vigor ni el discurso oficial han optado por promover un debate en profundidad en torno a la cuestión de qué valores o finalidades concretos ha de perseguir la Unión en la promoción del orden público europeo y de la *seguridad interior* de este espacio común más allá de los principios generales sobre los que se funda la integración comunitaria —recogidos someramente en el artículo 2 TUE—, ni a qué ámbitos o materias hemos de considerar que ésta se aplica. Posiblemente, la excepción a esta falta de debate haya sido la aprobación de la Estrategia de Seguridad Interior (ESI), por incompleta, insuficiente o superficial que ésta sea (*vid. infra*, apartado segundo), al sentar las bases de una conceptualización común del orden público europeo y, en particular, de la seguridad interior.

En efecto, si bien durante las últimas dos décadas la arquitectura de seguridad interior ha evolucionado hasta considerarse un modelo de gestión multinivel de las amenazas relativamente funcional, no es menos cierto que la definición de su objeto — qué hemos de entender por *seguridad interior de la Unión*— ha estado ausente del discurso oficial en todo este tiempo. Esta “paradoja” ²⁶ ha marcado el desarrollo de una arquitectura de seguridad interior caracterizada por una actitud reactiva frente a los sucesivos acontecimientos traumáticos que han conmocionado a la Comunidad Internacional, entre los cuales destacan por su importancia para el transcurso de las

²⁴ Actualmente recogidos en el Título IV, *Libre circulación de personas, servicios y capitales*, en particular artículos 45 y 52 TFUE.

²⁵ KARYDIS, G., « L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire... », *loc. cit.* en Nota 12, p. 21.

Para Jacqueline Montain-Domenah también existe un claro desequilibrio entre los tres conceptos, argumentando que, actualmente, en los términos en los que se ha desarrollado el ELSJ se aprecian no uno sino tres espacios concéntricos, entrelazados. MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l’espace judiciaire pénal européen ... », *loc. cit.* en Nota 14.

²⁶ LABAYLE, H., « Le concept de sécurité dans l’espace de liberté... », *loc. cit.* en Nota 18, p. 80.

relaciones internacionales los ataques terroristas contra los Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001, e influida considerablemente por la sesgada política exterior neoconservadora de la Administración Bush. A estos acontecimientos relacionados con el auge del terrorismo internacional se le han venido a sumar las consecuencias negativas de determinadas actividades delictivas ligadas al COT observadas por las principales instancias internacionales desde finales de la década de 1980 e identificadas en las últimas décadas en toda una serie de documentos internacionales y europeos que han puesto de relieve el lado negativo de la globalización y las debilidades de la respuesta puramente estatal ante estos “nuevos” fenómenos criminales. Por ello, si bien en un primer momento no fue la principal impulsora de la lucha contra el COT a nivel internacional —como demostró su tímido papel en la negociación de la Convención de Palermo—, gradualmente, la UE se ha hecho eco a nivel interno del discurso securitario estadounidense promovido desde finales de los años 80, especialmente, en su particular “guerra contra las drogas”²⁷. De esta forma, la Unión ha ido configurando progresivamente una compleja e inacabada arquitectura de seguridad interior, producto de una “elaboración por etapas”²⁸ que todavía hoy se encuentra en proceso redefinición y que está destinada a atajar dichas amenazas, ligadas a los grupos delictivos organizados, por medio de una política “común” de lucha contra el COT específica, relativamente coherente a nivel interno y con una proyección exterior ciertamente criticable en determinados aspectos (Capítulo III). Como tal, y a pesar de la introducción en la integración comunitaria de determinados conceptos —como el de *espacio*— que “[compensarían] las debilidades de la teoría del funcionalismo”²⁹ en su perfeccionamiento, lo cierto es que el debate acerca del “orden público europeo” y la “seguridad interior de la Unión” destaca precisamente por su ausencia y, en las contadas

²⁷ AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., “Conclusiones. Legados de la Doctrina Reagan y perspectivas con Bush”, AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., *Guerras de baja intensidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1989, pp. 253-270; BEARE, M., *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, University of Toronto Press, Toronto, 2003; FELSEN, D.; KALAITZIDIS, A., “A Historical Overview of Transnational Crime”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 2005, pp. 3-19; SABBAGH, D., « La politique américaine de lutte contre la drogue et l’Amérique latine : émergence d’un enjeu et évolution des stratégies », *Relations internationales et stratégiques*, Institut de Relations internationales et stratégiques, Núm. 23, París, otoño de 1996, pp. 57-65.

²⁸ LOBKOWICZ, W. de, *L’Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes*, La Documentation française, París, 2002.

²⁹ LABAYLE, H., « Le concept de sécurité dans l’espace de liberté... », *loc. cit* en Nota 18, p. 87 (traducción propia).

ocasiones en las que aparecen ambos términos, por su calculada ambigüedad, fruto de las persistentes diferencias conceptuales en cuanto a su contenido y alcance. Sea como fuere, el debate sobre el objeto de la arquitectura de seguridad interior y los extremos que habría de cubrir esta pretendida política “común” de lucha contra el COT no es el único obstáculo que ha de solventarse para la instauración de un “orden público europeo de la seguridad interior” o un *homeland security* a nivel de la UE; además:

[...] la persistencia de las fronteras jurídicas, el mantenimiento del esquema intergubernamental para la adopción de los actos normativos en materia penal y el déficit del control jurisdiccional constituyen los mayores obstáculos para la creación de un verdadero orden público europeo de seguridad, condición, *sine qua non*, para la edificación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Para superar estos obstáculos, se precisa un salto cualitativo de la cooperación interestatal actual a la integración supra-estatal.³⁰

A pesar de las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, entre las cuales figura la mejora de la adopción de los actos normativos y la (¿completa?) “comunitarización” del ELSJ, todavía quedan cuestiones por resolver en el adecuado funcionamiento de la arquitectura de seguridad interior que, como tendremos oportunidad de analizar en el presente Capítulo, afectan a su eficacia, su transparencia y, en definitiva, a su legitimidad, perjudicando igualmente a la supuesta política “común” de lucha contra el COT. De este modo, como mantienen algunos autores, la creación de un espacio de seguridad conferiría un contenido esencial al concepto *ciudadanía*³¹, consagrado en los Tratados desde Maastricht pero postergado en el visiblemente desequilibrado desarrollo de las tres dimensiones del ELSJ³², lo que ha originado que el orden público europeo se vea reducido meramente a su dimensión securitaria y obvie otras, como la construcción de un *ethos* europeo. Esta opción legislativa e institucional ha repercutido, a su vez, en la concepción de la inmigración como un elemento más de la política de seguridad de la UE, pues en esa dialéctica *interno-externo* el aumento del control de la gestión de las fronteras exteriores y de quienes acceden al espacio europeo ha adquirido un protagonismo muy criticado por su oportunismo y eficacia real en la

³⁰ KARYDIS, G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire... », *loc. cit.* en Nota 12, p. 26 (traducción propia).

³¹ *Ibid.*, p. 26. En el mismo sentido, BARROT, J., « Justice, Liberté, Sécurité, fondements de la citoyenneté européenne », *Revue française d'administration publique*, Núm. 129, 2009, pp. 5-8

³² *Vid.* Nota 25.

lucha contra el COT y otras “amenazas externas” al orden público europeo, entre las que la Unión ha incluido la inmigración ilegal. No obstante, estamos ante una primera fase en la instauración de dicha arquitectura de gestión multinivel de la seguridad de la que la política “común” de lucha contra el COT es solamente un componente; una primera etapa caracterizada, ahora sí, por una aproximación —aunque gradual y un tanto ambigua— a su objeto: la *seguridad interior de la Unión*.

2. *Hacia una primera aproximación al contenido del orden público europeo: La Estrategia de Seguridad Interior*

Tendríamos que esperar algo más de una década desde el establecimiento del ELSJ como objetivo e instrumento³³ de la Unión en el siglo XXI para que se produjese un primer debate sobre el concepto de *seguridad interior de la UE*. No obstante, hemos de advertir que este primer debate no cubre las expectativas y, como en anteriores “documentos estratégicos” que abordan la seguridad y el orden públicos europeos, peca de cierta ambigüedad calculada para acabar convirtiéndose finalmente en un documento de mínimos compromisos y máximas (incluso, demasiadas) materias cubiertas. Hecha esta observación, pese a las lagunas, resulta evidente que la Estrategia de Seguridad Interior (ESI)³⁴ es un necesario complemento a la conceptualización de la seguridad en la Unión emprendida desde la aprobación de la EES, en 2003, al intentar definir por primera vez el concepto de seguridad interior e identificar en un único documento las principales amenazas al orden y la seguridad públicos del conjunto de la Unión y de sus ciudadanos. Asimismo, la ESI plantea los principios y las líneas directrices que ha de seguir la “política común de seguridad interior” (*sic*). Así, de manera general y un tanto ingenua, la seguridad interior de la UE:

³³ El establecimiento del ELSJ puede ser visto, al mismo tiempo, como un instrumento y como un objetivo en los Tratados, si bien en las sucesivas reformas se ha puesto el énfasis en uno u otro aspecto. Mientras que en el Tratado de Ámsterdam “el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un *alto grado de seguridad* dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia...” (*ex* artículo 29 TUE, énfasis añadido), en el Tratado de Lisboa se hace hincapié en el establecimiento del ELSJ como un fin en sí mismo (artículos 3, § 2 TUE y 67 TFUE). Un razonamiento similar puede observarse acerca del debate sobre la “política” de seguridad interior de la UE en LABAYLE, H., « Le concept de sécurité dans l’espace de liberté... », *loc. cit* en Nota 18, p. 90.

³⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*, 5842/2/10, de 25 de febrero de 2010.

Vid., ARTEAGA MARTÍN, F., “La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea”, *ARI*, Núm. 75/2010, 21.4.2010, disponible en: www.realinstitutoelcano.org [última consulta: 31.8.2015].

[...] significa la protección de las personas y los valores de libertad y democracia, para que todos puedan disfrutar de sus vidas cotidianas sin temor. También refleja la visión compartida de Europa de los desafíos de hoy y nuestra determinación de hacer un frente común para encarar estas amenazas, cuando sea necesario, con políticas que aprovechen el valor añadido de la UE.³⁵

Por tanto, la ESI refuerza el aspecto interno de la estrategia de seguridad de la UE, centrándose tanto en la protección física de las personas como en la salvaguarda de los valores que encarnan el *orden constitucional europeo* identificado repetidamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁶, al mismo tiempo que aporta una respuesta común basada esencialmente en instrumentos civiles³⁷. De esta forma, además de contribuir a la visibilidad, legitimación y protagonismo del sector de la seguridad interior en un único documento³⁸, el carácter novedoso del texto adoptado por el Consejo reside en la incorporación de los elementos del debate sobre el “orden público europeo de la seguridad interior” en la agenda comunitaria, puesto que dicho documento estaría encaminado a constituir la base para una discusión posterior a nivel europeo sobre el mantenimiento de la seguridad interior, las amenazas que afectan al conjunto de los EEMM y sobre qué ámbitos habría de concentrarse la respuesta de la Unión con el fin de aportar un valor añadido. Es decir, la ESI introduce por primera vez en la integración comunitaria los elementos del “orden público europeo” (valores, principios,

³⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de Seguridad Interior...*, *op. cit.* en Nota 34, p. 4.

Esta definición, más cercana a la visión de *ciudadanía europea*, contrasta con una anterior, limitada al ámbito de la protección de las libertades comunitarias clásicas. Así, en 2002, la *seguridad interior del espacio común de libre circulación* significa para el Consejo:

“Grado de protección del que gozan, en el espacio común de libre circulación, las personas físicas y jurídicas, las mercancías y los bienes de toda clase, los capitales, las prestaciones de servicios y toda transacción comercial legal, así como los derechos de propiedad intelectual o artística, contra los ataques a sus intereses o las amenazas a su integridad causadas por:

- el incumplimiento de las normativas comunitarias o nacionales;
- la delincuencia, el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude, tal y como se recoge en el artículo 29 de TUE, así como el tráfico de estupefacientes”.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Propuesta de Plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, 10019/02, de 14.6.2002, p. 33.

³⁶ *Vid.* Nota 17.

³⁷ En nuestro estudio, dejaremos a un lado el carácter estrictamente militar de la estrategia de seguridad europea y nos centraremos en los instrumentos *civiles* (judiciales y policiales) que pretenden dar respuesta a los nuevos fenómenos que amenazan la seguridad en Europa y a nivel internacional. Entre dichos instrumentos, la cooperación en los ámbitos judicial y policial centrará nuestra atención. Sin embargo, no debemos dejar de lado la importante contribución de los instrumentos militares en la proyección exterior del marco jurídico-operacional interno de lucha contra el COT y de protección de la seguridad europea, a los que les dedicaremos un apartado en el próximo Capítulo.

³⁸ ARTEAGA MARTÍN, F., “La Estrategia de Seguridad Interior...”, *loc. cit.* en Nota 34, p. 3.

retos y respuesta conjunta) sobre los que ha de descansar el debate en el seno de la UE y que, en un ejercicio paralelo, han sido detallados por las demás instituciones y actores del ELSJ —el primero de los cuales fue el propio Parlamento Europeo³⁹—, aprovechando al máximo los mandatos (e indefiniciones) del nuevo Tratado y del Programa de Estocolmo⁴⁰. Siguiendo la distinción operada por Ross, Cobb y Ross en la década de 1970 en relación a la definición de la agenda pública, en el seno de la UE se pasaría con la adopción de la ESI a un *modelo de movilización* en el establecimiento de la “hoja de ruta” europea⁴¹, en torno a una conceptualización común del orden público europeo y de las amenazas a su seguridad, impulsada por la necesidad de encontrar respaldo en la ciudadanía ante el devenir de los acontecimientos que afectan a la seguridad de los ciudadanos y cuestionan una respuesta puramente estatal, como, por ejemplo, los casos de trata de seres humanos, el tráfico ilícito de drogas o de migrantes ilegales y el terrorismo internacional de los que los medios de comunicación se han hecho eco en la última década. En consecuencia, el texto puede ser considerado, al mismo tiempo, un fin en sí mismo (la introducción de un debate sobre la seguridad interior en la agenda institucional comunitaria, en un intento por mejorar la transparencia de las medidas adoptadas en materia de seguridad) y un medio cuyo objetivo no es otro que racionalizar —o, al menos, pretenderlo— el *espacio* sobre el que se circunscribe la arquitectura de seguridad interior de la Unión y sus valores a proteger; es decir, cumpliendo un doble objetivo de cara al exterior (ciudadanos y terceros Estados) y al interior, como elemento necesario para racionalizar el crecimiento y

³⁹ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea (2010/2308(INI)).

Igualmente, HOUSE OF LORDS, *EU Internal Security Strategy*, 17º Informe de la Comisión de la Unión Europea de la Casa de los Lores, publicado el 24 de mayo de 2011 y debatido el 19 de enero de 2012, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰ CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo – Una Europea abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, *Diario Oficial C 115*, Bruselas, 4.5.2010.

La Comunicación de la Comisión con vistas a la preparación del próximo programa plurianual en materia del ELSJ, en sustitución del actual Programa de Estocolmo —cuyo título lo dice todo en cuanto a su implementación práctica [*Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, Estrasburgo, 11.3.2014]—, hace hincapié en actualizar la ESI e incidir en el nuevo desafío que representa la radicalización y el terrorismo *yihadista*, así como en “fomentar mayores sinergias entre asuntos de interior y otros ámbitos políticos relacionados con la seguridad interior como el transporte, el mercado interior, la unión aduanera, la investigación y el desarrollo, el mercado digital, la protección civil y las relaciones exteriores”.

⁴¹ El “modelo de movilización” describe el proceso de construcción de la agenda formal iniciada por las instituciones políticas, pero que, a diferencia del “modelo de acceso interno” (*inside access model*), requiere el apoyo de la opinión pública para su implementación. COBB, R., ROSS, J.-K., y ROSS, M. C., “Agenda Building as a Comparative Political Process”, *The American Political Science Review*, Vol. 70, Núm. 1, marzo de 1976, pp. 126-138.

desarrollo de una arquitectura de seguridad interior que se ha mostrado autónoma desde el inicio e independiente, de cierta manera, de la voluntad de los propios EEMM. Por ello, quedarse únicamente en esta segunda interpretación pudiera inducirnos a error y pensar que el texto adoptado resulta decepcionante al no cumplir las expectativas creadas, como bien afirma Félix Arteaga ⁴².

En cuanto al contenido, la ESI se estructura en dos partes principales: una primera en la que identifica las amenazas y desafíos a la seguridad *interior* de la UE y una segunda en la que se propone la respuesta que ésta ha de ofrecer para salvaguardar los logros de la integración comunitaria y la seguridad de sus ciudadanos. En primer lugar, la ESI reafirma la identificación de las amenazas a la seguridad interior y de los ciudadanos de la Unión contenida en la EES —incluido el COT—, aunque sin abordarlas en detalle, añadiendo un tono más securitario si cabe al extender su ámbito de actuación a otras áreas cuyo carácter transnacional o grave resulta más que dudoso ⁴³. Además, la ESI se refiere lacónicamente a los ámbitos cubiertos por la *cláusula de solidaridad* del artículo 222 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) —incomprensiblemente encuadrada en el marco normativo de la acción exterior de la Unión ⁴⁴—, y a la protección civil, meros ámbitos competenciales de carácter

⁴² Vid. ARTEAGA MARTÍN, F., “La Estrategia de Seguridad Interior...”, *loc. cit.* en Nota 34, p. 7.

⁴³ Por ejemplo, la ESI afirma que los accidentes de tráfico o la violencia juvenil ponen en peligro la seguridad de las personas, si bien son ámbitos de responsabilidad directa de las autoridades nacionales (orden y salud públicos) y en los que la intervención (punitiva, preventiva o evaluativa) de la Unión resulta, cuando menos, problemática si tenemos en cuenta que responden a áreas de protección civil (competencia subsidiaria de la Unión según el artículo 6 TFUE y regida por el Título XXIII, fuera, por tanto, del Título V sobre el ELSJ) y de salvaguarda de la seguridad interior puramente estatal. No solamente dudosa por criterios de oportunidad para abordar tales áreas a nivel europeo, sino también porque el texto no aclara a quién correspondería en última instancia la responsabilidad de actuar ni qué instrumentos concretos aportaría la UE. Con todo, la inclusión de este tipo de conductas entre los ámbitos potenciales de actuación de la Unión no habría de resultar extraña, pues la propia ESI ratifica a lo largo del texto la conceptualización amplia de la seguridad introducida por la EES y de la que el documento se hace eco.

⁴⁴ TÍTULO VII, Artículo 222, *Cláusula de solidaridad*

“1. La Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para:

a) — prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros;
— proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas;
— prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista;

b) prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano.

complementario de la UE ⁴⁵. En esta línea integradora de la seguridad europea, promovida igualmente por otros documentos anteriores, la ESI insta a la acción de la Unión frente a “estas graves amenazas y a aquellas otras que tienen una repercusión directa en la vida, la seguridad y el bienestar de los ciudadanos”. Por lo tanto, se refiere no solamente a la delincuencia grave y transfronteriza, sino también a otros desafíos y riesgos para la seguridad de los ciudadanos en Europa ⁴⁶, que pueden ser de muy diversa índole y a los que la Unión ha de responder con una “política común de seguridad interior” (*sic*). Dicho esto, la inclusión en la ESI del ámbito de la protección civil y de “otros fenómenos comunes que plantean preocupaciones y amenazas a la seguridad a personas de toda Europa” parece responder más a necesidades derivadas de la negociación diplomática del texto ⁴⁷ que a una urgente necesidad de intervención a nivel

2. Si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, a petición de sus autoridades políticas los demás Estados miembros le prestarán asistencia. Con este fin, los Estados miembros se coordinarán en el seno del Consejo.

3. Las modalidades de aplicación por la Unión de la presente cláusula de solidaridad serán definidas mediante decisión adoptada por el Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Cuando dicha decisión tenga repercusiones en el ámbito de la defensa, el Consejo se pronunciará de conformidad con el apartado 1 del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea. Se informará al Parlamento Europeo.

A efectos del presente apartado, y sin perjuicio del artículo 240, el Consejo estará asistido por el Comité Político y de Seguridad, con el apoyo de las estructuras creadas en el marco de la política común de seguridad y defensa, y por el comité contemplado en el artículo 71, que le presentarán, en su caso, dictámenes conjuntos.

4. Para asegurar la eficacia de la actuación de la Unión y de sus Estados miembros, el Consejo Europeo evaluará de forma periódica las amenazas a que se enfrenta la Unión.”

En cuanto a su puesta en marcha, *vid.* COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE DE LA UE, *Propuesta conjunta de Decisión del Consejo relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad*, 2012/0370 (NLE) – JOIN (2012) 39 final, Bruselas, 21.12.2012.

⁴⁵ Además del artículo 222 TFUE, artículos 6 y 196 TFUE (Título XXIII).

El Mecanismo Europeo de Protección Civil, creado en 2001 y reforzado posteriormente en 2006 y 2013, pretende facilitar la cooperación entre los EEMM (además de ARYM, Islandia, Liechtenstein y Noruega) en materia de protección de la población ante catástrofes naturales o derivadas de la acción humana, dentro y fuera de la UE. Desde su creación, ha sido activado en más de 150 ocasiones para asistir (de manera subsidiaria) a las autoridades de protección civil de los EEMM y de terceros Estados, ninguna de las cuales ha estado relacionada con el terrorismo, por lo que su utilidad en el mantenimiento de la seguridad interior —como han pretendido algunos EEMM— es más que limitada.

Puede consultarse más información al respecto, incluida la última reforma del Mecanismo, en: http://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/mechanism_en [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁶ Por tanto, dejando abierta la inclusión o no de la extensión de la aplicación de esta “seguridad interior” a residentes de terceros países que vivan en territorio de los EEMM, legalmente o en situación irregular. Por el contrario, en otras partes del texto, solamente se refiere a los “ciudadanos de la Unión” o “nuestros ciudadanos”, reduciendo el ámbito personal de protección de la ESI frente a las amenazas identificadas.

⁴⁷ Según se desprende de una entrevista a un alto cargo de la Dirección General de Asuntos de Interior Comisión, realizada en diciembre de 2011. Esta percepción se ha visto reforzada por la puesta en práctica de la cooperación en materia de protección civil tras varias catástrofes en Europa, quedando relegada a la colaboración bilateral y el envío de efectivos a nivel individual por el resto de EEMM, sin una efectiva coordinación por parte de instancias europeas.

de la UE siguiendo los principios e imperativos de actuación de los Tratados. Por ello, no entrarían a formar parte de lo que podríamos denominar el núcleo duro de las áreas cubiertas por la arquitectura de seguridad europea y, en consecuencia, quedarían fuera de nuestro análisis de la respuesta de la Unión ante el COT. Sin embargo, la relevancia de la inclusión de otros aspectos no relacionados con el crimen organizado entre las áreas objeto de la arquitectura de seguridad interior va más allá de criterios subjetivos de los EEMM, movidos por intereses nacionales particulares, pues concierne igualmente al desarrollo de la política “común” de lucha contra el COT y la ampliación material que ha sufrido en las últimas décadas, sobre todo en cuanto al establecimiento y alcance de las medidas procesales y penales previstas por el Derecho de la UE, así como al papel de los actores e instituciones en el mismo; cuestiones que iremos analizando con mayor detalle a lo largo del presente Capítulo.

En segundo lugar, la ESI se plantea como objetivo la puesta en práctica de un enfoque más integrado para dar respuesta a dichas amenazas comunes por medio del perfeccionamiento del *modelo de seguridad europeo*, cuyo centro de gravedad radica en la autoproclamada “política común de seguridad interior”. Aunque la ESI no alude en ningún otro momento del texto a la misma, hemos de entender que esta pretendida “política común” abarca los elementos estratégicos e instrumentos incorporados en los últimos años en los diversos ámbitos de la integración europea, repartidos entre diferentes políticas comunitarias, y cuyos avances en la última década recoge la propia ESI a lo largo de sus páginas. En realidad, no existe en los Tratados ninguna “política común” en este sentido, sino que los ámbitos cubiertos por tal declaración de intenciones se corresponden con varias políticas de la UE, con diferencias notables en cuanto a su “comunitarización” completa o normalizada incluso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De hecho, este “documento estratégico” identifica esa proyectada “política común” con la propia ESI —y a ambas las confunde con el modelo europeo de seguridad, que, evidentemente, tiene un carácter más amplio— cuando enumera los principios y valores que la(s) han inspirado y deben regir su actuación. Es claro que, detrás de esta declaración, encontramos un intento de dar coherencia y unidad a un ámbito fragmentado y descoordinado por la propia naturaleza competencial de la Unión, al mismo tiempo que trata de responder a las críticas vertidas acerca del desequilibrado impulso del ELSJ, cuyo exponente más evidente se corresponde con la

arquitectura de seguridad interior de la UE y, en particular, en el énfasis puesto en el Derecho penal sustantivo y procesal como instrumento privilegiado de la misma ⁴⁸. De no ser así, no se entendería la particular referencia a la sumisión a los principios de todo Estado de Derecho, alusión reiterativa e innecesaria si consideramos que vienen recogidos en los Tratados y la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ⁴⁹.

Además de reproducir los valores y principios que han inspirado la ESI y que el paradigma europeo de seguridad interior (o la pretendida “política común”) ha de respetar, el texto establece las líneas estratégicas de acción de la UE para garantizar la seguridad interna, pretendiendo integrar en un único modelo “la acción de la cooperación policial y judicial, la gestión de fronteras, y la protección civil”. Según la ESI, con carácter general, la Unión ha de promover un enfoque *amplio e integral*, involucrando a todos los actores (*horizontal*) y todos los niveles de responsabilidad (*vertical*). Esto incluye, en consonancia con los principios reconocidos, la participación del Parlamento Europeo, de las asambleas nacionales y del Tribunal de Justicia en el control democrático de las actividades de seguridad, con las limitaciones que imponen los propios Tratados respecto del control de las actividades de las fuerzas del orden público estatales y dentro de sus respectivas responsabilidades ⁵⁰. Por otra parte, el texto enfatiza en el carácter preventivo, proactivo y anticipatorio del enfoque europeo, basado en la información disponible sobre las amenazas comunes. De esta forma, el

⁴⁸ El ejemplo más paradigmático lo encontraríamos, precisamente, en la salvaguarda de la seguridad vial. Para algunos EEMM, las medidas pecuniarias resultarían eficaces y proporcionadas para sancionar determinadas infracciones de tráfico graves, mientras que para otros la respuesta más apropiada se desprendería del Código Penal, como reconoce la Directiva 2011/82/UE, de 25 de octubre de 2011, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial [*Diario Oficial L 288*, de 5.11.2011, pp. 1-15].

⁴⁹ “Se trata de principios y valores comunes a todos los modos europeos de cooperación que no haría falta afirmar si no fuera porque la cooperación JAI está permanentemente bajo la sospecha de quienes creen que la seguridad y la libertad son objetos de un juego suma cero por el que los avances en un campo se hacen inevitablemente a costa de retrocesos en el otro”. ARTEAGA MARTÍN, F., “La Estrategia de Seguridad Interior...”, *loc. cit.* en Nota 34, p. 3.

⁵⁰ Artículo 72 TFUE,

“El presente título [*V Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.”

Artículo 276 TFUE,

“En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.”

intercambio eficaz de información e inteligencia entre las autoridades responsables es la clave en la actuación preventiva y anticipatoria del modelo comunitario, verdadero valor añadido de la intervención de la Unión en la lucha contra el COT. No obstante, el intercambio *eficaz y rápido* de información e inteligencia, clave para que el modelo europeo funcione, se encuentra sometido a la voluntad de participación de las diferentes autoridades estatales, quienes recopilan y almacenan los datos relevantes y, en su caso, deciden compartirlos con sus homólogas europeas (*vid. infra*, epígrafe quinto).

La ESI señala otras líneas directrices de esta “política común” o modelo de seguridad europeo, si bien contiene algunas lagunas evidentes en determinados aspectos clave para su implementación. La ESI reconoce el papel de los actores europeos y de la cooperación operativa y judicial en materia penal entre las autoridades estatales, además de la gestión integrada de las fronteras exteriores, como los pilares sobre los que descansa el modelo de seguridad interior europeo, completado por una vertiente externa a la que apenas hace mención a lo largo de sus más de treinta páginas. Sin embargo, la ESI peca nuevamente de escueta e imprecisa, pues no define con claridad las relaciones entre este sistema operacional (los actores) con las instituciones —especialmente preocupante es la ausencia de referencia al papel de la Alta Representante, como figura encargada de la coordinación de la acción exterior de la UE, o del Consejo Europeo, principal impulsor de la integración en materia de seguridad—; ni aclara la relación del Comité de Seguridad Interior (COSI) con los otros grupos de trabajo existentes y con los que comparte ámbito material y funcional ⁵¹. Por último, pero no por ello menos importante, la ESI solamente proyecta un modelo de seguridad interno, incompleto y

⁵¹ Además de deber coordinarse con el Comité Político y de Seguridad (COPS) cuando los instrumentos desplegados para poner en marcha la cláusula de solidaridad prevean medios militares, el COSI habría de convivir, al menos durante unos años según las previsiones iniciales, con otros grupos de trabajo encargados de tareas muy similares a las suyas en materia de seguridad interior y que auguraban ya poco éxito a su labor, como el Comité del *ex* Artículo 36 (o Comité CATS) y el Comité Estratégico sobre Inmigración, Fronteras y Asilo (CEIFA), así como el Grupo JAIEX entre el Consejo y la Comisión. Tanto el Comité CATS como el CEIFA estarían vigentes, según las previsiones iniciales, al menos hasta el 1 de enero de 2012, cuando el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) debía revisar sus respectivos cometidos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa [documentos 16070/09 y 16072/09]. No obstante, el CATS ha continuado su labor por un tiempo indeterminado después de la fecha prevista ante la indeterminación del COREPER sobre su futuro y su encaje institucional; por el contrario, sí se pronunció favorablemente en su día acerca del mantenimiento de la actividad del CEIFA, sin determinar un período concreto de tiempo de validez e intentando introducir algunas mejoras en su labor diaria [17182/11, de 18.11.2011]. No sería hasta diciembre de 2014 cuando el propio CATS elaborara un documento sobre su futuro, destinado a influir en el COREPER para extender sus trabajos después de esa fecha y convertirlo en su órgano asesor en materia legal, horizontal y estratégica [15508/14, de 5.12.2014].

deficiente, pues obvia el carácter eminentemente transnacional de los delitos que pretende atajar o la vertiente exterior de la lucha contra el COT, complemento esencial de la política “común” (*vid.* Capítulo III). Por tanto, a pesar de indicar la relación entre seguridad interna y exterior en varias ocasiones, el acento recae sobre las medidas encaminadas a la protección de los ciudadanos europeos y de sus intereses en Europa, más que servir de efectivo complemento a la EES —documento que, por otra parte, relega únicamente al ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)—, contraviniendo otros textos anteriores en los que se alienta a las instituciones y los actores a fomentar las sinergias entre los instrumentos de la JAI con otros medios disponibles, en este caso de la PESC ⁵². Esta separación entre los ámbitos interior y exterior, además de no corresponderse con la realidad de las amenazas que afectan a la seguridad de la Unión, eminentemente transnacionales en su naturaleza, desdibuja considerablemente la eficacia de las medidas comunitarias y refuerza la idea de que la actividad de la UE en materia de seguridad interior está todavía fuertemente “pilarizada”, especialmente en el exterior, por no mencionar las potenciales desconexiones e incoherencias respecto de las particulares políticas exteriores de los EEMM y de las actuaciones exteriores descoordinadas de los actores encargados de implementar la “política común” de lucha contra el COT fuera de las fronteras de la Unión.

Estas lagunas de la ESI, lejos de recibir la atención requerida, no se verían del todo completadas por el consiguiente documento programático de la Unión, obviando nuevamente entrar en un infructuoso debate acerca del ámbito de aplicación de la arquitectura de seguridad del que no todos los EEMM estarían dispuestos a participar o que serviría para ahondar en las discrepancias nacionales en torno al orden y la seguridad públicos y la pertinente competencia de la Unión para abordarlos. Así, meses

⁵² Por ejemplo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Comunicado de Prensa, Sesión n.º 2974 del Consejo, Asuntos Generales y Relaciones Exteriores*, 15914/09 (Presse 329), Bruselas, 17 de noviembre de 2009, p. 21; o Presidencia sueca de la Unión Europea, *Informal Meeting of the Ministers of the Interior on the Future of Europol and EU Law Enforcement Cooperation, Developing synergies between Internal and External Security, Working Document n° 3*, La Haya, 1.10.2009.

Posteriormente, la Presidencia húngara del Consejo presentó en enero de 2011 una iniciativa para ampliar los vínculos entre los aspectos externos e internos de la seguridad de la UE [5620/11], que resultó en la adopción de un Método de trabajo para una cooperación y una coordinación más estrechas en el ámbito de la seguridad de la UE [10715/11]. Asimismo, en su reunión bajo la formación de Asuntos Exteriores de mayo de 2015, el Consejo solicitó el desarrollo de sinergias entre la PCSD y los actores del ELSJ. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Council conclusions on CSDP*, 8971/15, Bruselas, 18.5.2015.

después de su aprobación, la Comisión lanzó un plan de acción para implementar la ESI y detallar determinadas cuestiones que resultaban demasiado ambiguas en el texto aprobado por el Consejo ⁵³. Este nuevo documento enumera los ámbitos en los que las instituciones han de desarrollar determinadas actuaciones para poner en marcha el pretendido modelo europeo de seguridad en todas sus vertientes. Los cinco objetivos o ámbitos prioritarios identificados en la ESI son: la desarticulación de la delincuencia organizada, la prevención del terrorismo, la protección del ciberespacio, el refuerzo de la gestión de las fronteras —exteriores, se entiende— y la protección frente a las crisis y catástrofes naturales. Las actuaciones concretas previstas por la Comisión abarcan desde medidas preventivas (por ejemplo, combatir la financiación del terrorismo o la radicalización y captación de terroristas) hasta el refuerzo de la acción represiva o el decomiso de los productos del delito, yendo, por tanto, más allá del objetivo marcado por la ESI y ampliando la programación recogida en el Plan de Acción del Programa de Estocolmo ⁵⁴. No obstante, como en el caso de la ESI, tampoco presta atención específica a la dimensión exterior de la estrategia de seguridad de la UE, en particular en relación a la lucha contra el COT. En realidad, la Comunicación no aporta ninguna novedad a la ESI más allá de la programación de las actividades (principalmente legislativas) que han de desarrollar el modelo de seguridad europeo, limitándose únicamente a su vertiente interna y evitando, pues, entrar en contradicción con el Consejo en la definición del ámbito cubierto por la seguridad interior.

Ésta y otras lagunas en el planteamiento de la seguridad interior podrían verse cubiertas en el próximo lustro, al reconocer la Comisión —ahora sí— que “los asuntos

⁵³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*, COM (2010) 673 final, Bruselas, 22.11.2010.

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo*, COM (2010) 171 final, Bruselas, 20.4.2010.

En su Comunicación con vistas a la preparación del nuevo programa plurianual en materia del ELSJ, la Comisión apuesta por continuar el trabajo realizado desde la adopción del Programa de Estocolmo en estos mismos ámbitos. Así, apuesta por reforzar las actuaciones comunitarias en los siguientes objetivos estratégicos, que coinciden con los ya planteados anteriormente en el Plan de acción para poner en marcha la ESI: 1) desarticulación de las redes de delincuencia internacional; 2) prevención del terrorismo y necesidad de hacer frente a la radicalización y la captación de miembros; 3) aumento de los niveles de seguridad de los ciudadanos y las empresas en el ciberespacio; 4) refuerzo de la seguridad a través de la gestión de las fronteras; y 5) aumento de la resistencia de Europa frente a las crisis y las catástrofes. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, Estrasburgo, 11.3.2014.

de Interior deben integrarse en la política exterior general de la UE, a fin de reforzar el diálogo y la cooperación con terceros países”⁵⁵. Esta opinión fue compartida por el Consejo Europeo, en su reunión de junio de 2014⁵⁶, y ha sido finalmente incorporada a la (descafeinada) ESI “renovada” para el período 2015-2020, adoptada un año más tarde⁵⁷. En este último documento —claramente continuista—, el Consejo apuesta por “intensificar la cooperación y el intercambio de buenas prácticas con países terceros y socios clave sobre aspectos de seguridad que presenten interés mutuo”, para lo cual delega en el COSI y la Comisión la programación a través de planes de acción conjuntos de la implementación de sus principales elementos, en particular en relación a la cooperación operativa y la coordinación con el resto de la acción exterior de la Unión⁵⁸, incluyendo mejorar los vínculos entre el ELSJ y las misiones y operaciones de la Política Común Europea de Seguridad y Defensa (PCSD). En el resto de cuestiones sobre la seguridad interna, el documento reitera las generalidades de la ESI de 2010 en lo que a refuerzo de las capacidades operativas y la lucha contra el COT se refiere⁵⁹.

A pesar de las limitaciones, desconexiones e indefiniciones de estos textos y la manifiesta decepción que supone la adopción de la ESI “renovada”, sin embargo, es claro el énfasis que los EEMM y las instituciones de la UE han puesto en los últimos años en la adopción de un enfoque integrado e implementar un modelo de gestión

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura...*, op. cit. en Nota anterior, p. 3.

⁵⁶ “La respuesta a muchos de los desafíos en el espacio de libertad, seguridad y justicia depende de las relaciones con terceros países, por lo que es necesario mejorar el vínculo entre las políticas internas y externas de la UE”. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014, p. 1.

⁵⁷ El 28 de abril de 2015, la Comisión Europea publicó la Agenda Europea de Seguridad [COM (2015) 185 final], un nuevo documento estratégico que pretendía sentar las bases para renovar la ESI en torno a cinco grandes principios que eran, en realidad, respuestas a las críticas que ha recibido la política de seguridad europea en todas sus vertientes, incluida la lucha contra el COT (junto al terrorismo y la ciberdelincuencia, una de sus tres prioridades estratégicas): garantizar el pleno cumplimiento de los Derechos fundamentales, reforzar la responsabilidad democrática y transparencia, mejorar la implementación del Derecho existente, reafirmar el enfoque interinstitucional e intersectorial y aunar las dimensiones internas y externas de la seguridad europea. Para la Comisión, esta Agenda habría de suponer una ESI renovada, digna de ser aprobada por el Consejo de la UE en su reunión de junio de 2015. Sin embargo, desde el Parlamento Europeo son numerosas las voces que propugnan la necesidad de adoptar una verdadera ESI renovada y que responda a las nuevas necesidades en materia de seguridad y de protección de Derechos fundamentales identificadas en los últimos años, tal y como quedó reflejado en el debate parlamentario de mayo de 2015.

⁵⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020*, 9798/15, Bruselas, 10.6.2015, p. 8.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 8. Asimismo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Council conclusions on CSDP*, 8971/15, 18.5.2015.

multinivel de la seguridad —pieza central y vertiente a la que ha quedado reducido el “orden público europeo”—, para hacer frente a las amenazas transnacionales. La lucha contra el COT ha ocupado un lugar destacado en la agenda de las instituciones y actores del ELSJ en la construcción y desarrollo de esta arquitectura de gestión multinivel de la seguridad interna, constituyendo el término *crimen organizado* un concepto utilizado de manera recurrente en el discurso oficial que ha propiciado la integración en este ámbito, precisamente por las indefiniciones del vocabulario empleado en los diferentes documentos estratégicos y programáticos. No obstante, esa misma indeterminación ha supuesto una limitación interna al alcance de la pretendida “política común” de lucha contra el COT, en particular, como veremos en los dos epígrafes siguientes, a la armonización legislativa buscada por el Derecho penal de la UE y a la escasez de normativa procesal comunitaria.

3. La identificación del crimen organizado transnacional como amenaza a la seguridad europea. Trazos del discurso securitario en el debate europeo

El COT ha sido identificado como una amenaza al *orden público europeo* desde finales de la década de 1990, siendo la ESI un “documento estratégico” más de la amalgama de textos que han configurado la estrategia de seguridad de la UE. Dicha estrategia de seguridad encuentra en la EES el primer marco general estratégico de actuación, aportándole una identificación global de los riesgos y desafíos en el actual contexto de seguridad que no ha de verse reducido únicamente al ámbito PESC como afirman algunos autores y actores de la UE ⁶⁰. Si bien no se corresponde con lo que entendemos tradicionalmente por un documento estratégico ⁶¹, la EES tiene un valor

⁶⁰ CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor...*, *op. cit.* en Nota 4.

Para un análisis detallado, *vid.* entre otros BISCOP, S., *The European Security Strategy. Implementing a distinctive approach to Security*, Royal Institute for International Relations, Paper Núm. 82, Bruselas, marzo de 2004, artículo disponible en: <http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2004/03/Artikel.ESS.pdf> [última consulta: 8.7.2010]; ENSEÑAT Y BEREÁ, A., “La Estrategia Europea de Seguridad”, ROLDÁN BARBERO, J. (Coord.), *La nueva política de seguridad y defensa de la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 55-68; GOWAN, R, y LEONARD, M, *Implementing the European Security Strategy*, Global Europe, 2004, disponible en <http://fpc.org.uk/fsblob/187.pdf> [última consulta: 8.7.2010]; VASCONCELOS, Á. de (Ed.), *The European Security Strategy 2003-2008: Building on Common Interests*, EU Institute for Security Studies, ISS Report, Núm. 5, febrero de 2009.

⁶¹ La EES incorpora el marco general en el que identifica y analiza las amenazas (riesgos y desafíos) a la seguridad internacional, pero nada dice de los instrumentos y actuaciones concretas que ha de poner en marcha. Simplemente se limita a afirmar que dispone de una multitud de instrumentos, civiles y militares, pero no aclara cuáles son o qué papel ha de tener cada uno de ellos en la respuesta a las

propio a resaltar: constituye el primer elemento de concienciación y de debate, en torno a un texto único, sobre las amenazas y desafíos que afectan a la seguridad de la Unión, cuestión que ya se había abordado en otras Organizaciones regionales europeas ⁶², pero que se encontraba ausente en el contexto de la UE hasta ese momento. Entre las cinco amenazas enumeradas, la EES identifica la *delincuencia organizada*, de la que afirma “Europa es un objetivo primordial” ⁶³. El texto destaca algunas de las principales actividades delictivas que han estado tradicionalmente ligadas al COT, incluyendo la piratería marítima como un nuevo aspecto “al que habrá que prestar más atención”, sin dar más detalles de cómo ni en qué marco. Del mismo modo, relaciona dichas actividades delictivas con otras amenazas a la paz y la seguridad internacionales, como la descomposición del Estado o “Estados frágiles” y el terrorismo, planteando estas interconexiones uno de los escenarios más “radicales” para la seguridad del continente y, como tendremos oportunidad de analizar en las líneas que siguen, estando presentes tanto en otros documentos de estrategia como en el propio Derecho de la UE. Asimismo, es de destacar que la EES es de los pocos instrumentos que llama a la acción activa de la Unión en el exterior para luchar contra dichas amenazas a la seguridad europea e internacional, viéndose trasladada al ámbito de la lucha contra el COT fuera de “sus” fronteras (*vid. infra*, Capítulo III).

Cinco años más tarde, el Informe sobre la aplicación de la EES (IAEES) ⁶⁴ analizó los éxitos alcanzados desde su aprobación y la complejidad creciente de los desafíos y riesgos para la seguridad europea e internacional. A las amenazas enumeradas en la EES, el Informe añade otras cuestiones que afectan a la seguridad y bienestar de los ciudadanos de la Unión, algunas de las cuales relacionadas directamente con el COT, como la piratería internacional o la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre (ALPC), si bien la lucha contra estos delitos transnacionales queda

amenazas globales. Tampoco establece un plan concreto de actuación o una programación detallada de implementación. Es claro que no podemos entender la EES como una verdadera estrategia de actuación, sino como un documento de concienciación e identificación de las amenazas, que ha de constituir el marco general de la respuesta de la Unión en todos los ámbitos posibles y no solamente un planteamiento estratégico exclusivo de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

⁶² CONSEJO DE MINISTROS DE LA UNIÓN EUROPEA OCCIDENTAL, *European security: a common concept of the 27 WEU Countries*, Madrid, 14 de noviembre de 1995; CONSEJO DE MINISTROS, *OSCE Strategy to Address Threats to Security and Stability in the Twenty-First Century*, Anexo 3, Maastricht, 2 de diciembre de 2003.

⁶³ CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor...*, *op. cit.* en Nota 4, p. 4.

⁶⁴ CONSEJO EUROPEO, *Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad. Ofrecer seguridad en un mundo en evolución*, Bruselas, 12 de diciembre de 2008.

enmarcada para estos documentos en el pilar de la PESC y del ámbito de la defensa, sujeta, por tanto, a especificidades propias a las políticas exteriores de los EEMM que minan la coherencia y unidad de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. Para no caer en la “autocomplacencia”, como afirma el propio texto, el IAEEES insta a la Unión a actuar conjuntamente y de manera concertada con otros actores implicados para resolver o gestionar las crisis y conflictos a nivel internacional, teniendo siempre presente el multilateralismo efectivo propugnado por la EES y la relevancia del sistema de Naciones Unidas en la actuación de la UE en el entorno internacional. Un texto que, en definitiva, refuerza la EES y renueva los compromisos adquiridos tras su adopción, adaptándola a las nuevas realidades e iniciativas de la UE desde su aprobación, sin constituir por ello una revisión profunda de la EES ni ahondar en el debate sobre cómo afrontar efectivamente estas amenazas ⁶⁵.

Este marco estratégico general formado conjuntamente por la EES, el IAESS y la ESI, en el que se ha identificado el COT como amenaza para la UE, ha sido progresivamente desarrollado y completado por otros documentos estratégicos sectoriales, que han respondido a cuestiones concretas planteadas en la configuración de la estrategia global de la UE. Las áreas cubiertas abarcan las diferentes parcelas de la conceptualización de la seguridad en el siglo XXI, estableciendo un auténtico *patchwork* de “documentos estratégicos” al que la ESI no ha logrado dar orden ni lógica y en el que el recurso al concepto *delincuencia organizada/crimen organizado* se hace recurrente como término “atrapa-todo” pues la Unión carece de definición unánime del mismo. Entre estos documentos, destacan los informes sobre las repercusiones del “cambio climático” en la seguridad internacional ⁶⁶, la necesidad de garantizar el abastecimiento energético ⁶⁷, la seguridad marítima ⁶⁸ o la salvaguarda de las redes de

⁶⁵ Vid. sobre el IAEEES, FERNÁNDEZ SOLA, N., “¿Una nueva Estrategia Europea de Seguridad 2009?”, *ARI*, Núm. 36/2009, de 26.2.2009; HOUSE OF LORDS, *Adapting the EU’s Approach to Today’s Security Challenges – the Review of the 2003 European Security Strategy*, European Union Committee, 31st Report of Session 2007-2008, noviembre de 2008.

⁶⁶ Informe de la Comisión y el Secretario General y Alto Representante al Consejo Europeo, *El cambio climático y la seguridad internacional*, 7249/08, Bruselas, 3.3.2008.

⁶⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Una política energética para Europa*, COM (2007) 1 final, Bruselas, 10.1.2007.

⁶⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una política marítima integrada para la Unión Europea*, COM (2007) 575 final, Bruselas, 10.10.2007; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, on a Draft Roadmap towards establishing the Common*

comunicación de ataques cibernéticos ⁶⁹. Todos estos documentos, a los que se ha sumado —sin mucho éxito— la aportación de la Comisión sobre el desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente al COT ⁷⁰, abordan un aspecto concreto de la seguridad de la Unión, complementando la conceptualización estratégica europea iniciada por la EES y planteando respuestas específicas para cada uno de estos ámbitos particulares desde diferentes sectores de la integración europea.

En esta configuración de su estrategia de *seguridad pública* (interior y exterior, por seguir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ⁷¹), la Unión ha identificado repetidamente al COT como una amenaza al *orden público europeo* y “un desafío a la sociedad” ⁷² —sin entrar a definirlo—, cuestión que ha contribuido a una redistribución competencial entre EEMM y el propio nivel europeo para afrontar sus diversas manifestaciones delictivas de manera conjunta, por medio de una arquitectura de seguridad interior que promueve una gestión multinivel de los riesgos y amenazas comunes a la seguridad europea. En dicha configuración los “documentos estratégicos” adoptados por las diversas instituciones revisten de gran relevancia, pues en ellos se aprecia que la respuesta de la UE está marcada considerablemente por el discurso securitario o “de la inseguridad” y las prácticas estadounidenses en la materia —especialmente, a nivel conceptual—, sin que por ello haya optado por aplicar los mismos métodos, en particular en el recurso al elemento militar en su acción exterior en materia antiterrorista ⁷³. La Conferencia Ministerial Mundial de Nápoles sobre la

Information Sharing Environment for the surveillance of the EU maritime domain, COM (2010) 584, Bruselas, 20.10.2010.

⁶⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 22 de marzo de 2007, sobre una estrategia para una sociedad de la información segura en Europa, *Diario Oficial C 68*, de 24.3.2007, pp. 1-4.

⁷⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento – Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada*, COM (2005) 232 final, Bruselas, 2.6.2005.

⁷¹ *Vid.* Nota 7.

⁷² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento – Desarrollo de un concepto estratégico...*, *op. cit.* en Nota 70, p. 2. En el mismo sentido, PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea*, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, A7-0333/2011, 6.10.2011.

⁷³ Para una panorámica general, *vid.*, RUYVER, B. De, VERMEULEN, G. y VANDER BEKEN, T. (Eds.), *Strategies of the EU and the US in Combating Transnational Organized Crime*, Institute for International Research on Criminal Policy, Ghent University, Maklu Publishers, Amberes, 2002. Adicionalmente, HARFIELD, C., “The organization of ‘organized crime policing’ and its international context”, *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 8, Núm. 4, 2008, pp. 483-507; PAWLAK, P. (Ed.), “The EU-US Security and Justice Agenda in Action”, *Chaillot Papers*, Núm. 127, EU Institute for Security Studies, diciembre de 2011; y BAKOWSKI, P., *US law enforcement in the fight against organised crime*, Library Briefing, Library of the European Parliament, 22/04/2013.

Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en 1994, supondría el impulso definitivo para que la Unión abordase una respuesta concertada y conjunta, con la adopción de varios documentos e instrumentos que llevarían a la progresiva instauración y desarrollo de la política “común” de lucha contra el COT en la que el papel del Consejo Europeo resultaría decisivo.

En efecto, incluso antes de su completa institucionalización operada por el Tratado de Lisboa ⁷⁴, el Consejo Europeo había ido impulsando de manera resolutiva y con cierto grado de urgencia el establecimiento del ELSJ, principalmente como respuesta ante amenazas eminentemente transnacionales como el COT. En un inusitado tiempo récord, la institución dio prioridad en su agenda oficial a la lucha contra el crimen organizado, tanto a nivel interno como en sus relaciones exteriores. Así, el Consejo Europeo de Dublín de 1996 subrayó “su absoluta determinación de luchar contra la delincuencia organizada [...], e insistió] en la necesidad de un enfoque coherente y coordinado de la Unión” ⁷⁵. Con el fin de elaborar un Plan de Acción global que contuviese un programa detallado de actuación, en dicha Cumbre se creó el Grupo de Alto Nivel en materia de lucha contra el COT ⁷⁶, igualmente encargado de emitir las consideraciones que considerara oportunas a la Conferencia Intergubernamental encomendada de la reforma del Tratado y centrada en los asuntos de Justicia e Interior, como luego demostraría la inclusión del ELSJ entre los objetivos de la Unión. Siguiendo las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel y la agenda comunitaria impulsada por las prioridades del propio Consejo Europeo, entre 1997 y 2000, la Unión aprobó el Plan de Acción global para combatir el COT ⁷⁷, el Plan de Acción de Viena

⁷⁴ Artículo 13 TUE.

⁷⁵ Consejo Europeo de Dublín, 13 y 14 de diciembre de 1996, Conclusiones de la Presidencia. Anteriormente, los Consejos Europeos de Madrid (15 y 16 de diciembre de 1995) y Florencia (21 y 22 de junio de 1996) y posteriormente Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) establecieron las prioridades para la cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, llamando a una actuación contra la criminalidad organizada transnacional.

⁷⁶ El Grupo de Alto Nivel preparó el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada (*Diario Oficial C 251*, de 15.08.1997), adoptado poco más tarde por el Consejo Europeo de Ámsterdam (16-17.06.1997). En su Recomendación número 22 se preveía la creación de un grupo multidisciplinar en el seno del Consejo, dentro de las estructuras del extinto “tercer pilar”. Nace oficialmente poco más tarde el Grupo Multidisciplinar sobre Crimen Organizado (MDG), con carácter permanente. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Multidisciplinary Group on Organized Crime 1997-2007: looking back and preparing the future*, 10554/07 CRIMORG 107, Bruselas, 13 de julio de 2007. Desde el 1 de Julio de 2010, el MDG ha sido sustituido por el Working Party on General Matters, including evaluations (GENVAL).

⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, *Diario Oficial C 251*, de 15.8.1997, pp. 1-16.

para relanzar el establecimiento del ELSJ como objetivo prioritario ⁷⁸, la Acción común sobre la criminalización de la participación en organización delictiva ⁷⁹, la Resolución sobre prevención y lucha contra el COT ⁸⁰ y la Estrategia del Milenio ⁸¹, conjuntamente con otros instrumentos (conceptuales y técnicos ⁸²) que concretarían las principales cuestiones impulsadas por las sucesivas cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno y que conforman la política “común” de lucha contra el COT. Estos documentos, empero, no abordaron el problema de la ausencia de definición del *crimen organizado*, como

⁷⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (Plan de Acción de Viena), *Diario Oficial C 19*, de 23.01.1999 pp. 1-15.

⁷⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 351*, de 29.12.1998 pp. 1-3.

Evitaremos, por razones de espacio, hacer un análisis exhaustivo de la Acción común, a la que nos referiremos en repetidas ocasiones durante el correspondiente examen de la Decisión marco que la sustituye en el siguiente epígrafe. *Vid.*, por ejemplo, MITSILEGAS, V., “Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an area of “freedom, security and justice””, *European Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 26, diciembre de 2001, pp. 565-581.

⁸⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1998 sobre prevención de la delincuencia organizada y adopción de una estrategia global para combatirla, *Diario Oficial C 408*, de 29.12.1998, pp. 1-4.

⁸¹ Prevención y control de la delincuencia organizada – Estrategia de la Unión europea para el comienzo del nuevo milenio, *Diario Oficial C 124*, de 3.5.2000, pp. 1-33.

Este documento completa las líneas generales señaladas en la EES y la ESI, a pesar de ser anterior a ambos, en materia de lucha contra el COT. Es de resaltar su importancia en el desarrollo de la arquitectura de seguridad interior de la UE, pues constituye una “estrategia integrada de la Unión Europea para prevenir y controlar la delincuencia organizada... [estableciendo] prioridades y fechas límite claras... y que determin[a] quién es responsable de su ejecución”.

⁸² Por ejemplo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre un enfoque administrativo para luchar contra la delincuencia organizada*, 14125/2/04 REV 2, de 24.11.2004; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Desarrollo de un concepto estratégico...*, *loc. cit.* en Nota 70. Esta propuesta de “enfoque administrativo” en la lucha contra el COT, que pretende que los órganos administrativos y reguladores responsables de licitaciones, subvenciones y contratos públicos se comprometan a proteger la economía legal de la infiltración de las actividades delictivas de los grupos organizados, representa un escollo en la respuesta europea, puesto que todavía, de manera muy ocasional, sigue siendo objeto de debate en el seno del Consejo, sin que se adopte ningún acuerdo concreto.

El Parlamento Europeo también ha tenido importancia en la identificación del crimen organizado como una prioridad en la agenda oficial, aprobando numerosas resoluciones al respecto: *inter alia*, Resolución sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial C 371*, de 8.12.1997, pp. 183-192; o la Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre el proyecto de acción común adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la incriminación por la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C 371*, de 8.12.1997, pp. 204-206.

Posteriormente, a pesar de la prioridad de las medidas antiterroristas en la agenda oficial comunitaria tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Parlamento ha contribuido en gran medida a la puesta en marcha de iniciativas y estudios sobre la lucha contra la criminalidad organizada, especialmente en el seno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE).

hubiera sido conveniente y pretendía el Parlamento Europeo en el debate sobre el Plan de Acción ⁸³.

Esta maraña de documentos fue elaborada en paralelo a las discusiones intergubernamentales mantenidas a nivel internacional sobre la “creciente” peligrosidad de las actividades delictivas del COT, en particular en el seno de las Naciones Unidas con las deliberaciones conducentes a la redacción y adopción de la Convención de Palermo, por lo que reflejan gran parte del discurso y del tono securitario predominante en la década de 1990. En consecuencia, junto con la creación de Europol y de otros actores que le siguieron (*vid. infra*, epígrafe segundo), todos estos documentos ofrecieron los pasos concretos necesarios para elaborar una respuesta integral al crimen organizado en la UE, desde la prevención a la investigación y sanción, en línea con los planteamientos de la Convención de Palermo, si bien con ciertas particularidades derivadas de las especificidades de la propia integración comunitaria. En este sentido, especialmente relevante para el establecimiento y posterior desarrollo de la política “común” de lucha contra el COT ha resultado la aproximación de las legislaciones penales y procesales derivada de esta programación estratégica impulsada por las instituciones europeas, en particular respecto de la tipificación de determinadas conductas delictivas relacionadas con los grupos organizados, confirmando el enfoque de la UE en materia de prevención y lucha contra este tipo de delincuencia transfronteriza basado esencialmente en el uso del Derecho penal como instrumento privilegiado en la política de seguridad de los EEMM y de la Unión.

Este marco programático establecido por las instituciones ha determinado la actuación de la Unión en la última década en materia de prevención y represión del COT, tanto a nivel interno como internacional. Sin embargo, y a pesar de no poder ser

⁸³ “La falta de una definición de la delincuencia organizada:

16. Opina que la falta de una definición de la delincuencia organizada es un fallo serio, ya que así no se determinan con precisión ni se limitan con respecto a otras formas de delincuencia las formas de delincuencia que se tratan de combatir con el Plan de Acción;

17. Insta al Consejo a que defina un marco de acción concreto, antes de que se tomen las primeras medidas legislativas de aplicación del Plan de Acción, para evitar que en los Estados miembros sigan existiendo conceptos totalmente distintos y, por consiguiente, ideas distintas sobre lo que constituye la delincuencia organizada; serán parte integrante e ineludible de tal definición las siguientes características: actuación conforme a un plan, con división del trabajo y a largo plazo de un gran número de personas, para la Comisión de delitos leves o de un delito grave con perjuicios de muy elevada cuantía y con un claro afán de lucro como motivo, así como con el objetivo de transferir ganancias ilícitas a la economía legal; todo ello, independientemente de la comisión efectiva de tales delitos [...]”. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe, de 29 de octubre de 1997, sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada (7421/97 - C4-0199/97)*, A4-0333/97.

consideradas como estrategias en sentido estricto por las carencias evidentes en la identificación de los elementos del COT y de los medios para hacerle frente, han servido de principal acicate para —intentar, al menos— “reconceptualizar” de manera más coherente y concertada la seguridad europea y definir la respuesta desde la Unión a estas amenazas comunes, aunque su implementación en la práctica siga estando esencialmente fragmentada por la naturaleza competencial e institucional diferenciada de la integración comunitaria. Por otra parte, estos “documentos estratégicos” son igualmente relevantes para comprender el discurso securitario promovido desde las instituciones comunitarias en las últimas décadas —no solamente el Consejo Europeo— y que ha servido de base para la integración comunitaria en este terreno, siendo presentada como el único medio real y efectivo de “combatir al enemigo” que representan estas organizaciones delictivas ⁸⁴.

Asimismo, este continuum securitario ha servido de incentivo para la externalización de los objetivos de la arquitectura de seguridad interior y, en particular, la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. Es claro el énfasis puesto desde las instituciones en el carácter desestabilizador de la sociedad en la que opera y el componente *externo* del COT, que ha impelido a la Unión a realizar una actuación más decidida fuera de “sus” fronteras con el comienzo del siglo XXI: el COT no solamente es un “parásito” a la sociedad que la priva de un mayor grado de desarrollo económico al distorsionar la economía legal y corromper las instituciones políticas locales o amenazar su seguridad y bienestar, defendido especialmente por las teorías mercantilistas del crimen organizado y las propias instituciones comunitarias ⁸⁵;

⁸⁴ “Para luchar contra la delincuencia organizada existe una clara necesidad de «conocer al enemigo» y ponerse de acuerdo en las características que lo hacen a un tiempo peligroso y, esperemos, vulnerable. Ello, a su vez, hace necesario fortalecer y aunar los esfuerzos de los servicios especializados en análisis, incluido el apoyo de la comunidad científica, de todos los Estados miembros y, llegado el caso, de las instituciones europeas y Europol. Siempre que sea posible, esto debería llevarse a cabo ajustándose a unas definiciones, unas normas y una metodología comunes, con el fin de facilitar el reconocimiento del fenómeno desde el momento de su aparición y la formulación de una política eficaz para contrarrestarlo que incluya su represión policial y judicial”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada (adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997), *Diario Oficial C 251*, de 15.8.1997, pp. 1-16.

⁸⁵ “La delincuencia organizada socava las economías lícitas y es un factor desestabilizador del tejido social y democrático de la sociedad”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Desarrollo de un concepto estratégico...*, *loc. cit.* en Nota 70, p. 2.

En el mismo sentido, PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero:

sino que, además, el COT proviene del exterior de la Unión geográficamente hablando, cuestión que ha sido duramente criticada por una parte de la doctrina, más proclive a defender el carácter “local” de los grupos delictivos o escéptica acerca de la relevancia y conveniencia de diferenciar a los grupos delictivos en función de su nacionalidad o procedencia étnica ⁸⁶. En las últimas dos décadas, la UE ha interiorizado el discurso securitario suscitado en un primer momento por el Consejo Europeo, presente tanto en otras instituciones ⁸⁷ como en los principales actores del ELSJ ⁸⁸, provocando dos procesos paralelos: la *europaización* y la *externalización* de la seguridad interior; es decir, la definición de la seguridad interior como un ámbito en el que la integración comunitaria se prestaba necesaria y el énfasis puesto en la dimensión u origen externo de la amenaza ⁸⁹, redundando, progresivamente, en un incremento de la actuación exterior de la Unión.

Aunque paralelos, ambos procesos (*europaización* y *externalización*) han estado interconectados en el discurso securitario oficial de las instituciones, siendo la política comunitaria de inmigración la más afectada por el mismo por la criminalización que se

recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe Iacolino), A7-0307/2013.

⁸⁶ Entre los primeros, además de las referencias del Capítulo I, *vid.* FIJNAUT, C., “Controlling organized crime and terrorism in the European Union”, BASSIOUNI, C., MILITELLO, V. y SATZGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, CEDAM-ISISC, Milán – Padua, 2008, p. 245. Entre los escépticos o críticos con el énfasis en la composición étnica de los grupos delictivos organizados, SHEPTYCKI, J., BEN JAFFEL, H. y BIGO, D., *International organized crime in the European Union*, documento requerido por el Parlamento Europeo, Bruselas, noviembre de 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [última consulta: 31.8.2015].

⁸⁷ Por ejemplo, el Parlamento Europeo habla de las “proporciones alarmantes” del COT en el seno de la Unión en su Dictamen sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada (*Diario Oficial C 371*, de 8.12.1997, pp. 183-192), si bien resultaría engañoso (cuando no imposible por su inexistencia) consultar las estadísticas o unos datos policiales fiables a nivel europeo o comparado, especialmente en estos primeros años de la construcción de la arquitectura de seguridad interior de la UE.

Más recientemente, el 26 de septiembre de 2013, el Parlamento Europeo adoptó el Informe sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (*Informe Iacolino*, A7-0307/2013), con una visión igualmente tradicional del crimen organizado (identificado prácticamente en la *mafia*) y una interiorización del discurso securitario similar a la mantenida años antes por las principales instituciones.

⁸⁸ No hay más que echarle un vistazo a los primeros informes de Europol, documentos esenciales para la configuración del modelo europeo de gobernanza multinivel de la seguridad interior. Así, “su contenido está salpicado de constantes referencias a las nacionalidades de los grupos, lo cual da una idea de que el crimen transnacional tiende a percibirse como crimen cometido por extranjeros o inmigrantes.” MORENO, F., “Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado en la Unión Europea”, *Documento de Trabajo 26/2009*, Real Instituto Elcano, 25.5.2009, p. 22.

⁸⁹ ANDERSON, M. y APAP, J., “Changing Conceptions of Security and Their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation”, *Policy Brief*, Centre for European Policy Studies, Núm. 26, octubre de 2002, p. 3, disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015].

ha hecho del inmigrante ilegal o irregular⁹⁰. Además de “justificar” el establecimiento y refuerzo de las medidas para controlar los flujos migratorios, este continuum securitario ha participado “igualmente en la formación y la consolidación de una distinción conceptual entre *insiders* y *outsiders*” —enfoque alternativo a la cuestión del “pueblo europeo”⁹¹ o la ciudadanía europea—; cuestión que, por otra parte, en nada ha favorecido la integración de la población inmigrante en el país de destino. Sin embargo, lejos de quedarse meramente en el discurso institucional, el enfoque securitario identificable en los diferentes “documentos estratégicos”, generales y específicos, ha sido progresivamente incorporado al Derecho de la Unión, configurando una política “común” de lucha contra el COT fuertemente dependiente del recurso al Derecho penal y a otras medidas en el terreno procesal que han transformado su naturaleza punitiva en aras de la política de seguridad.

4. La traslación del discurso securitario en el Derecho de la Unión. Los precedentes

Concebida, pues, la Unión como un *espacio*, la principal aportación del Tratado de Ámsterdam (TA) va a ser su capacidad para sentar las bases del Derecho que le ha de ser aplicable⁹² con el fin último de salvaguardar el *orden público europeo de la seguridad interior*. Por ello, pese a ser el Tratado de Maastricht el fundador de la UE y su consiguiente estructura en “pilares”, las verdaderas novedades en el terreno de la cooperación policial y judicial en materia penal (CPJP) y de otras medidas de lucha contra el COT hubieron de esperar algo más de un lustro. Así, el relevante papel del Consejo Europeo en la identificación de las necesidades de actuación conjunta ante la percepción de la amenaza a la seguridad de la Unión encuentra en esta reforma la

⁹⁰ CHOLEWINSKI, R., “The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy”, BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2007, pp. 301-336; DUEZ, D., *L’Union européenne et l’immigration clandestine...*, *op. cit.* en Nota 16; MITSILEGAS, V., *The Criminalisation of Migration in Europe Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, Dordrecht, 2015; NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe...*, *op. cit.* en Nota 8; RUIZ DÍAZ, L. J., “Cooperation with Third Countries in Fighting Illegal Immigration: Combating “Mafias” or protecting Member States’ Borders?”, BARRANCO VELA, R. (Dir.), *Crisis, Lisbon, EU Policies and Member States*, Colección Estudios Derecho y Bienestar Social, Editorial Comares, Albolote, 2011, pp. 182-206.

⁹¹ DUEZ, D., *L’Union européenne et l’immigration clandestine...*, *op. cit.* en Nota 16, pp. 236 y 241 (traducción propia).

⁹² Nota 18.

oportunidad de establecer una “política común de seguridad interior” —por seguir los términos de la ESI— que habría de vertebrar dicho *espacio* y que condicionaría su desarrollo posterior. En consecuencia, el TA reorganiza la anarquía y deficiencias anteriores⁹³ e introduce en su artículo 2 (*ex* TUE) un nuevo objetivo “global” de la UE que permitiría conectar definitivamente el binomio libre circulación de personas – seguridad⁹⁴:

mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia[.]

Dentro del objetivo general de proporcionar a los ciudadanos de la Unión “un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (Art. 29 *ex* TUE), la lucha contra la delincuencia organizada —que, como veremos, incluiría en su conceptualización el terrorismo en un primer momento— se convirtió en una prioridad de la cooperación judicial y policial en la Unión y el principal motor de la progresiva integración de dicho *espacio*. Por otra parte, el TA confirmaría el papel que el Derecho penal habría de jugar en la salvaguarda del “orden público europeo” al

⁹³ El Tratado de la UE aprobado en Maastricht establecía dentro del extinto “tercer pilar” todos aquellos aspectos no cubiertos ni por la integración comunitaria ni por los asuntos de Política Exterior y de Seguridad Común, dando lugar a un marco fuertemente heterogéneo que consolidaría progresivamente su carácter híbrido, fruto del compromiso entre partidarios de una mayor integración y detractores de extender los métodos comunitarios a las áreas cubiertas por este ámbito, tradicionalmente ligadas a la soberanía estatal. Por ello, entraban cuestiones de muy diferente naturaleza, integrando bajo un mismo marco las políticas de inmigración y asilo y la lucha contra distintos fenómenos delictivos —criminalidad organizada o el terrorismo—. Por otra parte, sujeto a determinadas especificidades procedimentales y competenciales. Sobre este aspecto, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Avis de la Commission – Renforcer l’Union politique et préparer l’élargissement*, COM (96) 90 final, de 28.2.1996; PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996 – Realización y desarrollo de la Unión, *Diario Oficial C 151*, 19.6.1995, pp. 56-67.

Sin embargo, el Tratado de Ámsterdam no resolvía todas las cuestiones e incluso planteaba otras nuevas, pues, por ejemplo, separaba artificialmente los asuntos de Justicia e Interior en diferentes pilares dependiendo de si se trataba de cuestiones ligadas al perfeccionamiento del mercado interior (Título IV del Tratado CE, *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*) de aquellas cuestiones relacionadas con la cooperación policial y judicial en materia penal (CPJP) bajo el nuevo Título VI Tratado UE *pre-Lisboa*. Además, la mayor parte de los instrumentos previstos no distaban de la cooperación internacional clásica, con todas las incertidumbres que su ratificación acarrearía. *Vid.* para un estudio en profundidad del marco jurídico tras la aprobación del TA, VALLE GÁLVEZ, A. del, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 3, Año 2, Madrid, enero/junio de 1998, pp. 41-78.

⁹⁴ *Ídem.*, p. 51.

configurarlo como instrumento privilegiado de la actuación comunitaria contra dichas amenazas. Ante este panorama, la respuesta de la Unión en el ámbito de la seguridad fue la integración y posterior “comunitarización” de un marco de cooperación externo como es Schengen en el TUE ⁹⁵, de carácter esencialmente represivo más que preventivo en su incorporación al ordenamiento comunitario, y la introducción de nuevos instrumentos y ámbitos de integración en el ámbito CPJP. El nuevo Tratado proporcionaba, así, el marco jurídico demandado por el Consejo Europeo ante las inquietudes manifestadas en sus sucesivas reuniones desde Madrid (1995) y Dublín (1996), e introducía las Decisiones marco como instrumento específico de aproximación de legislaciones de los EEMM en el ámbito CPJP, permitiendo a la Unión la posibilidad de adoptarlas para establecer las “normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas” (Art. 31 *ex* TUE).

No solamente a nivel del Derecho originario se deja sentir la importancia que la lucha contra el COT ha tenido en el establecimiento del ELSJ y de la relevancia del Derecho penal como instrumento clave en su represión. En este sentido, la Acción común de 1998 representa un hito en la lucha contra el COT a nivel europeo e internacional. Nunca antes un texto internacional —ni siquiera anteriores instrumentos de la Unión ⁹⁶—, había entrado en el debate sobre la delimitación del concepto de *crimen organizado*, al definir *organización delictiva* y tipificar diferentes conductas delictivas relacionadas con la participación en este tipo de organizaciones. La Acción común pretende alcanzar un consenso sobre unos estándares mínimos de armonización de las legislaciones penales nacionales a nivel de la UE, en particular en cuanto a qué ha de entenderse por *organización delictiva* o los criterios que han de reunir, por ejemplo,

⁹⁵ Para un análisis detallado del marco jurídico previo al Tratado de Lisboa, *vid.* DONY, M., *Droit de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2008, especialmente pp. 381-410; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 685-707; MONAR, J., “Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam”, *European Law Review*, pp. 320-335; VALLE GÁLVEZ, A. del, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y *Schengen...*”, *loc. cit.* en Nota 93.

⁹⁶ Por ejemplo, el Convenio de extradición entre EEMM de 1996 [*Diario Oficial C 313*, de 23.10.1996, pp. 11-23] preveía la posibilidad de extraditar a aquellas personas que se pusieran de acuerdo (*conspiracy*) o se asociaran para cometer las ofensas previstas bien en la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo (Consejo de Europa, ETS 90, Estrasburgo, 27.1.1977), bien cualquier otra conducta punible con al menos un máximo de un año de privación de libertad en el ámbito del tráfico de drogas u “otras formas de delincuencia organizada”. Sin embargo, no se determinaba qué había de entenderse por tal alusión genérica.

con respecto a la estructuración, composición y permanencia del grupo ⁹⁷. La Acción común respondía, así, al llamamiento del Plan de Acción de la UE para combatir el crimen organizado, en particular a la petición de tipificar la participación en una organización criminal ⁹⁸, aunque no pueda considerarse que aborde de manera tajante el concepto mismo de *crimen organizado* ni todos los elementos identificados por la mayor parte de la doctrina ⁹⁹. De esta forma, según la Acción común los EEMM habrían de tipificar una o dos conductas de participación en organización criminal, a elección del Estado miembro durante la transposición: la “participación activa” y/o el “acuerdo” para delinquir. La posibilidad de tipificar una o ambas conductas, ancladas, respectivamente, en la tradición penal europea continental y en el sistema anglosajón, obedecía a la necesidad de adoptar la Acción común por unanimidad en el Consejo y, por tanto, permitir una representación de ambas tradiciones jurídicas. Sea como fuere, lo verdaderamente interesante desde el punto de vista legal es que, a partir de ese momento, la Acción común permitía la posibilidad de tipificar penalmente la participación como delito individualizado en torno a unos estándares comunes, independiente de la comisión de otro delito en el seno de dicha organización, aunque mantuviese un claro mutismo a la hora de tipificarlo como circunstancia agravante en el caso de la comisión de otros delitos en el marco de una organización delictiva.

No obstante, y a pesar de los pasos aportados, varias cuestiones quedaron por resolver tras la adopción de la Acción común, derivadas principalmente del intento de trasladar a un texto legal un concepto eminentemente criminológico, en principio, ajeno a la tradición jurídica continental europea y no necesariamente ligado al *conspiracy* anglosajón. Como queda resumido en las palabras de Mitsilegas, Monar y Rees:

⁹⁷ Vid., para un mayor análisis de la Acción común, MALJEVIĆ, A., ‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’. *Different legal models against criminal collectives*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 158-162; MANACORDA, S. (Coord.), *L’infraction d’organisation criminelle en Europe (Allemagne – Espagne – France – Italie – Union européenne)*, Association de recherches pénales européennes, Presses Universitaires de France, París, 2002 ; y MITSILEGAS, V., “Defining organised crime in the European Union...”, *loc. cit.* en Nota 78.

⁹⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, *Diario Oficial C 251*, de 15.08.1997, especialmente recogida en la orientación política núm. 1, p. 4.

⁹⁹ El Dictamen del Parlamento Europeo sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada (*vid.* Nota 70) consideraba que la falta de una definición de la delincuencia organizada constituía un “fallo serio” en la elaboración de dicho Plan y abogaba por que se incluyesen las siguientes características: “actuación conforme a un plan a largo plazo y con división de trabajo entre un elevado número de personas con vistas a la realización de delitos con perjuicios financieros de cuantía considerable y con un claro afán de lucro como motivo, así como con el objetivo de transferir ganancias ilícitas a la economía legal [...]” (p. 187).

La definición de una organización criminal representa un esfuerzo por incorporar en un texto legal una conceptualización amplia de criminalidad organizada basada considerablemente en los enfoques de las fuerzas de seguridad. El resultado ha sido la inclusión de una serie de elementos “extra-legales” altamente subjetivos y difíciles de probar. [...] Dificultades similares existen en cuanto a la delimitación de los criterios de duración, acción concertada y la búsqueda del beneficio material, aunque su inclusión refleja una convergencia de puntos de vista de las fuerzas de seguridad nacionales. [...] Más importante, quizá, esta amplia y amorfa definición puede suponer un desafío para los valores fundamentales legales y sociales que supuestamente intenta proteger.¹⁰⁰

Otro de los principales problemas de la Acción común de 1998 fue la inclusión de un punto que ha resultado divergente respecto de la respuesta a nivel internacional, legal y académica, y de la práctica experimentada en los últimos años. Se trata de la referencia al fin último de la organización. Así, el artículo 1 establece:

A efecto de la presente Acción común, se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, *con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales* y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública. (Cursiva añadida)

La inclusión de otros grupos delictivos con fines distintos de los perseguidos por las agrupaciones criminales puede, empero, resultar confusa y poco efectiva en la práctica. Además, añade una amplitud a la definición que pone en entredicho la tradicional seguridad jurídica y la pretendida claridad de los Códigos penales, principios fundamentales del ordenamiento penal que no se desprenden del texto de la Acción común. En su práctica implementación, cuyo carácter vinculante para los EEMM firmantes ha sido repetidamente contestada¹⁰¹, dependió del Estado miembro en cuestión su concreción jurídica y el establecimiento de unas garantías procesales

¹⁰⁰ MITSILEGAS, V., MONAR, J. y REES, W., *The European Union and Internal Security...*, *op. cit.* en Nota 20, p. 97-98.

¹⁰¹ Para una breve reflexión al respecto, *vid.* FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *et al.*, *Estudios Penales y Criminológicos XXIII*, Universidade de Santiago de Compostela, 2002, pp. 59-98.

acordes con su Derecho interno. En consecuencia, su implementación no ha estado exenta de dificultades, puesto que no todos los EEMM han adaptado sus normas internas a la Acción común de 1998, o bien la han implementado de muy diferente manera, optando en algunos casos por incorporar en su ordenamiento interno directamente la Convención de Palermo ¹⁰².

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, sin embargo, impulsaron considerablemente el desarrollo de la arquitectura de seguridad interior al darse un período en el que, al disminuir las reticencias de los EEMM, se conseguirían integrar aún más las cuestiones JAI en el seno de la Unión ¹⁰³, particularmente aquellas relacionadas con la seguridad. No obstante, la lucha contra el terrorismo internacional ha desplazado al COT como principal punto de la agenda oficial comunitaria y las diferentes iniciativas que se sucederían en los años siguientes en la consolidación de la arquitectura de seguridad interior llevarían la huella de la maraña de medidas antiterroristas impulsadas desde las diversas instancias europeas e internacionales, con los inconvenientes que ello acarrea para su efectiva implementación y la propia política “común” de lucha contra el COT, particularmente en la falsa asimilación entre lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo como instrumentos para atajar ambos tipos de criminalidad transnacional sin tomar en consideración las especificidades propias a ambos delitos. Así, los planes de acción y la aprobación de la Decisión marco para combatir el crimen organizado responden a la identificación de la necesidad de reforzar la arquitectura de seguridad interior de la UE, si bien ha quedado claramente ligada e influida por las medidas antiterroristas.

¹⁰² “[...] pocas o ninguna reformas en las autoridades nacionales de investigación y represión pueden hallar su origen directamente en los impulsos reguladores de la UE.” BOER, M. Den, “The fight against organized crime in Europe: a comparative perspective”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Kluwer Academic Publishers, Vol. 9, 2001, p. 271.

Sobre los distintos sistemas represivos nacionales y la implementación de la Acción común en algunos países europeos, llegando a conclusiones similares a la anterior sobre la incidencia del marco europeo en los ordenamientos de los EEMM, *vid.* MANACORDA, S. (Coord.), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe...*, *op. cit.* en Nota 97. Adicionalmente, CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, Georg Éditeur, Ginebra, 2004.

¹⁰³ O en un marco multilateral paralelo a imagen de la cooperación Schengen, como el Tratado de Prüm, posteriormente integrado en el Derecho de la UE. Para un análisis del Tratado de Prüm en perspectiva constitucionalista, puede consultarse el especial de la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 7, enero-junio de 2007.

2. Los actores, ¿piezas clave en el funcionamiento de la política “común” de lucha contra el crimen organizado o continuadores del discurso securitario?

Sobre la base de esta embrionaria normativa transnacional y europea de finales del siglo XX las instituciones de la UE han articulado una política “común” de lucha contra el COT que descansa sobre una amplia variedad de actores, junto con el Derecho penal y las iniciativas en materia de intercambio de información y datos entre las autoridades de aplicación de la ley que analizaremos en los siguientes epígrafes. Estos actores representan el elemento operacional de esta política “común”, reflejando una etapa ulterior de integración respecto de métodos tradicionales de cooperación judicial y policial a nivel internacional y paneuropeo. Sin embargo, percibimos una constante tensión entre la pretendida supranacionalidad y el mantenimiento de ciertos resquicios soberanistas en la (supuesta) *europaización* de la operatividad de la lucha contra el COT y otras amenazas a la seguridad interior que dotan a estos actores de un marcado carácter híbrido y, en determinados casos, vacío de funcionalidad operacional real. En ocasiones extremas, esta cuestión de carencia funcional puede derivar en una perpetuación del discurso securitario oficial a través de una réplica de los mismos estereotipos y “miedos” a las consecuencias negativas del COT al orden público europeo presentados, principalmente, por el Consejo y el Consejo Europeo, favorecidos por una espiral institucional en la que los actores legitiman su propia existencia y funciones por medio de una retroalimentación continua en la que la indefinición de los términos está siempre presente.

En las líneas que siguen, además de centrarnos exclusivamente en aquellos actores implicados en la implementación del marco jurídico existente y del correcto funcionamiento de la política “común” contra el COT, analizaremos su papel en la proyectada creación de un *modelo operacional europeo*, pues suponen la novedad del marco de la Unión respecto de otras Organizaciones regionales e internacionales. En este modelo el intercambio y la disponibilidad de la información son esenciales para el correcto mantenimiento del orden y la seguridad pública europeos, así como para fomentar la confianza mutua entre las autoridades de los EEMM, tanto en el terreno judicial como operativo, por lo que los actores del ELSJ juegan un rol cardinal en cubrir

las lagunas del Derecho de la UE. Dicho modelo resulta de especial relevancia en la actuación preventiva y constituye una de las piezas clave en la *gobernanza multinivel* en la prevención y represión del COT desde la UE. Por ello, algunos autores consideran estos actores “instrumentos privilegiados de la nueva gobernanza europea”¹⁰⁴. Esta afirmación, excesivamente optimista en cuanto al alcance real de sus funciones, cobraría especial relevancia si se llegan a desarrollar en un futuro próximo las disposiciones del Tratado de Lisboa al respecto, las cuales marcan una nueva etapa en la consolidación de algunos actores en el marco de la política “común” de lucha contra el COT y en la supranacionalidad del modelo operacional europeo —si bien todavía carente de funciones operativas coercitivas propias—, en particular respecto del inicio de investigaciones penales, la relación con las instituciones y cierta mejora del control de sus actividades por el Parlamento Europeo y las asambleas parlamentarias de los EEMM.

1. Entre impulso y control: el rol de las instituciones en el establecimiento y desarrollo de los actores y de la política “común” contra el crimen organizado

Las instituciones de la UE han sido los principales artífices del establecimiento y desarrollo de la política “común” contra el COT y, en general, de la arquitectura de seguridad interior. Para ello, se han basado más en cuestiones internas a los EEMM o presiones internacionales que en una política sosegada y fundada en las necesidades reales de represión de los grupos delictivos organizados y otras amenazas transnacionales, como el terrorismo¹⁰⁵. En particular, la sucesión de eventos dramáticos en la década de 1990 en Italia e Irlanda ligados a represalias del crimen organizado¹⁰⁶

¹⁰⁴ CUDENNEC, A., « Sécurité et protection des frontières extérieures de l’Union européenne : le rôle de l’agence Frontex », FLAESCH-MOUGIN, C. (Dir.), *Union européenne et sécurité...*, op. cit. en Nota 18, p. 333.

A este respecto, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La gobernanza europea – Un Libro Blanco*, COM (2001) 428 final, Bruselas, 25.7.2001.

¹⁰⁵ Un ejemplo de este tipo de *europización* de la respuesta a una cuestión de seguridad puramente interna o bilateral es la lucha contra ETA por parte de los gobiernos españoles y cómo consiguieron introducirla en la agenda de la UE, aprovechando la coyuntura favorable tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. *Vid.*, para un análisis en profundidad de este caso de estudio, CLOSA, C., “The formation of Domestic Preferences on the EU Constitution in Spain”, *Comparative European Politics*, Vol. 2, Núm. 3, diciembre de 2004, pp. 320-338.

¹⁰⁶ En 1992, se sucedieron los asesinatos de los magistrados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino a manos de la Mafia siciliana, dando lugar al establecimiento de un Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre el Crimen Organizado Internacional para emitir recomendaciones de acción concretas en el marco de la integración comunitaria. Pocos años más tarde, en abril de 1997, la Presidencia irlandesa propuso la

daría lugar a decididos impulsos por “europeizar” la lucha contra el COT, manteniéndose posteriormente gracias a la introducción en la agenda comunitaria de prioridades domésticas en determinados delitos conexos (en un primer momento, básicamente el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes) y del consenso generado a nivel internacional tras la Declaración política de Nápoles de 1994. De esta forma, el Consejo Europeo ha sido en los últimos decenios el principal promotor de una mayor integración en cuestiones relacionadas con la seguridad y otros aspectos vinculados al ELSJ ¹⁰⁷, con el fin de luchar principalmente contra el terrorismo internacional y el COT, cuyo carácter transnacional —y, casi siempre, *externo*— ha sido repetido sistemáticamente en el discurso oficial mantenido por las instituciones y plasmado en las diversas estrategias adoptadas en la última década destinadas a salvaguardar el orden y la seguridad públicos europeos.

Además de como impulsor de la política “común” de lucha contra el COT y de refuerzo de la arquitectura de seguridad interior, con la adopción de las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa (Art. 68 TFUE), los Tratados le confieren al Consejo Europeo un rol preeminente en su desarrollo. Así, podrá dirimir controversias en el ámbito de la aproximación legislativa penal sustantiva y procesal (artículos 82, § 3 y 83, § 3 TFUE), el establecimiento de la Fiscalía Europea (Art. 86 TFUE) y la adopción de medidas legislativas por el procedimiento ordinario relativas a la cooperación policial cuando un proyecto esté paralizado en el Consejo (Art. 87, § 3 TFUE), sin duda, cuestiones todavía controvertidas que requieren de unanimidad al más alto nivel decisorio en la Unión y para las que priman la cooperación sobre la integración. Es por ello que no podemos hablar de una “comunitarización” completa de estos ámbitos del ELSJ relacionados directamente con la lucha contra el COT, particularmente si tenemos en cuenta el grado de diferenciación existente y las restricciones que imponen los Tratados ¹⁰⁸. Estas limitaciones y reticencias se

creación de un Grupo de Alto Nivel para la redacción de un “plan de acción global” contra el COT, como respuesta al asesinato de la periodista Veronica Guerin a manos del cártel de Gilligan, en noviembre de 1996. *Vid.* FIJNAUT, C., “European Union Organized Crime Control Policies”, PAOLI, L. (Ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, pp. 572-592.

¹⁰⁷ Para un análisis detallado del papel de las instituciones en el ELSJ y algunos de sus aspectos más relevantes y problemáticos, *vid.* TRAUNER, F. y RIPOLL SERVENT, A. (Eds.), *Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice. How EU institutions matter*, Routledge, Oxon, 2015.

¹⁰⁸ A este último respecto, *vid.*, por ejemplo, HINAREJOS, A., “Law and order and internal security provisions in the Area of Freedom, Security and Justice before and after Lisbon”, ECKES, C. y KONSTADINIDES, T. (Eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European public*

reproducen en el resto del sistema institucional, ya que la Comisión comparte el derecho de iniciativa con los EEMM, movidos en ocasiones por motivaciones de agenda política interna, y el consenso —o, según la materia, la unanimidad— en el Consejo prima para la adopción de decisiones vinculadas a la seguridad interior y la lucha contra el COT, lo que reduce la posibilidad de adoptar una actuación “radical” en este terreno al ser los EEMM los directores de todo el proceso.

El Consejo es la institución cardinal o “centro de gravedad” de la arquitectura de seguridad interior ¹⁰⁹, al que los Tratados le han conferido funciones esenciales en el desarrollo legislativo y consolidación de la política “común” de lucha contra el COT. En esta tarea, el Consejo se encuentra asistido por el COSI ¹¹⁰ y otros grupos de trabajo y órganos del ELSJ con responsabilidad directa en el mantenimiento de la seguridad interior. Estos comités y grupos de trabajo, numerosos y de muy variada naturaleza ¹¹¹, plantean, no obstante, dificultades en la toma de decisiones e incoherencias en el seno

order, Cambridge University Press, 2011, pp. 249-271; MONAR, J., “The Institutional Framework of the AFSJ. Specific Challenges and Dynamics of Change”, MONAR, J. (Ed.), *The Institutional Dimension of European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, Núm. 11, P. I. E. Peter Lang, Bruselas, 2010, pp. 1-27; PRIOLLAUD, F.-X., y SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne : Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La Documentation française, París, 2008, pp. 198-231.

¹⁰⁹ LOBKOWICZ, W. de, *L’Europe et la sécurité intérieure...*, *op. cit.* en Nota 28, p. 177.

¹¹⁰ El COSI no es, propiamente hablando, un agente o actor autónomo como el resto. Se trata de un comité especializado del Consejo, previsto en el artículo 71 del TFUE y establecido por la Decisión 2010/131/UE del Consejo [*Diario Oficial L 52*, de 3.3.2010, p. 50], con el fin de propiciar, fomentar e intensificar la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los EEMM en materia de seguridad interior. Esta Decisión no define, sin embargo, la composición del Comité, que ha sido relegado a un segundo plano, no solamente a nivel competencial, sino también en términos de rango institucional, puesto que se han destinado a este Comité los altos funcionarios de las unidades nacionales competentes, frente a los diplomáticos de otros órganos, como el Comité Político y de Seguridad. Otra de las limitaciones que coartan la libertad de actuación del COSI, y que nos permite cuestionar su utilidad real, es la imposibilidad de intervenir en el desarrollo de las operaciones o en la elaboración de actos legislativos, que serán competencias, respectivamente, de las autoridades estatales y del COREPER.

¹¹¹ El COSI no sustituye al Comité de Coordinación del artículo 36 del anterior Tratado de la UE (o CATS), responsable de la CPJP bajo el marco legal anterior, aunque ambos mantengan funciones similares en materia de seguridad interior. Si bien debiera asumir sus competencias y las del Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo (CEIFA), del extinto primer pilar, para darle mayor coherencia al conjunto, los EEMM han preferido añadir complejidad al marco operacional del ELSJ, creando un nuevo comité con tareas afines a los anteriormente establecidos en el Consejo y sin garantizar una evaluación de las necesidades en materia de seguridad interior verdaderamente independiente de conflictos políticos o diferencias entre EEMM. *Vid.* Nota 51.

Sobre la proliferación de actores con responsabilidad directa en el mantenimiento de la seguridad interior, *vid.*, *inter alia*, HOUSE OF LORDS, *17th Report. The EU Internal Security Strategy*, publicado el 24.5.2011, especialmente pp. 50-60, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldcom/149/149.pdf> [última consulta: 31.8.2015]; LABAYLE, H., “Instruments et procédures de l’espace de liberté, de sécurité et de justice : quelques réflexions critiques”, KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. (Dirs.), *Quelles réformes pour l’espace pénal européen ?*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 41-58.

del Consejo, por la indefinición de los límites de sus respectivas funciones en un sector en el que la Unión ejerce únicamente una competencia compartida, en ocasiones subsidiaria ¹¹². Además, el planteamiento del COSI dista mucho de representar un órgano preparado para elaborar y gestionar una estrategia coherente que responda a las necesidades de la seguridad interior de la Unión, en concreto respecto del mantenimiento del orden público europeo ante el COT ¹¹³, por lo que las funciones del COSI ¹¹⁴ han de ser consideradas subsidiarias o de apoyo al trabajo del Consejo, institución central en el desarrollo e implementación de la ESI y, por ende, de la arquitectura de seguridad interior, y del COREPER, único órgano facultado para preparar medidas legislativas.

La otra institución relevante en la política “común” de lucha contra el COT es el Parlamento Europeo, ya que el papel de la Comisión en este terreno es limitado, ceñido exclusivamente a la iniciativa legislativa —compartida, no obstante, con los EEMM en materia de cooperación penal y policial (Art. 76 TFUE)— y el seguimiento de la implementación de este ámbito de la integración comunitaria. Además, el rol que se le ha otorgado finalmente a la figura de Alto Representante de la Unión para Asuntos

¹¹² Para un análisis en profundidad, *vid.* BERTHELET, P., *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Peter Lang, 2003, Bruselas, en particular pp. 197-211.

¹¹³ Su labor es de discutida utilidad en el entramado de actores del ELSJ, por lo que se aprecia en su creación cierta motivación “efecto anuncio”, comparable a la aprobación de la propia ESI. Especialmente desde el punto de vista estratégico no parte con buen pie, puesto que la ESI no ofrece un planteamiento adecuado del marco general, al obviar clamorosamente su vertiente exterior. Por otra parte, no establece los medios que la Unión ha de movilizar en caso de amenaza a la seguridad interior o de activación de la *cláusula de solidaridad*, por lo que no parece muy claro el papel concreto que el COSI ha de jugar en la implementación de la ESI. Finalmente, subrayar nuevamente que la división entre la estrategia y el nivel operativo no está clara en los documentos e instrumentos adoptados en los últimos años por la UE y, probablemente, tampoco en el imaginario de los responsables europeos, cuestión que complica, más si cabe, la lucha efectiva contra el COT a nivel de la Unión.

¹¹⁴ En primer lugar, el COSI tiene por misión facilitar y garantizar la cooperación y coordinación operativa en el marco del ESLJ, incluyendo aquellos “aspectos de la cooperación judicial en materia penal que sean pertinentes para la cooperación operativa en materia de seguridad interior” (Art. 3, § 1 de la Decisión COSI). Asimismo, el COSI tiene encomendada la misión de evaluar mediante la publicación de informes la orientación general y eficacia de la coordinación operativa, identificando deficiencias y recomendando las medidas que estime oportunas para corregir dichas disfunciones. Por último, en caso de activación de la cláusula de solidaridad del artículo 222 TFUE, el COSI prestará asistencia al Consejo, conjuntamente con el Comité Político y de Seguridad (COPS) en caso de implicar medidas de tipo militar.

Por otra parte, las materias que le han sido conferidas al COSI están directamente relacionadas con el mantenimiento de la seguridad interior en varios aspectos claramente diferenciados y para los que la competencia de la Unión es más que discutible. Primeramente, el mandato del COSI es bastante amplio, pues se supone que es competente para todas aquellas materias relacionadas con la seguridad interior recogidas principalmente en el Título V TFUE. Seguidamente, con carácter general, la protección civil es un ámbito de competencias de apoyo, según los artículos 6 y 196 TFUE, por lo que, de activarse la cláusula de solidaridad —más directamente relacionada con el terrorismo y los desastres naturales que con el COT—, la acción del COSI complementaría la llevada a cabo por las autoridades estatales, principalmente limitándose a labores de coordinación, sin que pueda participar en actividades operativas.

Exteriores y Política de Seguridad es, como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle en el próximo Capítulo, bastante limitado en cuanto a sus funciones de coordinación de la acción exterior de la UE en la lucha contra el COT. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Parlamento ha adquirido un creciente protagonismo, pues ha visto reforzadas sus funciones en materia legislativa en el ELSJ, si bien no llega a ser colegislador en igualdad de condiciones, ya que el Consejo puede cambiar la base jurídica de la propuesta legislativa u otros elementos esenciales, como ya hiciera en 2011 en relación a la reforma del espacio Schengen ¹¹⁵, y mantiene la posibilidad de enmendar en última instancia el texto aprobado por los europarlamentarios en determinadas materias que escapan a su control legislativo.

El elemento más innovador del Tratado de Lisboa es, empero, que ha reforzado su papel como órgano de control político y presupuestario de la actividad de la Comisión y, como novedad, de los actores del ESLJ. En concreto, junto con las asambleas parlamentarias (Art. 12 TUE), el Parlamento Europeo controlará políticamente las actividades de Eurojust (Art. 85 TFUE) y Europol (Art. 88 TFUE), si bien deja su concreción a la aprobación posterior de sus respectivos reglamentos de funcionamiento, sujeta a negociación en el Consejo. En la actualidad, el papel de control del Parlamento se reduce a la presentación *a posteriori* de un informe de actividad, de manera anual, y, en el caso de Europol, su previa consulta a la hora de establecer la lista de Estados terceros y organismos con los que la agencia puede entablar relaciones exteriores. Sin embargo, en los términos actuales, las propuestas de reforma de ambos actores ¹¹⁶ no desarrollan demasiado estas disposiciones, por lo que el papel del Parlamento Europeo se reduce a la consulta previa, en un momento dado, para la elaboración de la lista de terceros Estados y órganos con los que mantendrán relaciones

¹¹⁵ En este sentido, el Parlamento Europeo suspendió en junio de 2012 su cooperación con el Consejo en varios dossiers legislativos en negociación relacionados con el mantenimiento de la seguridad interior, en una decisión “sin precedentes”, según su Presidente, ante la decisión unilateral del Consejo de modificar la gobernanza del espacio Schengen en términos claramente más restrictivos.

<http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/content/20120613STO46764/html/EI-PE-suspende-la-cooperaci%C3%B3n-con-el-Consejo-tras-su-decisi%C3%B3n-sobre-Schengen> [última consulta: 31.8.2015].

¹¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación y la formación en funciones coercitivas (Europol) y por el que se derogan las Decisiones 2009/371/JAI y 2005/681/JAI*, COM (2013) 173 final - 2013/0091 (COD), Bruselas, 27.3.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust)*, COM (2013) 535 final - 2013/0256 (COD), Bruselas, 17.7.2013.

exteriores o para abordar cuestiones particulares en una comparecencia ante los europarlamentarios y, con posterioridad, en la presentación de informes anuales y de gestión financiera y presupuestaria, que serán igualmente remitidos a las asambleas nacionales, junto con otros documentos internos de relativa eficacia para su control democrático. Por lo tanto, las actividades de ambos actores, al igual que las del resto — que no tienen siquiera obligación de informar—, no serán plenamente objeto de escrutinio por el Parlamento Europeo, que se limitará a controlar su gestión corriente e intercambiar puntos de vista con sus directores, muy lejos del control parlamentario llevado a cabo en los EEMM sobre las cuestiones relacionadas con la seguridad estatal.

Igualmente deficiente es, por último, la labor del Tribunal de Justicia. El Tratado de Lisboa mantiene la exclusión de las funciones de esta institución en todo lo relacionado con el control de la “validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro”, además de para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades estatales en el mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (Art. 276 TFUE). Por ello, su papel se reduce a verificar la adecuación a los Tratados de la legislación adoptada en el marco de la lucha contra el COT, pero, en cambio, no sería competente para controlar (ni directa, ni indirectamente) la proporcionalidad de las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad de un Estado miembro en aplicación de una ley estatal que desarrolle una norma de la UE —por ejemplo, en el terreno penal procesal (*vid. infra*, epígrafe quinto)—, por lo que estamos igual que con el marco anterior. O, incluso, peor. El límite adicional a la competencia del Tribunal de Justicia recogido en el Art. 276 TFUE no solamente afecta a su capacidad para responder a cuestiones prejudiciales, sino que, también, restringe para algunos autores las posibilidades de que decida sobre procedimientos de infracción ¹¹⁷, por lo que podría darse la paradoja de que, en aplicación de una norma restrictiva de la UE, un Estado miembro fuera condenado bien por la jurisdicción interna, bien por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No sería la primera vez ¹¹⁸.

¹¹⁷ HINAREJOS, A., “Law and order and internal security provisions...”, *loc. cit.* en Nota 106, pp. 263-269.

¹¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, SANZ CABALLERO, S., “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, Núm. 17, enero-abril de 2004, pp. 117-158.

Estas limitaciones en la participación de dos instituciones clave para verificar la validez y adecuación de las medidas contra el COT al *orden constitucional europeo* (Tribunal de Justicia) y ejercer un control democrático eficaz (Parlamento Europeo) reflejan la gravedad del “enfermo leviatán”. Las restricciones a la competencia del Tribunal de Justicia y del Parlamento Europeo en ámbitos del mantenimiento de la seguridad interior especialmente sensibles para la soberanía estatal, el hecho de que la Comisión comparta la iniciativa legislativa con los EEMM ¹¹⁹ y el papel preeminente que otorga el Tratado de Lisboa al Consejo —y, por ampliación, al Consejo Europeo— son síntomas evidentes de una anomalía institucional agravada por la última reforma de los Tratados y por el hecho de que la Unión adopte un Derecho penal claramente influido por el discurso securitario de las instituciones —perdiendo su naturaleza de última ratio y confundándose con la “política criminal” de la UE—. A este panorama poco prometedor hemos de añadir la ausencia de un Derecho procesal verdaderamente europeo que garantice la protección de los derechos de la defensa y a un proceso justo a todas las personas a las que este *Derecho de excepción* ¹²⁰ que veremos en los siguientes epígrafes se aplica, delegando esta labor de control constitucional en manos de las

¹¹⁹ Artículo 76 TFUE:

“Los actos contemplados en los capítulos 4 [Cooperación judicial en materia penal] y 5 [Cooperación policial], así como las medidas mencionadas en el artículo 74 que garanticen la cooperación administrativa en los ámbitos a que se refieren esos capítulos, se adoptarán:

- a) a propuesta de la Comisión, o
- b) por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros.”

¹²⁰ “Desde hace ya muchos años, y sobre todo a partir de finales de la década de 1980 (la adopción, en 1988, de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes [...] parece marcar el punto de inflexión), la intervención penal clásica se transforma progresivamente en algo sustancialmente diferente; es decir, que de componente de la política criminal, ésta termina por coincidir con ella. [...] Dos elementos esenciales diferencian estos modos de intervención del Estado contra el crimen [...] En primer lugar, el alcance de los instrumentos utilizados. Las políticas criminales recurren a otros instrumentos distintos del Derecho penal. Es el caso [...] de ciertos métodos de investigación anteriormente reservados a la protección del Estado o a la inversión de la carga de la prueba, generalmente limitada a los dominios jurídicos no penales. En segundo lugar, la lógica subyacente. [...] Mientras que el Derecho penal busca tradicionalmente encontrar un equilibrio entre la elucidación de las infracciones y las garantías del acusado [...], las políticas criminales priman los imperativos de la eficacia sobre los derechos de la persona en cuestión. [...] Actualmente, se ha creado una nueva relación] entre tipificaciones y proceso [que ha dado lugar], en Derecho interno, a la creación de nuevas infracciones al servicio de los imperativos de eficacia procesal. Esta inversión de la racionalidad penal tradicional sustenta la organización actual del procedimiento penal en torno al Derecho penal especial [...]”. CESONI, M. L., «Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: paradigme de l’efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale», CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l’exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant – L. G. D. J., Bruselas – París, 2007, pp. 4-5 (traducción propia).

En el mismo sentido, MITSILEGAS, V., “The Transformation of Criminal Law in the Area of Freedom, Security and Justice”, *Yearbook of European Law 2007*, Núm. 26, Oxford University Press, 2008, pp. 1-32.

jurisdicciones estatales. Lejos de ser aplacados, estos “síntomas de enfermedad” se agravan por la falta de control y el progresivo y continuo refuerzo de competencias de los actores del ELSJ, que, con algunas salvedades, reproducen el esquema intergubernamental en su configuración institucional actual. La reforma de sus reglamentos, en curso, no parece que resuelva estas deficiencias, a pesar de su positivo papel para la implementación de la política de lucha contra el COT en el marco de la Unión.

2. La importancia de los actores en la efectiva implementación de la lucha contra el crimen organizado

La labor de los actores de la UE resulta fundamental a la hora de implementar efectivamente el marco jurídico analizado anteriormente. Si bien las medidas relativas al reconocimiento mutuo (RM) y la aproximación de las legislaciones penales han resultado instrumentos de gran importancia para el establecimiento y desarrollo de la política “común” contra el COT, no es menos cierto que el papel desempeñado por los actores representa un eslabón fundamental en la cadena de la pretendida *confianza mutua* entre las autoridades judiciales y policiales de los EEMM. Además, constituye una de las innovaciones más reseñables en el ámbito de la cooperación internacional, pues superan la tradicional cooperación interestatal hacia un *enfoque europeo de la justicia penal* ¹²¹, si bien este optimismo debiera ser matizado por cuanto su naturaleza institucional refleja todavía cierto grado de intergubernamentalismo heredado de la cooperación Schengen que lo aleja de la pretendida supranacionalidad del modelo europeo. Las amenazas y desafíos transnacionales a la seguridad como el COT precisan de respuestas adecuadas a nivel de la Unión, de una arquitectura de seguridad interior plenamente operacional que supere la estanqueidad de las tradicionales jurisdicciones estatales ante los nuevos riesgos transfronterizos. El rasgo común ha de ser, pues, la respuesta de la Unión al carácter transnacional de la actividad delictiva —por otra parte, criterio formal esencial para la intervención comunitaria en la materia— y la existencia de una estructura delictiva organizada que afecta al buen funcionamiento del ELSJ y del orden público europeo y mina la economía y la confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas. A través de los actores, la UE ha establecido un nuevo tipo de

¹²¹ FLORE, D., *Droit pénal européen...*, *op. cit.* en Nota 3.

gobernanza multinivel *sui generis*, con el objetivo de facilitar la puesta en marcha del modelo de cooperación judicial (basado en el principio de RM y la confianza mutua en el espacio judicial europeo) y el modelo de cooperación policial (fundado en el principio de disponibilidad).

Como nuevas formas de gobernanza europea, las agencias de la UE juegan en potencia un papel fundamental de enlace de los diferentes niveles de gobierno, no solamente estableciendo conexiones entre las organizaciones al nivel nacional y europeo, sino también con regímenes internacionales [...] Las agencias suponen una alternativa a la vez a la soberanía nacional [...] y a la centralización del poder en organizaciones supranacionales [...] ¹²².

No obstante, en sus estructuras, funciones y grado de autonomía encontramos considerables diferencias entre los múltiples actores del ELSJ, al mismo tiempo que nos impiden hablar claramente de órganos puramente supranacionales. Los actores del ELSJ directamente relacionados con la lucha contra el COT facilitan y promueven la cooperación entre las autoridades judiciales y de aplicación de la ley en el terreno práctico, proporcionándoles *expertise* y apoyo técnico. Impulsan igualmente, de forma indirecta, el sentimiento de confianza mutua entre los distintos sistemas judiciales y policiales de los EEMM; marco ciertamente heterogéneo en la actualidad ¹²³. Sin embargo, el grado de autonomía y su carácter más o menos intergubernamental o supranacional difieren de unos actores a otros ¹²⁴. Incluso, la consideración como Agencia estará reservada para unos pocos actores —normalmente del extinto “pilar” comunitario—, evitando calificar a otros como tal. En algunos casos, la naturaleza dual

¹²² GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies. A comparative Study of Institutional Development*, Eburon, Delft, 2009, p. 377 (traducción propia).

¹²³ No hemos de olvidar que, actualmente, nos encontramos con 29 sistemas legales diferentes, puesto que Reino Unido posee tres sistemas jurídicos distintos (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte). Si a esta ecuación le añadimos las particularidades de los sistemas de los *Länder* alemanes, aumentaríamos considerablemente la complejidad de la cooperación a nivel de la UE. Del mismo modo, las funciones, estructuras y facultades de las autoridades policiales y demás cuerpos y fuerzas de seguridad de algunos EEMM difieren considerablemente de sus homólogos europeos, pues, en determinados casos, pueden iniciar y llevar a cabo una investigación penal.

¹²⁴ Por razones de espacio y tiempo, solamente nos concentraremos en algunos de los actores del ELSJ, centrándonos en aquellos que ofrecen una mayor contribución a la lucha contra el COT. Para un análisis en profundidad, basado en el papel y la práctica de algunos de los diferentes actores de la Unión, *vid.* GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies...*, *op. cit.* en Nota 122.

Para un análisis comparado de la práctica y del establecimiento de agencias tanto a nivel nacional como de la Comunidad, *vid.* GERADIN, D. y PETIT, N., “The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform”, *Jean Monnet Working Papers*, Núm. 01/04, Nueva York, 2004.

o híbrida es una causa de su relativo grado de buen funcionamiento (Eurojust), mientras que otros actores son claramente intergubernamentales o responden a criterios clásicos de cooperación judicial y policial internacional (la Red Judicial Europea, Europol). Por una parte, algunos actores “monitorizan” determinados aspectos de la actividad comunitaria, pero con limitadas capacidades en la materia (la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE) o tienen atribuidos poderes de investigación autónomos (la Oficina de Lucha contra el Fraude de la Comisión), mientras que otros actores solamente aspiran —al menos, en los actuales marcos legales— a coordinar las labores de las diferentes autoridades judiciales o policiales afectadas (Eurojust, Europol). En otros casos, más excepcionales si cabe, si bien fundados sobre la integración comunitaria, algunos actores han adquirido gradualmente competencias en asuntos regidos bajo el anterior Título VI del Tratado de la UE o tercer “pilar” (Frontex).

Por otra parte, el papel de los actores resulta crucial especialmente cuando la emergencia del Derecho europeo penal ha suscitado las duras críticas de expertos juristas y la doctrina, en particular, los penalistas. Las críticas se han centrado principalmente en la rapidez y obscuridad del proceso legislativo previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y en el excesivo protagonismo de instituciones no necesariamente legislativas en la creación de los actores del espacio penal de la Unión, además de criticar las razones que llevaron a su creación ¹²⁵. Las principales alegaciones conciernen la inadecuada protección de los Derechos fundamentales de los acusados y la poca efectividad de las medidas penales adoptadas, además de la posible falta de competencia de la Unión para abordar la represión de las conductas delictivas más allá de la mera prevención en algunos de las actividades criminales relacionadas con el COT descritas anteriormente. Académicos y profesionales han puesto el énfasis en reprender el discurso securitario del principal impulsor del Derecho europeo penal (el Consejo Europeo) y la relativa poca importancia de los aspectos de *libertad* y *justicia* en el

¹²⁵ En muchos casos, los EEMM han visto en la creación de actores a nivel de la UE el instrumento adecuado para mejorar la gobernanza de determinadas políticas y objetivos de la Unión, copiando el proceso experimentado a nivel nacional; mientras que en otras ocasiones su puesta en marcha se ha debido principalmente a temores de una mayor integración europea o a la iniciativa particular de un Estado miembro o grupo de EEMM. En el primer caso podemos incluir a Eurojust, que surge como respuesta a la propuesta académica, apoyada por la Comisión, del *Corpus Iuris* y del establecimiento de un Fiscal Europeo; en el segundo, Europol, iniciativa alemana enmendada posteriormente hasta convertirla en órgano intergubernamental clásico. En otros casos, simplemente responden a acuerdos políticos ante determinadas situaciones externas, como la creación de la figura del Coordinador antiterrorista o el Comité Permanente de seguridad interior.

desarrollo del ELSJ, provocando un desequilibrio manifiesto y una revalorización de los aspectos represivos sobre los preventivos, hasta tal punto que algunos autores no comprenden el ELSJ como un único *espacio*, sino que hablan de tres espacios diferentes, concéntricos y entrelazados ¹²⁶. Como tendremos oportunidad de analizar en los siguientes apartados, los actores desempeñan un papel fundamental para asegurar que las medidas de la política “común” contra el COT respetan los Derechos fundamentales y las tradiciones jurídicas nacionales, evitando, por ejemplo, que el marco legal erosione la protección de los derechos procesales más básicos de los acusados. No obstante, hemos de advertir que, si bien su papel resulta crucial para salvaguardar los ordenamientos jurídicos y tradiciones judiciales nacionales, especialmente en aquellos actores cuya composición esté integrada por representantes nacionales, los actores no resuelven todas las críticas vertidas a este respecto, pues se consideran igualmente responsables del incremento de sus funciones y, en general, de la promoción del discurso securitario oficial ¹²⁷.

Asimismo, en la actualidad, la necesidad de ralentizar el proceso legislativo y mejorar el marco jurídico actual presenta un nuevo panorama para los actores. En los últimos años, hemos asistido a un período especialmente intenso de producción normativa (penal) en el seno de la Unión, que ha presionado e, incluso, cuestionado las asentadas tradiciones jurídicas nacionales, convirtiéndose en “fuente de incertidumbres, poco compatibles con las exigencias de los derechos y procedimientos penales”, al no explicitar las modalidades de actuación de esta nueva actividad legislativa en materia penal en el marco del ELSJ ¹²⁸. Baste mencionar las numerosas Decisiones marco adoptadas desde la aprobación del Programa de La Haya en la lucha contra el COT en un amplio espectro de dimensiones delictivas, tanto para la aproximación de las legislaciones penales como para fomentar la implementación del RM en el seno de este *espacio judicial penal europeo*. Por el contrario, a pesar de las iniciativas legislativas tendentes a actualizar la legislación europea al Tratado de Lisboa y al Derecho

¹²⁶ *Vid.* Nota 25.

¹²⁷ “Estas nuevas estructuras han representado un burocrático grupo de presión que ha evolucionado, buscando potenciar sus propios puntos de vista y promover la colaboración internacional.” MITSILEGAS, V., MONAR, J. y REES, W., *The European Union and Internal Security...*, *op. cit.* en Nota 20, p. 50 (traducción propia). En el mismo sentido, HUYSMANS, J., “The European Union and the Securitization of Migration”, *loc. cit.* en Nota 15.

¹²⁸ MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l’espace judiciaire pénal européen ... », *loc. cit.* en Nota 14.

internacional, desde las instituciones europeas se debate actualmente la necesidad de ralentizar la actividad legislativa de la UE y mejorar el marco jurídico existente. *Legislar mejor*, como anunciara la Comisión en 2006 ¹²⁹; es decir, profundizar y mejorar el marco legal actual antes de extenderlo a otras áreas competenciales. Como apuntara Valsamis Mitsilegas hace algo más de una década,

En nombre de la «eficiencia» y la búsqueda del «éxito» en la lucha contra el crimen organizado, parece que el acuerdo político demandante de acciones de «emergencia» rápidas no solamente no está alineado con, sino que también pone considerable presión sobre las tradiciones legales en muchos Estados miembros. Al nivel de la UE, esta presión se pretende difuminar en parte con el reciente énfasis en el reconocimiento mutuo [...] una opción que se basa en la autonomía de los sistemas legales nacionales más que en la armonización. ¹³⁰

En este sentido, los actores han visto reforzados sus respectivos ámbitos competenciales durante los tres últimos años o están en proceso de revisión ¹³¹, como un instrumento más para facilitar la implementación del RM sin tener que profundizar previamente en la armonización penal. Aunque dicho desarrollo no sea exclusivamente una respuesta a la necesidad de ralentizar el proceso legislativo europeo, sino también consecuencia de una forzosa adaptación al contexto de seguridad interno e internacional, lo cierto es que el relativo abandono de la aproximación por la vía del RM precisa de los actores para aclarar cuestiones de jurisdicción, tradición legal, protección

¹²⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Análisis estratégico del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea*, COM (2006) 689 final, Bruselas, 14.11.2006. La última Comunicación de la Comisión al respecto data del 28.1.2009 [COM (2009) 15 final].

¹³⁰ MITSILEGAS, V., “Defining organised crime in the European Union...”, *loc. cit.* en Nota 78, pp. 580-581 (traducción propia).

¹³¹ El último actor en incorporar disposiciones en su mandato relativas a la protección de la seguridad, en sentido amplio (no solamente en el trabajo o de los buques) ha sido la Agencia Europea de Seguridad Marítima, cuyo Reglamento de creación ha sido recientemente revisado por cuarta vez con el fin de incluir funciones contra la piratería marítima. PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 100/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, que modifica el Reglamento (CE) 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 39*, de 9.2.2013, pp. 30-40.

Además, se ha presentado la reforma de Europol y Eurojust para adaptarlos a las disposiciones del Tratado de Lisboa. COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación y la formación en funciones coercitivas (Europol) y por el que se derogan las Decisiones 2009/371/JAI y 2005/681/JAI*, COM (2013) 173 final – 2013/0091 (COD), Bruselas, 27.3.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust)*, COM (2013) 535 final – 2013/0256 (COD), Bruselas, 17.7.2013.

de Derechos fundamentales o coordinación de los diferentes niveles judiciales y policiales en el seno de la Unión, entre otras funciones. En otras ocasiones, el refuerzo del papel de los actores ha respondido más bien al temor, manifestado por algunos EEMM, hacia una mayor integración en el seno del espacio judicial penal de la UE, favoreciendo sin ambigüedades el modelo intergubernamental. En particular, para algunas autoridades estatales, el refuerzo del papel de Eurojust se entiende como contrapunto a la posibilidad de establecer una Fiscalía Pública Europea (FPE), si bien este nuevo órgano está previsto en el marco actual (Art. 86 TFUE) y ha sido objeto de una propuesta de la Comisión ¹³².

Con todo, y a pesar del positivo papel que los actores desempeñan en el funcionamiento de la política “común” de lucha contra el COT, también encontramos numerosas “zonas grises” o imperfecciones de este modelo de gobernanza multinivel, situación a la que se suma el generalizado desconocimiento de su existencia y funciones ¹³³. La caótica proliferación de actores en el ELSJ, siguiendo la estela de otros sectores de la integración europea y de la dinámica de los propios EEMM, no se ha visto reforzada por un marco claro de relaciones horizontales entre los mismos, ni de delimitación de sus respectivas competencias y funciones en el seno del ELSJ y en relación a terceras partes. Además, nada se afirma en su marco estatutario sobre las garantías acerca de su efectividad y eficacia o del control de sus actuaciones; actividades que, por otra parte, rebasan las fronteras de la Unión, como analizaremos con mayor detalle en el Capítulo III. Las relaciones entre los distintos actores están marcadas por un complejo entramado de acuerdos o memoranda de entendimiento — según el grado de interdependencia y de la información y/o datos intercambiados—, por regla general, bastante imprecisos en cuanto a sus términos y diseñado sobre un carácter eminentemente voluntarista, como tendremos oportunidad de analizar en los apartados siguientes, en particular respecto de determinados ámbitos, como la lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de la UE, en la que tanto Europol,

¹³² COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea*, COM (2013) 534 final – 2013/0255 (APP), Bruselas, 17.7.2013.

Puede consultar toda la información relativa al debate previo y sus posibles funciones en: http://ec.europa.eu/justice/criminal/judicial-cooperation/public-prosecutor/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹³³ “Muchos de los problemas con algunas agencias en el pasado han sido el resultado de la falta de familiaridad con el fenómeno de las agencias a nivel de la UE, y no necesariamente apuntan a un fallo de las agencias de la UE como tal”. GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies...*, *op. cit.* en Nota 122, p. 378 (traducción propia).

Eurojust y la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) como la proyectada Fiscalía Europea tienen atribuciones. Por otro lado, la ausencia de delimitación competencial pone en entredicho el papel respectivo de los actores y ahonda en el desconcierto reinante entre profesionales y académicos sobre el reparto de competencias y las funciones. Además, las competencias de algunos actores se solapan con las atribuidas a otros, mientras que determinados órganos aparecen vacíos de competencias. Especialmente problemático resulta si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un espacio en continua evolución, en el que la Unión adquiere de manera progresiva nuevas competencias en ámbitos que afectan a la protección de los Derechos fundamentales y erosionan la soberanía estatal, mientras que se crean agencias u órganos especializados sin un modelo claro, desconectados entre sí y con ámbitos de competencia parciales, sin sujeción a control jurisdiccional o parlamentario alguno, por lo menos hasta que se adapten sus normas al actual marco ofrecido por el Tratado de Lisboa, por insuficiente que éste sea ¹³⁴.

3. Europol y la cooperación policial en la Unión Europea en materia de crimen organizado transnacional

Aunque todavía lejos de representar el “FBI europeo” pretendido por Helmut Kohl ¹³⁵, la Oficina Europea de Policía (Europol) constituye uno de los principales actores del ELSJ y la pieza clave sobre la que pivota la arquitectura de seguridad interior de la UE. La compleción del mercado interior y la supresión de los controles internos en el marco del Espacio Schengen, además de la percepción de la amenaza al *orden público europeo* que suponían los delitos transfronterizos cometidos principalmente por organizaciones delictivas, precisaban de un enfoque europeo en el ámbito de la cooperación policial, hasta entonces, sujeto a una caótica evolución tanto a

¹³⁴ Los actuales Tratados prevén el control de la actividad de los actores por el Tribunal de Justicia de la UE. Así, en el artículo 263 TFUE se establece, en su primer párrafo, que el Tribunal “[c]ontrolará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.” Iguales disposiciones se recogen para el caso del control parlamentario de las agencias, tanto por el Parlamento Europeo como por las asambleas nacionales (por ejemplo, artículos 85 y 88 TFUE).

¹³⁵ Para conocer la historia y funciones de Europol, *vid.* CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière...*, *op. cit.* en Nota 12, en particular pp. 249-281; EUROPOL, *Ten Years of Europol. 1999-2009*, La Haya, 27.5.2009, documento disponible en : https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/anniversary_publication.pdf [última consulta: 31.8.2015]; WOODWARD, R., “Establishing Europol”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Springer Netherlands, Vol. 1, Núm. 4, diciembre de 1993, pp. 7-33.

nivel europeo como internacional ¹³⁶. La idea de establecer una unidad de coordinación de las actividades policiales a nivel de la Unión se presentaba, pues, como una necesaria respuesta a las oportunidades de “negocio ilícito” que los avances en la integración europea representaban para las organizaciones delictivas. Sin embargo, a pesar del impulso dado en las últimas reformas a sus funciones, en los términos actuales no podemos hablar propiamente de una agencia operativa federal del tipo “FBI”, con plenos poderes de investigación y ejecución en el territorio de los EEMM semejantes a las capacidades de las que gozan las autoridades y cuerpos de seguridad estatales ¹³⁷. Más bien, Europol es un mecanismo de facilitación de la cooperación policial a nivel de la Unión y de análisis estratégico *estrictamente* europeo —distinto, pues, de la visión y prioridades puramente estatales—, sujeto a diferentes limitaciones, innatas a su naturaleza mixta, entre lo intergubernamental y lo supranacional, que le han supuesto jugar un papel esencial en el ECIM y secundario en el terreno operativo, en beneficio de instancias internacionales como Interpol.

Establecido por la Convención Europol de 1995 ¹³⁸, las funciones y el ámbito de competencias de Europol han ido aumentando considerablemente a lo largo de la última

¹³⁶ CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière...*, *op. cit.* en Nota 12, pp. 119-180.

¹³⁷ En el actual marco del Tratado de Lisboa, Europol, como Eurojust, puede ver incrementadas sus funciones de manera considerable:

“1. La función de Europol es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo determinarán, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación y las competencias de Europol. Estas competencias podrán incluir:

a) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias;

b) la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

En dichos reglamentos se fijará asimismo el procedimiento de control de las actividades de Europol por el Parlamento Europeo, control en el que participarán los Parlamentos nacionales.

3. Cualquier actividad operativa de Europol deberá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado. La aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes.” (Art. 88 TFUE)

¹³⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial C 316*, de 26.7.1995, pp. 1-32.

década hasta su actual estadio, regulado por la Decisión Europol de 2009 ¹³⁹. Actualmente, las actividades de este órgano están limitadas, no obstante, al carácter transnacional del delito, dejando fuera los delitos ejecutados, planeados o cuyas consecuencias se reduzcan a un único Estado miembro. Así, su artículo 3 precisa que el objetivo de Europol es:

apoyar y reforzar la acción de las autoridades competentes de los Estados miembros y su cooperación mutua en materia de prevención y lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de delitos graves que afecten a dos o más Estados miembros.

Por lo tanto, su intervención está claramente condicionada por el carácter transnacional de los delitos cubiertos por las competencias de Europol, manifestado en las consecuencias transfronterizas de la infracción en cuestión o en el blanqueo de los productos del delito en un tercer Estado. Si bien puede darse la posibilidad de que delitos como la trata de seres humanos queden fuera de su competencia, aunque sean especialmente graves, el carácter transnacional ha de ser entendido ampliamente: comisión del delito en un Estado miembro diferente de aquel en el que se ha planificado o de procedencia de la banda organizada o del individuo que los haya perpetrado, o con consecuencias en un tercer Estado distinto a los anteriores. Igualmente limitada es la presencia de Europol en la cooperación policial operativa, si bien puede enviar personal a los JIT creados por las autoridades estatales para la investigación y represión de un delito o grupo organizado, sin que por ello ejerzan ningún tipo de función coercitiva o puedan estar presentes en todas las tareas desarrolladas en su seno. Por tanto, Europol y Eurojust se limitan a prestar ayuda, asesoramiento previo y asistencia técnica, legal y logística a las autoridades estatales, además de las restricciones complementarias impuestas a su personal, pues sus agentes no pueden ser ni jefes de equipo ni miembros de un JIT ¹⁴⁰.

¹³⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), *Diario Oficial L 121*, 15.5.2009, pp. 37–66.

COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación y la formación en funciones coercitivas (Europol) y por el que se derogan las Decisiones 2009/371/JAI y 2005/681/JAI*, COM (2013) 173 final – 2013/0091 (COD), Bruselas, 27.3.2013.

¹⁴⁰ Como excepción a esta regla general, podrán ser miembros de un JIT los miembros nacionales de Eurojust, así como sus suplentes y asistentes, cuando su Estado miembro haya determinado

En cuanto al ámbito material, la Decisión Europol hace una distinción entre competencias centrales y sobre *delitos penales conexos* ¹⁴¹. Los delitos para los que Europol es competente están considerados especialmente *graves*, la mayoría de los cuales relacionados con el COT y de especial relevancia en el progresivo establecimiento del Derecho penal de la UE en esta materia, pues los mismos han servido de base para el desarrollo legislativo penal europeo como veremos en los epígrafes siguientes. Una de las novedades respecto de la Convención introducidas por la Decisión de 2009 viene precisamente de la eliminación de la limitación anterior, que estipulaba que solamente se investigarían aquellos delitos en los que existían “indicios concretos” de la implicación de una estructura delictiva organizada. Bajo la actual regulación, Europol es competente, pues, para aquellos “delitos que debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación común de los Estados miembros” (Art. 4, § 1). El anexo lista una serie de delitos considerados *graves* que concretan las competencias materiales de Europol en la lucha contra el COT y que cubren desde la trata de seres humanos y diversos tráfico ilícitos hasta delitos contra el medio ambiente, delitos relacionados con materiales nucleares o sustancias radiactivas y el delito informático. Si tenemos en consideración el análisis anterior y la implementación del marco comunitario a nivel estatal, podemos discrepar, no obstante,

su participación “como autoridad nacional competente” y actuando en función del derecho nacional del Estado miembro de envío; es decir, no ejerciendo como parte del Colegio de Eurojust. Los agentes de Europol, la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) y el resto de miembros de Eurojust que no estén previstos en la excepción anterior quedarán excluidos de la membresía y dirección de un JIT, si bien pueden prestar apoyo en las investigaciones.

Para más información, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de los equipos conjuntos de investigación*, 13598/09, Bruselas, 23.9.2009; *Manual de los equipos conjuntos de investigación*, 15790/1/11, Bruselas, 4.11.2011.

¹⁴¹ Artículo 4, *Competencias*

“1. Las competencias de Europol abarcarán la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de delitos graves que figuran en el anexo, en la medida en que dos o más Estados miembros se vean afectados de tal modo que, debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación común de los Estados miembros. [...]

3. Las competencias de Europol también abarcarán los delitos penales conexos. Se considerarán delitos penales conexos los siguientes:

a) los delitos cometidos con objeto de procurarse los medios para perpetrar los actos para los que Europol sea competente;

b) los delitos cometidos para facilitar o consumir la ejecución de los actos para los que Europol sea competente;

c) los delitos cometidos para conseguir la impunidad de los actos para los que Europol sea competente.”

Con la entrada en vigor del TFUE, Europol podrá ser, además, competente para prevenir y luchar contra el terrorismo y otras formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión (Art. 88 TFUE), sin necesidad de que dos o más EEMM estén involucrados, ampliando considerablemente su ámbito competencial actual.

de la consideración de los delitos contemplados en el anexo como efectivamente graves, puesto que la mayoría de las sanciones previstas para estos delitos no cumplirían con el umbral máximo mínimo de privación de libertad exigido por la Decisión marco relativa a la lucha contra el crimen organizado ni con los criterios establecidos por el Consejo para la aproximación de sanciones ¹⁴².

Este marco competencial, bastante amplio, puede resultar un tanto ambiguo e, incluso, ha llegado a afectar a la coordinación efectiva de los actores del ELSJ en la lucha contra el COT. Un punto especialmente problemático, recogido en el párrafo quinto del artículo 5 de la Decisión Europol, es la posibilidad de que éste actúe como organismo central para la combatir la falsificación del euro, además de la inclusión de la lucha contra el fraude entre sus competencias. Estas disposiciones pueden suponer un solapamiento, incluso una competencia directa, con las competencias de la OLAF ¹⁴³, por lo que ambos organismos ¹⁴⁴ firmaron en 2004 un *Acuerdo Administrativo* ¹⁴⁵ por el que convenían, en sus respectivos ámbitos de competencias, la cooperación en la lucha

¹⁴² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo sobre el enfoque que debe seguirse para la aproximación de las penas*, 9141/02, Bruselas, 27 de mayo de 2002.

¹⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, *Diario Oficial L 136*, de 31.5.1999, pp. 20-22.

Sobre los solapes entre OLAF y otros actores del ELSJ en la lucha contra el fraude, así como las deficiencias de su marco de actuación, QUIRKE, B., “OLAF’s role in the fight against fraud in the European Union: do too many cooks spoil the broth?”, *Crime, Law, and Social Change*, Vol. 53, Núm. 1, Springer, 2010, pp. 97-108.

¹⁴⁴ Ninguno de los dos actores está considerado oficialmente “agencia de la UE”. En el caso de Europol, su Decisión afirma que es un “ente” (Considerando 3), a cargo del presupuesto de la Unión. La OLAF puede considerarse una Dirección General de la Comisión con capacidades ejecutivas también en el ámbito externo para luchar contra el fraude. Esta elusión a calificar como “agencias” los actores del ELSJ es extensible al resto de órganos creados en este marco, excepción hecha de la Agencia Frontex (*vid.* apartado cuarto), posiblemente reflejo de la reticencia de los EEMM a reconocer un mayor carácter supranacional a estos órganos.

¹⁴⁵ El acuerdo prevé, entre otros ámbitos, el intercambio de información estratégica y técnica, la cooperación y la asistencia mutua dentro de sus respectivas competencias (en particular, en los informes de riesgo elaborados por Europol) y la participación en equipos conjuntos de investigación. Sin embargo, las disposiciones del acuerdo se encomiendan en demasía a la buena voluntad de las partes (“*should consult...*”, “*should consider...*”, “*it should, if possible, inform the other Party...*”).

En el ejercicio de sus funciones, Europol puede establecer relaciones con otros agentes de la Unión y con terceros Estados u Organizaciones Internacionales en el ámbito de sus competencias (Capítulo IV de la Decisión Europol), pues posee personalidad jurídica propia, independiente de la UE. Además de con OLAF, Europol ha concluido acuerdos operacionales o estratégicos, por ejemplo, con Eurojust y Frontex, y ha firmado convenios con diferentes Estados (entre otros, Albania, Australia, Canadá, Colombia, Croacia, Estados Unidos de América, Islandia, Noruega y Turquía) y con Organizaciones Internacionales u organismos especializados, como Interpol, la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (ONUDD) y la Organización Mundial de Aduanas.

Para mayor información sobre los distintos acuerdos entre Europol y otros actores, puede consultarse: <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=agreements> [última consulta: 31.8.2015].

contra el fraude, la corrupción, el blanqueo de capitales y cualquier otra actividad “en el marco del crimen organizado internacional” que afecte a los intereses financieros de la Comunidad (hoy, Unión) y, adicionalmente, otras áreas de interés común, como la lucha contra la falsificación del euro. Especialmente confusa resulta la coordinación o cooperación de ambos organismos en el marco legal comunitario sobre la protección del euro contra la falsificación y el fraude, donde ni tan siquiera se menciona a Europol. Consecuencia de ello, y con el fin de aclarar las competencias de ambos actores, en 2005, el Consejo adoptó una Decisión que completaba este marco legal, al designar a Europol como la oficina central para agrupar y tratar todos los datos que puedan facilitar la investigación, prevención y represión de la falsificación del euro ¹⁴⁶. Respecto de la lucha contra el fraude, hemos de entender que las competencias de Europol están directamente relacionadas con la prevención y represión de la delincuencia organizada que implique a dos o más EEMM y solamente para casos en los que se cometan delitos tipificados penalmente como graves, obviando, pues, entrar a estudiar otros tipos de fraude que han sido encuadrados dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

Por otra parte, la Decisión Europol divide las funciones de la Oficina entre *principales* y adicionales, a las que suma otras tareas de apoyo ¹⁴⁷. Los principales

¹⁴⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2005/511/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a la protección del euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del euro, *Diario Oficial L 185*, de 16.7.2005, pp. 35-36.

¹⁴⁷ Adicionalmente, según el artículo 5, § 3 de la Decisión 2009/371/JAI, Europol puede *a)* profundizar en los conocimientos especializados utilizados por las autoridades competentes de los EEMM en el marco de sus investigaciones y ofrecer asesoramiento; y *b)* proporcionar datos estratégicos para facilitar y promover la utilización eficaz y racional de los recursos disponibles a nivel nacional y de la Unión para las actividades operativas y apoyo para las mismas. Finalmente, según su apartado cuarto, y “en la medida en que lo permitan la dotación de personal y los recursos presupuestarios”, Europol puede asistir a los EEMM en otros ámbitos, mediante apoyo, asesoramiento e investigaciones para la formación del personal, su equipamiento y organización y métodos de prevención de la delincuencia y de investigación científica.

Europol no puede, en ningún caso, iniciar investigaciones o coordinarlas de *motu proprio*, sino solicitar dichas actuaciones a las autoridades estatales competentes, ni ejercer las funciones operativas y coercitivas de un cuerpo o fuerza de seguridad de un Estado miembro. Bajo la actual Decisión, las funciones de Europol son de apoyo, facilitación de información y asistencia en las investigaciones a las autoridades nacionales competentes; es decir, actividades secundarias y dependientes de la voluntad de las autoridades nacionales para iniciar las investigaciones o demandar la colaboración de Europol. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, Europol podrá coordinar investigaciones e, incluso, llevar a cabo actividades operativas, conjuntamente y de acuerdo con las autoridades estatales competentes (Art. 88 TFUE). Esta disposición supone un avance considerable en las actividades de Europol y hacia la percepción de un *espacio* integrado realmente europeo, incluyendo plenas capacidades operativas; eso sí, en estrecha coordinación con las autoridades nacionales correspondientes del Estado o

cometidos de Europol incluyen: *a)* recoger, almacenar, tratar, analizar e intercambiar información y datos; *b)* comunicar a las autoridades competentes de los EEMM, por medio de la unidad nacional, la información que les afecte y las relaciones que haya podido establecer entre los actos delictivos; *c)* facilitar las investigaciones en los EEMM, en concreto transmitiendo a las unidades nacionales toda la información pertinente al respecto; *d)* solicitar a las autoridades competentes de los EEMM afectados que inicien, realicen o coordinen investigaciones, y sugerir la creación de un equipo conjunto de investigación en casos específicos; *e)* proporcionar apoyo en materia de análisis e información a los EEMM en relación con un acontecimiento internacional importante; *f)* elaborar evaluaciones de las amenazas, análisis estratégicos e informes generales sobre el estado de los trabajos en relación con su objetivo, incluidas evaluaciones de la amenaza de la delincuencia organizada (Art. 5, § 1). Como complemento a las funciones principales, Europol puede prestar igualmente asistencia a los EEMM para recoger y analizar datos relativos a crímenes cometidos o facilitados por Internet (Art. 5, § 2), por lo que podría investigar aquellos delitos relacionados con la delincuencia informática objeto de la normativa penal europea ¹⁴⁸.

El valor añadido de Europol reside, precisamente, en el procesamiento e intercambio de información y otros datos y la evaluación estratégica del COT (en términos de organizaciones delictivas y de actividades ilícitas); cuestión clave para el buen funcionamiento de la gestión multinivel de la seguridad interior, como abordaremos con mayor detalle en el epígrafe sexto. Aunque la Oficina depende enteramente de la información proporcionada por los EEMM ¹⁴⁹ y terceros Estados —

los EEMM involucrados y dejándoles la ejecución de las medidas coercitivas convenientes decididas en el marco de esta cooperación.

¹⁴⁸ En marzo de 2012, la Comisión propuso la creación de un Centro Europeo de Ciberdelincuencia dentro de Europol, operacional a partir de enero de 2013 y con funciones específicamente relacionadas con la lucha contra la ciberdelincuencia con el objetivo de que se convierta en el organismo coordinador de la UE en la materia. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – La represión del delito en la era digital: creación de un centro europeo de ciberdelincuencia*, COM (2012) 140 final, Bruselas, 28.3.2012.

¹⁴⁹ Artículo 8, *Unidades nacionales*

“1. Cada Estado miembro creará o designará una unidad nacional encargada de ejecutar las funciones enumeradas en el presente artículo. Se designará a un agente en cada Estado miembro como jefe de la unidad nacional. [...]

4. La función de las unidades nacionales será:

- a) suministrar por iniciativa propia a Europol las informaciones y datos necesarios para el desempeño de las funciones de este organismo;
- b) responder a las solicitudes de información, suministro de datos y asesoramiento formuladas por Europol;

cuestión que puede sesgar su actividad y mermar su perspectiva operacional—, una de las principales funciones de Europol es la elaboración de informes estratégicos de previsión y evaluación de amenazas, sobre los que se ha basado la construcción y el desarrollo de la política “común” contra el COT en los últimos años, en particular en su dimensión preventiva. El enfoque de la UE en la lucha contra la delincuencia (organizada o no) se basa en el análisis de información e inteligencia, el ECIM. La principal ventaja de este modelo es la “construcción” de una percepción común de las amenazas ¹⁵⁰ y la coordinación de los distintos actores en los diferentes niveles y fases de evaluación, prevención y represión. Por tanto, la provisión de información e inteligencia a Europol y la retroalimentación del modelo es esencial para su supervivencia y la efectividad de esta función de análisis estratégico, mientras que la clave —su valor añadido según sus principios de funcionamiento— es la capacidad de anticipación y previsión de los informes de amenaza y el potencial de coordinación entre las autoridades ejecutivas en los diferentes niveles, algo que, en los términos y funciones actuales, resulta difícil de apreciar.

En cuanto al desarrollo de otras funciones, Europol presta apoyo operacional permanente a las autoridades estatales para la coordinación y puesta en marcha de investigaciones penales, además de prestar ayuda en otros ámbitos relacionados o

-
- c) mantener al día sus informaciones y datos;
 - d) con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional, aprovechar las informaciones y los datos de interés para las autoridades competentes y transmitirlos a las mismas;
 - e) remitir a Europol las solicitudes de asesoramiento, información, datos y análisis;
 - f) transmitir a Europol informaciones para su almacenamiento en sus bases de datos;
 - g) velar por la legalidad de cada operación de intercambio de información con Europol.
5. Sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades de los Estados miembros con respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, las unidades nacionales no tendrán la obligación de transmitir, en un caso concreto, datos e informaciones si la transmisión:
- a) perjudica intereses nacionales esenciales en materia de seguridad;
 - b) compromete investigaciones en curso o la seguridad de personas, o
 - c) se refiere a datos de servicios o actividades específicas de información en materia de seguridad del Estado [...]”.

¹⁵⁰ Este punto es esencial para el establecimiento de una respuesta común ante las amenazas y desafíos que afectan al “orden público europeo”, cuestión relegada en ocasiones a un segundo plano en la agenda de la integración ante las diferentes percepciones de los EEMM, como ha ocurrido en el ámbito de la defensa y, en general, de la seguridad en la UE. Así, como afirmara Patrice Buffotot en el caso de la consecución de una Europa de la defensa, “una visión común (que podríamos calificar de europea) de la amenaza, que tome en cuenta el conjunto de amenazas (y riesgos) de los países miembros de la Comunidad, permitiría avanzar hacia una defensa más europea de Europa, siendo la percepción de la amenaza el punto de partida obligado para la elaboración de una política de defensa”. BUFFOTOT, P. (Coord.), *Politiques de défense. La perception de la menace en Europe*, ARES, Vol. XIII-3, Grenoble, 1992.

logísticos y financieros ¹⁵¹. Dicha asistencia se ha plasmado en los últimos ejercicios en la provisión de ayuda a nivel analítico, el envío de técnicos de apoyo *in situ* y la coordinación de las actividades operativas, principalmente respecto de los delitos de “facilitación de la inmigración ilegal”, trata de seres humanos, tráfico ilícito de drogas y ciberdelincuencia. En estos últimos años, el Consejo ha querido profundizar en estos aspectos para confirmar a la Oficina como la “agencia europea de la seguridad” y convertirla en el principal centro de apoyo a las autoridades ejecutivas estatales y polo de información penal en la Unión, desarrollando el actual “modelo europeo de inteligencia penal” ¹⁵². Está por ver, empero, el alcance final de la reforma de su reglamento prevista para adaptar su marco legal actual a los Tratados en vigor, particularmente en lo que atañe a sus funciones de investigación y la responsabilidad de sus actuaciones ante el Parlamento Europeo, así como otras cuestiones relativas a la efectiva protección de datos personales y de su colaboración con el sector privado y terceras partes en el tratamiento de los datos e información intercambiados, cuestiones criticadas en los términos actuales ¹⁵³. No obstante, otros actores del ELSJ sufren de las mismas deficiencias conceptuales y funcionales detectadas para el caso de Europol, si bien, al igual que en el caso de la Oficina, su marco reglamentario fuese adoptado justo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, evitando, en consecuencia, propiciar un mayor control (parlamentario y judicial) de sus actividades o la ampliación de sus funciones y competencias.

¹⁵¹ Pueden consultarse los informes de actividad de Europol en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

¹⁵² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Europol Strategy 2010 - 2014*, 6517/10, Bruselas, 22 de febrero de 2010.

En marzo de 2012, los servicios de la Comisión le presentaron al Consejo un documento de trabajo sobre la posibilidad de modificar nuevamente la base legal de Europol con el fin de reforzar el intercambio de información con las autoridades estatales, del sector privado y de terceros Estados, así como mejorar la protección de datos y la eficiencia de sus funciones. En la propuesta presentada en julio de 2013 [2013/0091 (COD)], la Comisión intenta dar respuesta a estas cuestiones. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revision of Europol's legal basis*, 8261/12, Bruselas, 29.3.2012.

¹⁵³ Puede consultarse al respecto el Informe preparado para el Parlamento Europeo por Aidan Wills y Mathias Vermeulen: PARLAMENTO EUROPEO, “Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union”, Estudio PE-453.207, Bruselas, junio de 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html> [última consulta: 31.8.2015].

4. La cooperación judicial en la Unión Europea, ¿tiene carácter verdaderamente supranacional la investigación del delito transfronterizo?

En el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, el papel de los actores resulta, más si cabe que en el terreno policial, decisivo. La variedad de sistemas penales y tradiciones jurídicas en el seno de la UE ha frenado en numerosas ocasiones la efectiva cooperación judicial entre las diferentes autoridades estatales, precisamente por la falta de confianza mutua en la protección de los Derechos fundamentales de los sistemas jurídicos de otros EEMM. La instauración en 1998 de la Red Judicial Europea (*European Judicial Network*, EJN) en materia penal ¹⁵⁴ responde a la creciente necesidad, mostrada por la práctica de años anteriores, de establecer mecanismos de cooperación a nivel de la Unión que pudieran facilitar las investigaciones y la ejecución de sentencias a nivel transfronterizo, especialmente, para luchar contra el COT. Varios años más tarde, se dio un paso más en el desarrollo del espacio judicial penal europeo con el establecimiento de la Unidad de Cooperación Judicial (Eurojust) ¹⁵⁵, siguiendo el mandato del Consejo Europeo de Tampere (1999):

46. Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente [...]. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular

¹⁵⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea una red judicial europea, *Diario Oficial L 191*, de 7.7.1998, pp. 4-7. Actualmente, la EJN se rige por la Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 130-134.

La EJN consiste en una red de puntos de contacto judiciales entre los EEMM, incluido un punto de contacto de la Comisión, que realizan funciones de *intermediarios activos*, facilitando información jurídica y práctica sobre los ordenamientos estatales, con el objetivo de facilitar la cooperación judicial entre las autoridades estatales, en particular contra la delincuencia grave y organizada.

¹⁵⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2002/187/JHA del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, *Diario Oficial L 63*, de 6.3.2002, pp. 1-13; modificada por la Decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio de 2003, por la que se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, *Diario Oficial L 245*, de 29.9.2003, pp. 44-46; y reforzada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, *Diario Oficial L 138*, de 4.6.2009, pp. 14-32.

Para un análisis del aumento de las competencias y funciones de Eurojust según la última Decisión, *vid.* DE AMICIS, G. y SURANO, L., “Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova Decisione 2009/426/GAI” (estratto), *Cassazione Penale*, XLIX, noviembre de 2009, Num. 11, Giuffrè Editore, pp. 4453-4466.

basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. [...] ¹⁵⁶

Eurojust es, pues, un instrumento del espacio judicial penal europeo, al servicio de las autoridades estatales competentes, destinado a facilitar y apoyar su actuación, en particular coadyuvando en la ejecución de la asistencia legal mutua y la implementación de las solicitudes de extradición y entrega, además de cooperar con otros actores del ELSJ y terceros Estados ¹⁵⁷ en un ámbito competencial y funcional similar al de Europol, si bien con características propias a su composición híbrida ¹⁵⁸. En los últimos

¹⁵⁶ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

¹⁵⁷ Al igual que Europol, Eurojust puede establecer contactos y firmar acuerdos de cooperación con otros órganos de la UE y con las autoridades de terceros Estados u Organismos Internacionales [artículos 26 y 26.b) de la nueva Decisión Eurojust]. En la actualidad, mantiene relaciones privilegiadas con otros organismos de la Unión, como Europol, DG Justicia, OLAF o la Escuela Europea de Policía (CEPOL), con los que ha firmado acuerdos en áreas de interés común, y está en negociaciones para la firma de otro con la Agencia Europea para la Gestión de las Fronteras (Frontex). Por otra parte, Eurojust también puede establecer contactos y firmar acuerdos de colaboración (operacional o estratégica) con terceros Estados u Organismos Internacionales. Entre los primeros, Eurojust ha destacado *puntos de contacto* en terceros Estados, principalmente en América del Norte, los Balcanes occidentales y Japón, con el objetivo de facilitar las relaciones bilaterales en determinados ámbitos de la cooperación judicial. Asimismo, al disponer de personalidad jurídica independiente de la UE, Eurojust ha concluido acuerdos con terceros Estados para regular las relaciones bilaterales en relación a determinados aspectos de la cooperación judicial, como el intercambio de información, el procesamiento de datos personales y la participación en reuniones bilaterales de coordinación. Del mismo modo, tales convenios prevén el envío y recepción de Magistrados de enlace, profundizando la cooperación bilateral y facilitando la asistencia judicial entre las partes; una opción que todavía no ha sido utilizada. Destacan los acuerdos con Noruega o EEUU y la negociación de otros con la Federación de Rusia o Liechtenstein, así como la firma de los memorandos de entendimiento con la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed).

Para mayor información sobre los acuerdos entre Eurojust y otros órganos y terceras partes: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/agreements-concluded-by-eurojust.aspx> [última consulta: 31.8.2015].

Vid. SURANO, L., “L’action extérieure d’Eurojust”, DONY, M. (Ed.), *La dimension externe de l’espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à mi-parcours*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, pp. 211-219.

¹⁵⁸ Eurojust posee una *naturaleza híbrida*, entre lo puramente intergubernamental y lo supranacional, con características de ambas esferas. Primero, los miembros nacionales de Eurojust asumen una atribución dual de responsabilidades, con funciones ejercidas bien individualmente, bien actuando como miembros del Colegio de Eurojust (artículos 6 y 7 de la nueva Decisión Eurojust). Además, a pesar de depender funcional y legalmente de sus respectivos sistemas legales de envío (artículos 9 a 9.f de la Decisión Eurojust), los miembros nacionales forman el Colegio, órgano colectivo europeo sujeto a sus reglas y la parte directiva de una Administración puramente europea.

Para un análisis detallado de sus funciones y composición desde su creación, *vid.* DE AMICIS, G y SURANO, L., “Il rafforzamento dei poteri...”, *loc. cit.* en Nota 155; GROENLEER, M., “Cooperation among Judicial Authorities: The Case of Eurojust”, GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies...*, *op. cit.* en Nota 122, pp. 309-342; GUTIÉRREZ ZARZA, Á., “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust”, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos*

años, el volumen de casos tratados por Eurojust no ha hecho sino aumentar, en particular los casos de especial complejidad, como se desprende de sus informes de actividad ¹⁵⁹. En los últimos ejercicios Eurojust ha sido requerido especialmente para delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, el fraude, el blanqueo de capitales y otras actividades delictivas relacionadas con el COT, consideradas por la agencia áreas prioritarias de actividad. Igualmente, los delitos de participación en organización delictiva y robo cometido por organización delictiva han justificado la convocatoria de reuniones de coordinación, tanto en la sede de Eurojust como en el país requirente. Empero, específicamente en materia de trata de seres humanos, uno de los fenómenos delictivos prioritarios en su agenda entre 2011 y 2013, todavía sigue siendo bajo el nivel de casos para los que su asistencia ha sido solicitada y su papel ha sido bastante marginal en el desarrollo de las operaciones, al igual que sucede en el caso de la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas ¹⁶⁰, posiblemente debido a su bajo perfil y dificultades burocráticas en su funcionamiento, así como por causas relacionadas con las débiles reglas de coordinación en el establecimiento de la jurisdicción competente para la represión de un delito determinado y que se supone Eurojust ha de coadyuvar a solucionar (*vid. infra*, epígrafe quinto).

Dada la amplitud de competencias y la indefinición de su marco de actuación, existen, no obstante, “zonas grises” en sus relaciones con otros actores del ELSJ que han conducido a una concurrencia entre actores y matizado el relativo éxito de su actuación en la última década. Asimismo, las reticencias de las autoridades judiciales nacionales, tradicionalmente centradas en los casos estrictamente estatales — posiblemente, derivado del sistema de acceso y ascensos de la carrera judicial ¹⁶¹—, han

avances en cooperación judicial y penal, Lex Nova, Valladolid, junio de 2010, pp. 71-84; LABAYLE, M. y NILSSON, H. G., “The Role and Organisation of Eurojust. Added Value for Judicial Cooperation in Criminal Matters”, MONAR, J. (Ed.), *The Institutional Dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Pieter Lang, Bruselas, 2010, pp. 195-215

¹⁵⁹ Puede encontrarse toda la información sobre las actividades de Eurojust en sus informes anuales, disponibles en: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/Pages/annual-reports.aspx> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶⁰ *Vid.* EUROJUST, *Strategic Project on “Eurojust’s action against trafficking in human beings”*. *Final report and action plan*, octubre de 2012; *Strategic Project on “Enhancing the Work of Eurojust in drug trafficking cases”*. *Final Results*, enero de 2012, ambos disponibles en: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/casework.aspx> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶¹ Por ejemplo, es escaso el recurso a su asistencia en caso de trata de seres humanos, normalmente de especial complejidad, como se recoge en el documento citado en la nota anterior. En primer lugar, la mayor parte de los magistrados y fiscales piensa y actúa de manera “local”, consecuencia

limitado el recurso a este órgano híbrido, entre lo supranacional y lo meramente intergubernamental. En cuanto a sus relaciones con EJM, existe cierto desconcierto e, incluso, desconocimiento entre las autoridades estatales y los profesionales sobre el reparto de tareas entre ambos órganos. Si bien se pretende que ambos actores establezcan relaciones coordinadas y se complementen mutuamente ¹⁶², el marco actual no clarifica las competencias de cada uno ¹⁶³, dejando plena libertad a las autoridades nacionales para determinar qué canal utilizar, por ejemplo para la transmisión de solicitudes urgentes de cooperación judicial, cuestión que, junto al recurso voluntario a otros actores del ELSJ, podría favorecer el *forum shopping* en la conducción de investigaciones y la incoación de expedientes ¹⁶⁴. Incluso se añade complejidad al insertar la Secretaría de la EJM en el personal de la Secretaría de Eurojust, dependiente de sus recursos materiales, aunque se le confiera autonomía interna. El refuerzo de

directa de la formación recibida y del escaso volumen de casos internacionales manejados, además de la planificación puramente estatal de objetivos y réditos profesionales. Igualmente, a pesar de la puesta en marcha de mecanismos de refuerzo de la confianza mutua y de la aproximación legislativa, todavía existen problemas de percepción que ralentizan la cooperación entre las autoridades competentes y entre éstas y Eurojust. Principalmente se debe a la actitud “tradicional” o conservadora de las autoridades nacionales respecto de la cooperación judicial con sus homólogos europeos, particularmente cuando se piensa que el intercambio de información puede redundar en un perjuicio a las investigaciones en curso a nivel estatal o dañar un interés nacional.

Precisamente por la mentalidad poco cooperativa de algunas autoridades nacionales y la variedad de sistemas y tradiciones jurídicas de los EEMM, el papel de los actores resulta más relevante en el desarrollo adecuado del espacio judicial penal de la UE, al mismo tiempo que la reestructuración y clarificación de las tareas de los diferentes actores del ELSJ se hacen cada vez más necesarias ante la proliferación de actores sectoriales en los últimos años y la indefinición del marco aplicable. Sobre la evolución de Eurojust como promotor de confianza mutua, *vid.* GROENLEER, M., “Cooperation among Judicial Authorities...”, *loc. cit.* en Nota 164; VLASTNIK, J., “Eurojust – A Cornerstone of the Federal Criminal Justice System in the EU?”, GUILD, E. y GEYER, F., *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2008, pp. 38-41.

¹⁶² Según el Considerando número 19 de la nueva Decisión, “Eurojust ha de mantener unas relaciones privilegiadas con la Red Judicial Europea que se basen en su carácter consultivo y complementario. La presente Decisión debe contribuir a definir las funciones respectivas de Eurojust y de la Red Judicial Europea y sus relaciones mutuas, manteniendo la especificidad de la Red Judicial Europea”.

¹⁶³ Principalmente, recogido en el artículo 25 *bis* de la nueva Decisión Eurojust:

“Cooperación con la Red Judicial Europea y otras redes de la Unión Europea que participen en la cooperación en materia penal

1. Eurojust y la Red Judicial Europea mantendrán relaciones privilegiadas entre sí, basadas en la consulta y la complementariedad [...]. A fin de asegurar la eficacia de la cooperación se tomarán las siguientes medidas:

- a) los miembros nacionales informarán, en función de cada situación, a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea de todos los casos que, en su opinión, podrían ser tratados mejor por dicha Red;
- b) la Secretaría de la Red Judicial Europea formará parte del personal de la Secretaría de Eurojust. Funcionará como unidad separada. [...];
- c) a las reuniones de Eurojust podrá invitarse, decidiendo en cada caso, a puntos de contacto de la Red Judicial Europea. [...].”

¹⁶⁴ MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, *op. cit.* en Nota 3, p. 233.

ambos órganos en 2008, lejos de despejar incógnitas “institucionales” con la posibilidad de fusionarlos, ha añadido cuestiones en torno a la división de tareas o el recurso a uno o a ambos organismos en la solicitud de asistencia jurídica. Sin duda, el intercambio de buenas prácticas y la homogénea transposición de la Decisión Eurojust en los ordenamientos estatales, junto con los próximos desarrollos institucionales derivados de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —principalmente, el incremento competencial de Eurojust para facultarlo a iniciar investigaciones—, marcarán el futuro de ambos órganos y de su respectiva aportación a la arquitectura de seguridad interior de la UE.

Igualmente, las relaciones con la OLAF distan de ser todo lo fructíferas que debieran, a pesar de la firma, en 2003, de un memorando de entendimiento. Al igual que Europol, ambos entes son competentes para conocer y combatir el fraude, la corrupción y otros delitos contra los intereses financieros de la UE. La coincidencia de ámbitos competenciales y la búsqueda de legitimación en un marco institucional relativamente reciente han provocado una notoria competitividad entre ambos órganos por hacerse un hueco en la amalgama institucional de la Unión, que, de aprovecharse los desarrollos institucionales recogidos en el Tratado de Lisboa, podría complicarse aún más. En 2008 se intentó resolver este conflicto latente con la firma de un acuerdo práctico para delimitar las respectivas competencias y funciones de ambas partes y establecer mecanismos de coordinación de sus actividades y de información mutua. Dicha competitividad, empero, no ha pasado desapercibida por los profesionales y el ámbito académico, destacando que “el solapamiento (y la proliferación de órganos en el limitado área de justicia penal de la UE) puede generar competencia en lugar de cooperación entre los distintos entes”¹⁶⁵.

El Tratado de Lisboa, además de cambios en el ámbito competencial de Eurojust al posibilitar que una nueva Decisión le permita incoar investigaciones y el control de sus actividades por el Parlamento Europeo —cuestiones verdaderamente novedosas en el panorama comunitario¹⁶⁶—, añade otro cambio significativo al estadio actual de

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 199 (traducción propia). En el mismo sentido, VLASTNIK, J., “Eurojust – A Cornerstone...”, *loc. cit.* en Nota 161, pp. 35-49.

Especialmente crítico se mostró también el Comité de la UE de la Cámara de los Lores británica en su *23rd Report of Session 2003-04. Judicial Cooperation in the EU: the role of Eurojust*, informe disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/lducom/138/138.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶⁶ Artículo 85 TFUE:

cooperación judicial. El artículo 86 TFUE permite incorporar una nueva instancia al marco operacional del espacio penal europeo que, según sea regulada, puede tener implicaciones en la lucha contra el COT ¹⁶⁷. Aunque la idea tiene una larga historia ¹⁶⁸,

“1. La función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, [...]

A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo determinarán, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación y las competencias de Eurojust. Estas competencias podrán incluir:

a) el inicio de diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión;

b) la coordinación de las investigaciones y los procedimientos mencionados en la letra a);

c) la intensificación de la cooperación judicial, entre otras cosas mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.

En dichos reglamentos se determinará asimismo el procedimiento de participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades de Eurojust.”

La actual propuesta de la Comisión para adaptar el marco legal de Eurojust fue presentada en julio de 2013, sin que pudiera ser juiciosamente valorada antes de la disolución del Parlamento y la convocatoria de elecciones. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia Europea de Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust)*, COM (2013) 535 final – 2013/0256 (COD), Bruselas, 17.7.2013.

Adicionalmente, sobre el proceso de reforma, *vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Report from the Eurojust Seminar on the new draft Regulation on Eurojust: "an improvement in the fight against cross-border crime?"*, *The Hague, 14-15 October 2013*, 17188/1/13 – Rev. 1, Bruselas, 4.12.2013.

¹⁶⁷ Artículo 86 TFUE:

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso [...] se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión [...], y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones. [...]

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión [...] con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza [...]. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión.”

COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea*, COM (2013) 534 final – 2013/0255 (APP), Bruselas, 17.7.2013.

¹⁶⁸ *Vid.* a este respecto, CSURI, A., “Naming and Shaping. The Changing Structure of Actors Involved in the Protection of EU Finances”, *EUCRIM*, Vol. 2, 2012, pp. 79-83; FLORE, D., “La perspective d’un procureur européen”, *Europäische Rechtsakademie (ERA) Forum. Scripta iuris europaei*, Springer, 2008, pp. 229-243; PIATTOLI, B., *Cooperazione Giudiziaria e Pubblico Ministero*

el articulado del TFUE presenta ciertas novedades respecto de anteriores propuestas y deja abiertos varios escenarios posibles —y, en caso extremo, concurrentes—. En primer lugar, el nuevo artículo no crea una obligación para con las instituciones de la UE, sino la mera posibilidad de crear una Fiscalía Pública Europea (FPE) a través de un procedimiento legislativo especial gestionado en todo momento por los EEMM a través del Consejo y del Consejo Europeo. El eventual órgano tendría competencia sectorial, pues se establece específicamente para combatir el fraude y otros delitos contra los intereses financieros de la Unión; un sector en el que otros actores, incluido Eurojust, tienen competencias ¹⁶⁹. No obstante, su ámbito funcional material podría verse ampliado a otros delitos conexos, si los EEMM lo estiman oportuno, extendiéndose a la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza y, por tanto, con incidencia directa en el mantenimiento del orden y la seguridad públicos europeos. A pesar de haber sido incluida en el Tratado de Lisboa, las dificultades de establecer la FPE son múltiples, en particular a la hora de ponerla en funcionamiento, dada la división de opiniones tanto en la doctrina como en las autoridades estatales ¹⁷⁰.

Europeo, Memorie Della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Serie II, Vol. 5, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

¹⁶⁹ Para un análisis sobre los distintos actores implicados en la protección de los intereses financieros de la UE, en particular el papel de la OLAF, *vid.* QUIRKE, B., “OLAF’s role in the fight against fraud in the European Union...”, *op. cit.* en Nota 143. Adicionalmente, HOUSE OF LORDS, EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Strengthening OLAF, the European Anti-Fraud Office. 24th Report of Session 2003-04*, julio de 2004, disponible en <http://www.publications.parliament.uk> [última consulta: 31.8.2015].

La OLAF está actualmente en pleno proceso de transformación y adaptación al nuevo escenario. El 6 de julio de 2010, Algirdas Šemeta, Comisario Europeo de Fiscalidad y Unión Aduanera, Auditoría y Lucha contra el Fraude, presentó un documento de reflexión sobre la reforma de la Oficina, enfatizando en la necesidad de dotar a OLAF instrumentos más adaptados para luchar contra el fraude, la corrupción y otras actividades contra los intereses financieros de la Unión. El 1 de febrero de 2012 se puso en marcha la nueva estructura orgánica y procedimientos de investigación, que pretenden acortar el tiempo de las investigaciones y centrar los recursos en las actividades prioritarias. Con la propuesta de la Comisión relativa a la FPE, la OLAF sufriría un vaciamiento sustantivo y material, pues recoge expresamente la transferencia de personal y recursos materiales, además de las funciones de la Oficina. Así, en su última modificación, la Comisión prevé expresamente la revisión de las funciones de OLAF en caso de aprobarse la FPE [Decisión de la Comisión 2013/478/UE, *Diario Oficial L 257*, de 28.9.2013, pp. 19-20].

¹⁷⁰ La propuesta de la Comisión parte de la autonomía institucional del nuevo actor, a costa de absorber las funciones y recursos de la OLAF, y con competencia para conocer del fraude y otros delitos contra los intereses financieros de la UE. No obstante, si bien se centra en este ámbito particular de la lucha contra el COT, las dificultades de dar este paso hacia la represión supranacional de estos delitos son muchas. En particular, el principal problema que se plantea es si protegerá los intereses financieros de la Unión en aquellos EEMM que opten por no participar en este mecanismo (además de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda), así como la articulación de la cooperación judicial entre aquellos EEMM que deleguen la competencia de investigación y represión de estos delitos en la Fiscalía y los que mantengan estas prerrogativas. Además, los EEMM deberán concebir al nuevo actor como realmente necesario para completar la parte operacional del espacio penal europeo, cuestión aún pendiente entre las autoridades estatales y para la cual la doctrina no ha encontrado una respuesta unánime. A partir de ahí, la

Es necesaria la reforma de este marco de la Unión, no solamente para delimitar los ámbitos competenciales y funciones de los distintos actores, sino también para añadir eficacia al modelo operacional establecido durante los últimos años sin un auténtico modelo o visión europea (o verdaderamente supranacional) de conjunto. Las últimas reformas de los actores, lejos de aclarar el panorama, han carecido de una visión global de las necesidades en la lucha contra el COT y no han sabido dar una respuesta adecuada, obedeciendo más a presiones de los EEMM o de los propios actores en búsqueda de un aumento del presupuesto y de la relevancia en el conjunto del ELSJ. La existencia de Eurojust y de la EJM, con funciones y competencias similares, reforzadas en las últimas reformas de sus respectivos marcos reguladores, son un claro ejemplo; pero aún más si cabe el refuerzo de Frontex en todos estos ámbitos, pasando de ser una agencia comunitaria encargada en un primer momento de mejorar los métodos de trabajo y procedimientos de las autoridades nacionales en materia migratoria y de gestión de fronteras a ejercer funciones de coordinación de las actividades de las fuerzas de policía y aduana de los EEMM en las fronteras exteriores e, incluso, en el exterior relacionadas directamente con el mantenimiento del orden y la seguridad públicos ante los tráfico ilícitos de migrantes y drogas. Por último, pero no menos importante, la compleción del espacio penal europeo pasa necesariamente por la obligatoria inserción

reestructuración de todo el modelo operacional del ELSJ se plantea imprescindible con el fin de mejorar su eficacia y transparencia, en particular en el terreno de la cooperación judicial y la investigación del COT.

Otro de los principales escollos es, sin embargo, la formulación misma del articulado. El TFUE prevé la posibilidad de crear la FPE *a partir de Eurojust*. Si bien lo lógico hubiese sido pensar en desarrollar una agencia (con personalidad jurídica distinta y autonomía formal) por medio de una ampliación de competencias de la OLAF, los redactores del Tratado de Lisboa han preferido obviar dicha posibilidad, al mismo tiempo que cerraban esta vía al encuadrar al nuevo órgano junto al Tribunal de Justicia. El texto abre varios escenarios en las relaciones entre ambos actores, hasta ahora vistos como antagonicos. De hecho, la creación de Eurojust puede verse como un movimiento de los EEMM contra el establecimiento de la Fiscalía prevista por el *Corpus Iuris* y defendida fervientemente por la Comisión, pero que encontró en Francia a su principal opositor. Además, Eurojust tiene competencia sobre la protección de los intereses financieros de la Unión y puede verse reconocida la facultad de iniciación de investigaciones con los Tratados en vigor, por lo que el éxito de Eurojust podría conllevar el fracaso en el establecimiento de la Fiscalía en un futuro no muy lejano. En todo caso, la OLAF resultaría la clara “perdedora” si se estableciese la FPE, en particular porque un nuevo órgano, con rango reconocido en el Derecho originario de la UE, asumiría sus competencias de protección de los intereses financieros de la Unión en un ámbito mucho más amplio que el de la propia OLAF, centrado en la sanción administrativa del fraude.

Para un análisis en profundidad sobre las dificultades y problemas planteados por la complejidad de establecer la Fiscalía, especialmente por los términos y procedimientos del TFUE, *vid.* el volumen 2 de la Revista *EUCRIM*, de 2012, dedicado en exclusiva al debate en torno al establecimiento de la FPE, disponible en: <http://www.mpicc.de/eucriim/> [última consulta: 31.8.2015].

de un “Derecho procesal europeo”, como defienden algunos autores ¹⁷¹, más amplio que las actuales medidas encaminadas a aproximar las legislaciones procesales nacionales en mínimos comunes denominadores, como la propia propuesta de la Comisión relativa al establecimiento de la FPE demuestra. Si bien la anterior Comisaria de Justicia, Viviane Reding, se puso manos a la obra antes de finalizar su mandato ¹⁷², todavía queda un largo camino por recorrer para llegar a esa meta final tan deseada por los más fervientes pro-europeístas y necesario para completar el marco contra el COT sin reducir las garantías procesales constitucionalmente reconocidas derivadas de la política “común”.

5. La contribución de Frontex a la política “común” de lucha contra el crimen organizado transnacional

Todas las medidas e iniciativas tomadas en los últimos años en el establecimiento y desarrollo del modelo europeo de gestión de fronteras (*vid. infra*, epígrafe sexto) han venido a reforzar el papel de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (Frontex) ¹⁷³. La Agencia se ha

¹⁷¹ FLORE, D., *Droit pénal européen...*, *op. cit.* en Nota 3, p. 604.

¹⁷² <http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁷³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 349*, de 25.11.2004, pp. 1-11. Acto modificativo: Reglamento 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, *Diario Oficial L 199*, 31.7.2007, pp. 30-39.

Durante los últimos años, la UE ha puesto en marcha otros actores con capacidades de intervención en determinados sectores del IBM con el fin de completar las labores de Frontex, especialmente en cuanto a la gestión de los riesgos y amenazas al orden público europeo. El primero de ellos es la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA) [Reglamento 439/2010, *Diario Oficial L 132*, de 29.5.2010, pp. 11-28]. Creada con el fin de avanzar en la implantación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), la Oficina está destinada a aumentar la coordinación de la cooperación operativa entre los EEMM para que se apliquen eficazmente las normas comunes en materia de asilo, en estrecha coordinación con otras agencias europeas (principalmente Frontex y la Red Europea de Migración) e internacionales (Oficina de Naciones Unidas de Ayuda al Refugiado, ACNUR) y las autoridades estatales competentes.

Además, la Comisión propuso la creación de una nueva agencia encargada de la gestión operativa de los sistemas informáticos del ELSJ. La Agencia, creada a finales de 2011, es responsable de la gestión operativa del Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), del Sistema de Información de Visados (VIS) y del Sistema EURODAC, a los que se pueden añadir sistemas informáticos de *gran magnitud*, en aplicación del Título V del TFUE, con el fin de mantenerlos operativos de forma continuada, para asegurar que el flujo de intercambio de datos circule continuamente en el seno de los Estados participantes, según sus respectivos regímenes de participación [Reglamento (UE) 1077/2011, *Diario Oficial L 286*, de 1.11.2011, pp. 1-17].

consolidado como unidad central de recogida y difusión de la información y de elaboración de los análisis de riesgo e inteligencia sobre los que se basa la gestión integrada de fronteras y como actor coordinador del modelo, encargado, por tanto, de garantizar su buen funcionamiento y del enfoque europeo en la gestión de los flujos migratorios y el control de las fronteras exteriores. Establecida como Agencia del extinto “primer pilar” para apoyar la “política comunitaria relativa a las fronteras exteriores”, Frontex recoge y analiza la información proporcionada por los EEMM y terceros países, en la prensa y el ámbito académico, con el fin de realizar análisis de riesgos (generales y específicos) que forman parte del modelo común de análisis integrado de riesgos, que, como agencia basada en inteligencia, rigen su actividad ¹⁷⁴. A partir de este modelo integrado, la Agencia facilita la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de gestión de las fronteras exteriores ¹⁷⁵, especialmente a través de la formación a las autoridades estatales competentes, la organización de seminarios y la asistencia en materia de retorno de inmigrantes irregulares en la Unión, coadyuvando en la aplicación de la vertiente represiva de la política comunitaria de inmigración.

En la parte operacional, Frontex es garante de la coordinación de la cooperación de los EEMM en materia de fronteras exteriores de la Unión, por ejemplo mediante la coordinación de operaciones conjuntas o proyectos piloto, siendo responsabilidad última de las autoridades nacionales el control y la vigilancia efectivos de las fronteras exteriores. Adicionalmente, a petición del Estado miembro interesado, Frontex puede ofrecer asistencia técnica y operativa (por ejemplo, mediante la provisión de expertos) en situaciones migratorias y de gestión fronteriza de especial necesidad, como ocurriera con el despliegue del *RABIT 2010* en la frontera terrestre turco-griega ante —según los medios de la Agencia— “el número excepcionalmente alto de migrantes” que la cruzaba

Sobre el establecimiento de Frontex y el papel del Consejo Europeo en su creación, *vid.* BERMEJO CASADO, R., “El proceso de institucionalización de la cooperación en la gestión operativa de las fronteras externas de la UE. La creación de Frontex”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Núm. 91, septiembre-octubre de 2010, pp. 29-62.

¹⁷⁴ Además de los informes generales anuales, Frontex realiza informes y análisis de riesgos sobre cuestiones concretas relacionadas con su actividad, como la situación de la inmigración ilegal en las fronteras exteriores y la evaluación de las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia. Pueden consultarse los informes públicos en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁷⁵ Entre otros, la aplicación del Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp.1-32; y sus diversos actos modificativos.

ilegalmente ¹⁷⁶. Para realizar estas funciones, puede proveerse de equipo técnico propio de control y vigilancia de las fronteras exteriores y gestionar los recursos ofrecidos voluntaria y temporalmente por los EEMM. Por último, Frontex puede asistir a los EEMM en la organización de operaciones de retorno conjuntas de inmigrantes en situación irregular, siguiendo la restrictiva normativa comunitaria en materia migratoria (*vid. infra*, epígrafe cuarto), además de tener competencia para establecer relaciones con terceros Estados y organismos internacionales en su particular ámbito funcional ¹⁷⁷.

La cuestión de la detección de las redes u organizaciones delictivas transnacionales y de la detención de sus miembros sigue siendo, no obstante, un asunto pendiente en la actividad de la Agencia, como demuestran los datos reflejados en sus informes de actividad ¹⁷⁸. En realidad, las operaciones conjuntas coordinadas por

¹⁷⁶ *Frontex Press Release*, 25.10.2010.

El artículo 8 del Reglamento Frontex permite el despliegue de estos expertos. Para poner en práctica la asistencia operativa, se han creado equipos de intervención rápida (RABIT), compuestos de oficiales de guardias de fronteras de los EEMM y Estados asociados de Schengen, altamente entrenados y especializados. Estos equipos son capaces de ser desplegados en menos de cinco días hábiles en el Estado miembro solicitante *ante una situación de presión urgente y excepcional*, como puede ser el flujo masivo de inmigrantes ilegales a un punto concreto de la frontera [Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, *Diario Oficial L 199*, de 31.7.2007, pp. 30-39].

Atendiendo a la solicitud de las autoridades griegas, Frontex desplegó 175 especialistas en el control de fronteras a lo largo de la frontera turco-griega. Como resultado de la operación, el porcentaje de inmigrantes ilegales interceptados disminuyó considerablemente (más de un 45%) de octubre a noviembre de 2010 (*Frontex Press Release*, 30.11.2010).

¹⁷⁷ Al igual que los actores vistos anteriormente, Frontex puede establecer relaciones con otros entes de la UE, con Organizaciones internacionales y con las autoridades de terceros Estados en el ámbito de sus competencias, al disfrutar de personalidad jurídica propia y autonomía financiera. Entre los acuerdos más relevantes con otros organismos del ELSJ destacan los firmados con la Agencia Europea de Seguridad Marítima y EUROSUR, ambos rubricados en 2013. Asimismo, dada la particular posición de Reino Unido e Irlanda, Frontex facilita la cooperación operativa de los EEMM con ambos países en su ámbito competencial, incluyendo la posibilidad de prestar asistencia técnica para las operaciones conjuntas de retorno.

A diferencia de los anteriores, no obstante, Frontex puede establecer Oficinas especializadas en los EEMM, con su consentimiento, con el objetivo de concretar las *mejores prácticas para los distintos tipos de fronteras exteriores* que sean de su competencia (Art. 16 del Reglamento Frontex). En este sentido, la Agencia ha firmado un acuerdo con las autoridades griegas para el establecimiento de la primera oficina operacional regional en Pireo (Grecia), operativa desde el 1 de octubre de 2010, para apoyar las operaciones conjuntas llevadas a cabo en el Mediterráneo oriental [*Bulletin Quotidien Europe*, Núm. 10194, de 4.8.2010]. La idea subyacente al despliegue de estas oficinas es la necesidad de reforzar aquellos flancos más frágiles de las fronteras exteriores de la Unión con mayores medios operativos y técnicos, basándose en los análisis de riesgo de Frontex, en la experiencia de las autoridades estatales en el control de las mismas y los ejercicios conjuntos.

¹⁷⁸ Siguiendo con el ejemplo ofrecido por el despliegue de *RABIT 2010*, si las autoridades habían logrado interceptar 4.270 inmigrantes ilegales en la frontera terrestre turco-griega en octubre de 2010, solamente 13 “facilitadores” habían sido arrestados para el mismo período (*Frontex Press Release*, 30.11.2010). En ejercicios posteriores, la Agencia señala un peligroso cambio en la tendencia del tráfico

Frontex han perseguido, principalmente, detener el flujo de inmigración ilegal hacia la Unión, independientemente de la implicación de organizaciones delictivas que se lucran del tráfico de inmigrantes ilegales, tal y como se había mantenido desde las instituciones. Lejos de atajar las raíces de la inmigración ilegal y perseguir a las redes criminales, la actuación de la Unión en este terreno ha tenido consecuencias negativas en la protección de los derechos de los inmigrantes, puesto que el énfasis en la respuesta de la Unión ha estado en el uso del Derecho penal para el control de las fronteras, criminalizando al inmigrante, independientemente de si su situación irregular ha sido fruto de una actuación de carácter voluntario o se ha debido a una migración forzada o condicionada por una situación de explotación (sexual o laboral) en la que detrás está implicada una organización delictiva.

En consecuencia, la criminalización del inmigrante ilegal ha derivado en su desprotección generalizada, especialmente grave en el caso de las víctimas de trata de seres humanos, que ven condicionada la legalización de su residencia y la asistencia y atención social y legal específicas a la colaboración prestada durante el procedimiento contra las organizaciones delictivas ¹⁷⁹. Del mismo modo, el control de los flujos migratorios en las fronteras exteriores del *espacio* europeo ha dificultado la entrada ilegal en el territorio de los EEMM e, indirectamente, favorecido el negocio lucrativo de las organizaciones y redes delictivas, además de hacer el recorrido hasta la Unión más peligroso para la vida e integridad física de los inmigrantes ilegales. Al aumentar los controles en determinados puntos de las fronteras exteriores y criminalizar la inmigración ilegal y estancia irregular, la UE ha provocado que las redes y grupos organizados hayan desplazado las rutas de tráfico de inmigrantes y perfeccionado los

ilícito de migrantes en este extremo del Mar Mediterráneo. Según Frontex, conscientes de las duras penas impuestas en Grecia contra dichos “facilitadores”, los traficantes han “aleccionado a los inmigrantes sobre cómo controlar el bote” y llegar a las islas griegas por sus propios medios, evitando así ser aprehendidos por las autoridades locales y poniendo en peligro la vida de los inmigrantes ilegalmente introducidos en el territorio comunitario. Lo que es más, si son detectados por la Guardia Costera griega, éstos han recibido la orden de sus traficantes de que “deben destruir el bote con el fin de ser rescatados y trasladados a la orilla griega” [*Frontex Risk Analysis Network (FRAN) Quarterly*, Núm. 3, julio-septiembre de 2014, Varsovia, febrero de 2015, disponible en: www.frontex.europa.eu].

Como ha demostrado la jurisprudencia española, estas penas por introducir ilegalmente a inmigrantes indocumentados resulta también de aplicación a “facilitadores” de terceros países igualmente sin documentación [Sentencia A.P. Cádiz 25/2013, de 28 de enero].

¹⁷⁹ Para un análisis general del marco establecido en la Directiva relativa a la trata, *vid.* RUIZ DÍAZ, L. J., “La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos. Las novedades de la Directiva 2011/36/UE”, PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.), *Derecho internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 90-131.

medios destinados a burlar dichos controles transfronterizos, ocasionando un encarecimiento de los “pasajes” y del apoyo logístico ofertado por dichos grupos y redes ¹⁸⁰. Más grave si cabe es el hecho de que, como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle en el Capítulo siguiente, la Unión ha externalizado los controles fronterizos, ahondando en la visión securitaria y delegando en terceros Estados la gestión de los flujos migratorios ilegales hacia la UE, en ocasiones, en detrimento de la protección de los derechos de los inmigrantes, en particular en aquellos aspectos relacionados con el principio de *non refoulement* y el derecho de asilo. Esta externalización de los controles, que no ha pasado desapercibida ni para la doctrina ni para terceros Estados e instituciones internacionales, forma parte del objetivo más amplio de externalización de los objetivos de seguridad interior promovido por la Unión en sus relaciones exteriores y, en concreto, de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, eje central del siguiente Capítulo. La obsesión por el mantenimiento de la seguridad interna frente a la intrusión del COT en el espacio comunitario, percibido como algo esencialmente externo al orden público europeo, ha obligado a reformar la normativa de Frontex para aplacar las críticas por la falta de respeto de los Derechos fundamentales en la actuación de las operaciones coordinadas por la Agencia en aguas del Mediterráneo y las operaciones conjuntas de retorno, si bien el Derecho penal sustantivo adoptado en los últimos años, las medidas de refuerzo de la gestión de las fronteras exteriores y la escasa atención prestada a la dimensión preventiva de las actividades delictivas del COT ponen en entredicho el discurso garantista de las últimas reformas y la globalidad de la política migratoria de la UE, en particular del pretendido “retorno voluntario” perseguido desde las instancias comunitarias ¹⁸¹.

¹⁸⁰ Así, para el Comandante de la Guardia Civil Vélez Alcalde, las redes de tráfico ilegal mueven unos 75 millones de euros al año, oscilando el precio de los “pasajes” entre los 600 y 1.800 euros según el tipo de embarcación empleado en la travesía. Estas cantidades han sido posteriormente confirmadas en los informes de Frontex. Vid. VÉLEZ ALCALDE, F. J., “Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África: el negocio de las rutas atlánticas hacia las Islas Canarias”, *ARI*, Núm. 14/2008, 5 de febrero de 2008, disponible en: www.realinstitutoelcano.org [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE*, COM (2014) 199 final, Bruselas, 28.3.2014; *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Una agenda europea de migración*, COM (2015) 240 final, Bruselas, 13.5.2015.

3. El marco jurídico de la lucha contra el crimen organizado en la Unión. La tipificación de pertenencia a organización delictiva

La respuesta de la UE en materia de lucha contra el COT descansa esencialmente en el uso del Derecho penal (sustantivo y, en cierta medida, procesal), convertido en la última década en un instrumento más de la política de seguridad interior promovida por el Consejo Europeo. De esta forma, el discurso securitario mantenido por las instituciones se ha plasmado en un conjunto de medidas legislativas impulsadas por los diferentes planes de acción y programas del Consejo que responden, por parcelas, a la tipificación de determinados delitos cometidos o planeados por los grupos organizados y que suponen el germen de un Derecho europeo de *excepción* relativamente complejo y coherente con el discurso oficial mantenido, heredero de las tendencias legislativas de numerosos EEMM y de Estados Unidos en la década de los 90 del siglo XX ¹⁸². El enfoque adoptado por la Unión va a ser, no obstante, eminentemente pragmático, obviando discusiones infructuosas acerca del fenómeno criminal, pues algunos de los documentos adoptados para responder a qué se entiende o debiera calificarse de *crimen organizado (transnacional)* en el seno de la UE no han tenido continuidad posterior ¹⁸³. La aprobación de instrumentos diferentes para cada tipo de delito concreto cometido por un grupo delictivo organizado responde bien a esta inquietud, al desgranar el fenómeno delictivo en esferas diferenciadas en el marco de un especie de “política criminal común” realmente errática, definida por el discurso securitario e intereses de los propios actores del ELSJ y las agendas internas de los EEMM.

La Decisión marco que analizamos en este epígrafe, que establece la obligatoriedad de tipificar conductas relacionadas con la participación en un grupo

¹⁸² María Luisa Cesoni habla, por ejemplo, de la normalización o banalización del régimen de excepción en el Derecho de los Estados miembros objeto de su estudio comparado y de Estados Unidos, especialmente en materia de Derecho procesal. CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *op. cit.* en Nota 120. Es una tesis que compartimos a lo largo de este trabajo, si bien aplicándolo al ámbito de la integración comunitaria y no tanto desde una perspectiva de Derecho comparado.

¹⁸³ *Vid.* Nota 82 sobre el “concepto administrativo”. Por otra parte, tampoco el documento de la Comisión sobre el “concepto estratégico” [*Vid.* Nota 70] ha tenido eco en el debate posterior, principalmente porque no es un instrumento que busque definir un concepto, sino que se limita a programar y proponer una serie de medidas, principalmente legislativas, para afrontar el COT en todas sus dimensiones. Por tanto, en el seno de la UE se sigue hablando indistintamente de *crimen serio*, y/o *criminalidad/delinuencia organizada* o *criminalidad transfronteriza*, haciendo alusión indistintamente a fenómenos delictivos diferentes.

delictivo organizado, corresponde a la primera de esas medidas pragmáticas: se pasa de intentar definir el fenómeno delictivo a introducir los elementos esenciales para tipificar la membresía y poder, así, establecer la responsabilidad penal de los individuos que participan en un grupo organizado independientemente de la comisión efectiva de un delito o de su mera tentativa. No obstante, a pesar de los impulsos legislativos de las instituciones todavía quedan abiertas muchas incógnitas pendientes de resolver no solamente por la considerable atenuación del alcance de los diferentes instrumentos adoptados y de la laxitud de los términos empleados debido a su compleja negociación institucional, sino, muy particularmente, por su posterior implementación en Derecho interno que, en la mayoría de las ocasiones, no ha producido los resultados deseados en la propuesta legislativa original. Esta Decisión marco que consideramos en las líneas que siguen no es una excepción a la ineficacia del Derecho adoptado en la última década en el seno de la UE y que ha llegado a banalizar el recurso a métodos especiales de investigación y aumentado el nivel de sanciones previstos aduciendo a la supuesta gravedad de este tipo de delincuencia.

1. Objetivos de la Decisión marco: las expectativas sin cumplir

La aprobación de la Decisión marco (DM) relativa a la lucha contra el crimen organizado ¹⁸⁴ pretende culminar un largo proceso interno de identificación del fenómeno como amenaza, iniciado tímidamente a mediados de la década de 1970, con el perfeccionamiento de la respuesta de la Unión en todos los niveles posibles — político, jurídico y operacional—. Los EEMM y las instituciones de la Unión consideraron necesario adaptar las disposiciones de la Acción común de 1998 a la nueva

¹⁸⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial L 300*, de 11.11.2008, pp. 42-45.

Para un análisis detallado de la Decisión marco, *vid.* CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Springer, Heidelberg, 2010; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada: comentario a la Decisión marco 2008/841”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 18, abril de 2009; MITSILEGAS, V., *The Council Framework Decision on the Fight against Organized Crime: What can be done to strengthen EU legislation in the field?*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [última consulta: 31.8.2015].

De forma complementaria, MILITELLO, V., “Transnational Organized Crime and European Union: Aspects and Problems”, RUGGERI, S. (Ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, pp. 201-214.

realidad, ante los avances en la integración europea y el nuevo marco internacional de lucha contra el COT surgido tras la aprobación de la Convención de Palermo ¹⁸⁵. Asimismo, la revisión global de la actuación de la UE aparecía recogida entre los objetivos del Programa de La Haya de “consolidación” del ELSJ, especialmente en dos ámbitos prioritarios para la lucha contra el COT: la aproximación de las legislaciones penales y procesales nacionales para mejorar la implementación del reconocimiento mutuo ¹⁸⁶, aprovechando para ello las novedades incorporadas en la reforma de Ámsterdam, en particular la introducción de las decisiones marco; y el refuerzo de los órganos europeos encargados de hacerle frente en el plano operacional, principalmente Europol y Eurojust. Con esta reforma, la Unión respondía, así, a la amenaza del crimen organizado con un instrumento “mucho más completo” y eficaz, como afirmara la Comisión en su propuesta legislativa ¹⁸⁷, y, en este caso, con carácter plenamente vinculante, poniendo la Decisión marco contra el terrorismo como elemento de referencia ¹⁸⁸ y equiparando la legislación europea a las disposiciones de la Convención de Palermo. Esta renovada voluntad de mejorar la respuesta de la Unión en la lucha contra el COT se indica en el Preámbulo, cuando reitera la necesidad de completar la labor llevada a cabo por los organismos internacionales, especialmente con la Convención de Palermo (Considerando número 6 ¹⁸⁹), si bien sigue padeciendo de limitaciones similares a las observadas en el anterior marco legal.

¹⁸⁵ A la que la Unión se había adherido, mediante Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, pp. 69-115.

¹⁸⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “El Programa de La Haya: Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea”, *Diario Oficial C 53*, de 3.3.2005, p. 12.

¹⁸⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, COM (2005) 6 final, Bruselas, 19.1.2005, p. 4.

¹⁸⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, *Diario Oficial L 164*, de 22.6.2002, pp. 3-7, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, *Diario Oficial L 330*, de 9.12.2008, pp. 21-23.

¹⁸⁹ En este punto, las diferentes traducciones de la DM varían, puesto que en unas versiones la Unión *debe completar* (versión en español), mientras que en otras *debe apoyarse* en el trabajo realizado por las organizaciones internacionales (versión en francés, italiano o portugués) o *debe construir sobre la base* de dicho trabajo (versiones en inglés y alemán).

El principal objetivo de la escueta DM era armonizar ¹⁹⁰ tanto la definición de los delitos como el nivel de las sanciones. Por un lado, la DM procura la armonización de las diferentes legislaciones penales nacionales en cuanto a la tipificación de los delitos relativos a la participación en organización delictiva o, en su caso, su inclusión en el respectivo ordenamiento estatal en aquellos EEMM que no hubieran adoptado una disposición específica —caso, por ejemplo, de Francia o los países escandinavos—. El fin último, según su Preámbulo, era facilitar la implementación efectiva del reconocimiento mutuo y de la cooperación entre autoridades en el marco de la UE, a través de la introducción de un estándar mínimo de homogeneidad en la legislación penal de los EEMM. En especial, esta pretendida armonización resulta relevante si observamos el contexto en el que se adoptó la DM, caracterizado por persistentes divergencias en los Códigos penales de los EEMM en cuanto al tratamiento de la participación en organización delictiva y la necesidad de coordinar la implementación nacional de los compromisos adquiridos unilateralmente tras la ratificación de los numerosos instrumentos legales internacionales —en particular, la Convención de Palermo y sus Protocolos facultativos—. Por otro lado, la DM obliga a los EEMM a adoptar las sanciones “correspondientes a la gravedad de estos delitos” (Considerando número 3), estableciendo un umbral mínimo que, no obstante, no cumpliría con las expectativas iniciales de la Comisión.

Esa pretendida armonización de tipificaciones y de sanciones se verá truncada por la propia naturaleza “marco” de la DM, dando origen a toda una serie de interpretaciones y diferentes implementaciones en los respectivos ordenamientos

¹⁹⁰ *Aproximación* en el documento en inglés. Existe una viva controversia en torno a la posible superación del mandato del Consejo para la aproximación de las legislaciones penales nacionales, recogido en el Tratado de la UE (Niza). Para algunos autores, entre los que me incluyo, hay una sustancial diferencia entre *aproximación* y *armonización*. En el primer caso, se pretende eliminar los puntos discordantes o problemáticos entre dos o más legislaciones, dejando un amplio grado de flexibilidad, sin por ello reemplazar las leyes nacionales preexistentes; mientras que en el segundo supuesto, se va más allá, reordenando dos o más sistemas en torno a un estándar mínimo común negociado entre las partes implicadas, por lo que puede alterar substancialmente la legislación interna de los EEMM. En el seno del Consejo se ha tenido una clara tendencia en los últimos años a la *armonización* de los diferentes sistemas penales nacionales, con la introducción de estándares mínimos por medio de la adopción de Decisiones marco. Vid. CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 1-20; MILITELLO, V., “Transnational Organized Crime and European Union...”, *loc. cit.* en Nota 184; y WEYEMBERGH, A., *L’harmonisation des législations pénales: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2004, en particular pp. 31-36.

estatales ¹⁹¹. El marco mínimo de armonización previsto por la DM ha sido rebasado por algunos legisladores nacionales tanto en las conductas delictivas tipificadas como en la sanción impuesta, redundando en una significativa divergencia en la aplicación de la misma respecto de otros ordenamientos recelosos de tipificar y sancionar determinadas conductas. Los ejemplos más claros de estas discrepancias los apreciamos en el establecimiento de sanciones penales y de la responsabilidad de las personas jurídicas. Además, la DM deja libertad a los EEMM para la tipificación penal de la participación, de la conspiración o de ambos supuestos (Art. 2), manteniendo los dos modelos (anglosajón y continental) previstos en la Acción común de 1998, en contra de la propuesta redactada por la Comisión, pero en línea con las disposiciones de la Convención de Palermo. También consiente la potencial inclusión como *organizaciones delictivas* de otros grupos que no persigan la consecución de un beneficio económico o de carácter material (Considerando número 5); es decir, posibilitando la inserción, por ejemplo, de grupos terroristas en dicha categoría delictiva. En este último punto, la DM mantiene las disposiciones de la Acción común de 1998, contradiciendo el espíritu y la letra de la propia Convención de Palermo y la necesaria desvinculación de ambos fenómenos en el ámbito de la represión seguido por la práctica internacional en la última década.

En realidad, las pretensiones del documento inicial de la DM propuesto por la Comisión distan bastante de las provisiones del texto finalmente aprobado por el Consejo. En el proceso de negociación y posterior adopción de la DM se eliminaron las principales novedades en la armonización de los diferentes sistemas legales penales previstas en la Proposición de la Comisión. Las modificaciones operadas por el Consejo durante la tramitación del texto redujeron las expectativas planteadas por la propuesta de la Comisión, más ambiciosa en algunos puntos. Por ejemplo, en su Considerando número 5 y su artículo 8 se menciona la protección y asistencia a las víctimas a través de medidas específicas en razón de su especial vulnerabilidad, principalmente pensadas para el ámbito de la trata de personas; una disposición protectora específica que sería desechada en el texto final. Otra de las importantes novedades no mantenidas en el documento finalmente aprobado es la tipificación concreta de la “dirección de una organización delictiva”, recogido en su Considerando número 4 y su artículo 2. Su

¹⁹¹ *Vid.*, para un estudio pormenorizado de la implementación de la Decisión marco en los respectivos ordenamientos, CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184.

eliminación repercute en la trasposición sesgada de la Convención de Palermo, que sí contempla dicha labor organizativa o de dirección (Art. 5, § 1.b). Finalmente, se incluye el “acuerdo” previo a la comisión efectiva de un delito, concepto propio del *common law* introducido por las presiones del Reino Unido, y que redundará en una mayor complejidad de la lucha contra el crimen organizado al volver a insertar en el seno de la Unión el doble modelo seguido por la Acción común de 1998. Ante los cambios operados por el Consejo durante su negociación, la propia Comisión se desmarcará del documento finalmente adoptado, objetando la imposibilidad de conseguir la ansiada armonización con la DM resultante ¹⁹².

Por otra parte, si bien la DM deja claro en su Considerando número 8 el respeto de los derechos y libertades fundamentales, surgirán numerosas cuestiones relativas a su efectiva protección, particularmente respecto de la seguridad jurídica, fruto de las divergencias existentes o potenciales tras su implementación en las legislaciones penales nacionales y de la vaguedad de los términos empleados. Asimismo, se cuestiona la necesidad, urgencia y proporcionalidad de la adopción de este tipo de medidas armonizadoras, dejando ver la posibilidad de que sean adoptadas más por presiones políticas internacionales que por razones de eficacia en la cooperación judicial y policial ¹⁹³. De hecho, muchas de las críticas vertidas hacia la DM derivan, precisamente, de la

¹⁹² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, 9067/06, 10.5.2006, p. 12. A esta Declaración, aneja al Anexo del documento, se unieron Francia e Italia, apoyando igualmente las quejas de la Comisión.

En una Resolución posterior sobre el COT, el Parlamento Europeo manifestó igualmente su inquietud por el escaso éxito de esta Decisión marco en materia de aproximación de las legislaciones estatales y la definición del fenómeno delictivo en sus múltiples formas. De esta forma, los europarlamentarios se expresaron en los siguientes términos:

“Habida cuenta del impacto muy limitado sobre los sistemas legislativos de los Estados miembros de la Decisión marco 2008/841/JAI sobre la delincuencia organizada, que no ha aportado ninguna mejora significativa a las leyes nacionales ni a la cooperación operativa para combatir la delincuencia organizada, pide a la Comisión que presente, antes de finales de 2013, una propuesta de Directiva que contenga una definición más concreta de la delincuencia organizada y defina mejor las características clave del fenómeno, centrándose en especial en el concepto clave de organización, y que tome en consideración también las nuevas formas de delincuencia organizada; solicita que, en lo relativo al delito de pertenencia a una organización criminal y respetando siempre los diferentes sistemas legislativos nacionales y sus características específicas, se estudie la abolición del doble enfoque actual (que tipifica tanto la participación como la conspiración) y la tipificación como delitos penales de una serie de delitos, independientemente de la pena máxima prevista en el sistema jurídico de los Estados miembros; pide asimismo que se examine con mayor rigor la cuestión de la tipificación de cualquier tipo de apoyo a las organizaciones criminales”. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, P7_TA (2011) 0459.

¹⁹³ En este sentido, *vid.* por ejemplo, VOGEL, J., “Why is the Harmonisation of Penal Law Necessary? A Comment”, KLIP, A. H. y VAN DER WILT, H. G. (Eds.), *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Amsterdam, 2002, pp. 55-64. Para un análisis en clave positiva,

ausencia de mejoras respecto de cuestiones suscitadas por los analistas sobre la necesaria inclusión de los elementos esenciales de los grupos criminales transnacionales y sus actividades, ausentes por regla general en los instrumentos legales internacionales, y la posible inserción de otros delitos considerados de menor importancia también en el marco europeo. En realidad, la consideración de qué tipos de delitos distintos de la participación en organización delictiva han de ser perseguidos dependerá de la sanción impuesta por el correspondiente Código penal, no de los elementos característicos de estos grupos criminales o de la gravedad real de sus actuaciones. Además, deja al Estado miembro la libertad de incluir algunos delitos menos graves no previstos originalmente en el marco de la lucha contra el COT, siempre y cuando cumplan con el umbral mínimo introducido por la DM. Es decir, no solamente existirán divergencias en el tipo de sanciones impuestas a nivel estatal (que pueden superar ese umbral mínimo), sino también en cuanto a los tipos concretos de delitos “graves” cometidos por dichos grupos criminales susceptibles de ser perseguidos en cada Estado miembro, cuestión que no ayuda a la persecución eficaz de los grupos organizados que los cometen. En el apartado siguiente profundizaremos en esta crítica, fundamental a la hora de agilizar la cooperación judicial y policial en el seno de la Unión y dotarla de mayor efectividad, así como de la adecuada salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales. Al mismo tiempo, la estructura en pilares de la Unión en el momento de la adopción de la DM y la escasa implicación de dos instituciones esenciales para la protección de los derechos y libertades públicas —el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia— han concentrado gran parte de las críticas vertidas a la intromisión de la Unión en este (limitado) proceso armonizador, supuestamente fundada en dotar de mayor efectividad a la lucha contra el COT y de una fluida cooperación judicial, que han venido a profundizar el debate general sobre el déficit democrático de la UE ¹⁹⁴, en particular respecto de las medidas de control de las actividades de los actores encargados de su implementación y de la proporcionalidad de determinadas actuaciones de las fuerzas y

vid. WEYEMBERGH, A., « À la recherche d'un espace judiciaire pénal européen », MAGNETTE, P. y REMACLE, E. (Dir.), *Le nouveau modèle européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2000, pp. 31-46.

¹⁹⁴ Vid., para el debate general, MAGNETTE, P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le souverain apprivoisé*, Éditions Complexe, Collection Études européennes, París, 2000. En cuanto al limitado papel del Parlamento Europeo, MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “Los acuerdos internacionales del tercer pilar de la UE”, REMIRO BROTÓNS, A. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. (Coord.), *El futuro de la Acción Exterior de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 211-247.

cuerpos de seguridad de los EEMM amparadas por este Derecho de la UE fuertemente influido por la ampliación de la normativa de *excepción*, ahora de aplicación al conjunto de la ciudadanía y no solamente a los (presuntos) delincuentes. Es decir, a través de la progresiva adopción de instrumentos legislativos, el ordenamiento comunitario se hace eco de una corriente extendida entre los EEMM y algunos Estados occidentales por la que se cambia el paradigma en el terreno penal, caracterizado en palabras de Maria Luisa Cesoni por la adopción de procedimientos distintos según el tipo de delincuencia y la gravedad de las infracciones, el creciente recurso al poder del Ejecutivo en el desarrollo legislativo (favorecido por el modelo europeo de integración en este ámbito), el acercamiento de los poderes de la policía con los servicios de inteligencia y la adopción de formas de decomiso que pueden ser de aplicación sin condena penal preexistente en caso de infracciones supuestamente en el origen de los beneficios ¹⁹⁵. Como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle en los próximos epígrafes, la UE ha interiorizado estas cuatro tendencias en su ordenamiento, fruto del discurso securitario de las últimas décadas y del continuo recurso al Derecho penal en su estrategia contra el COT.

2. *Definiciones y elementos de referencia*

En general, la DM no aporta novedades sustanciales al panorama legal internacional existente hasta el momento. En el caso concreto de las definiciones tampoco es una excepción: la DM se limita a trasponer en el orden jurídico de la UE las definiciones aportadas anteriormente por la Acción común de 1998 y por la Convención de Palermo, ligeramente modificadas en cuanto a su redacción. Esta trasposición de las amplias definiciones anteriormente acordadas implica, subsiguientemente, consecuencias negativas que los ordenamientos estatales han debido resolver en su implementación a nivel interno. Como afirma Francesco Calderoni, estamos ante un

¹⁹⁵ CESONI, M. L., “Introduction Générale”, CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, loc. cit. en Nota 120.

“Un conjunto de excepción se construye así alrededor de las tipificaciones. Buscando una eficacia sustancial, tanto las nuevas tipificaciones como los dispositivos procesales que se les añaden parecen afirmar que la eficacia debe primar sobre el respeto de los principios jurídicos fundamentales. Ampliamente criticadas por la doctrina por las violaciones de Derechos que entrañan, estas disposiciones resisten y los procedimientos de excepción adoptados en materia de criminalidad organizada tienden a influir el Derecho penal común, incluso a aplicarse directamente”. CESONI, M. L., “Conclusions générales”, CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée: des représentations sociales...*, op. cit. en Nota 99, pp. 44-45.

“instrumento pobre con poco valor añadido para la aproximación de la legislación penal” en la lucha contra el COT ¹⁹⁶.

En primer lugar, mientras que la Convención de Palermo hace referencia a *grupo delictivo organizado* —enfatisando el carácter “organizado” de la agrupación criminal—, el artículo 1 de la DM utiliza el término *organización delictiva*, la cual define como:

una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

La única diferencia en este caso con respecto de la Acción común de 1998 es la finalidad perseguida por la *organización*: la necesaria búsqueda del “beneficio económico u otro beneficio de orden material”, en su más amplia acepción. Se trata de una importante diferenciación con el instrumento anterior, puesto que así quedarían fuera de la definición y, por lo tanto, del ámbito cubierto por la DM, los grupos terroristas, que siguen una tipificación y represión diferenciada tanto a nivel internacional como de la propia Unión ¹⁹⁷. O por lo menos, esa era la intención del texto en la propuesta inicial de la Comisión. En un claro retroceso con respecto del original, fruto de la necesaria adopción de la DM por unanimidad bajo las disposiciones del anterior Tratado de la UE (*ex* Art. 34, § 2 TUE), el Consejo deja la puerta abierta para que algunos EEMM no adapten su legislación penal nacional a la DM y a la Convención de Palermo en cuanto a la diferenciación entre grupos terroristas y organizaciones criminales ¹⁹⁸. Dicha apertura al inmovilismo, recogida en su

¹⁹⁶ CALDERONI, F., “A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, Núm. 3, 2008, p. 265.

¹⁹⁷ Baste recordar la existencia de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo [*vid.* Nota 91].

¹⁹⁸ Uno de los ejemplos más claros de las reticencias nacionales a cambiar sus respectivas legislaciones vendrá de la mano del Código Penal francés y su categoría genérica *association de malfaiteurs* (artículos 450-1 y 421-1 y 421-2 del Código Penal francés), que dejan fuera el elemento temporal del crimen organizado, o Art. 706-73 del Código Procesal penal para el caso concreto de terrorismo. *Vid.* SENAT FRANÇAIS, Conclusions de la commission sur la proposition du sénateur FAUCHON, du 11 avril 2006 [Texte E 2839 – COM (2005) 6 final], en <http://www.senat.fr/ue/pac/E2839.html> [última consulta: 31.8.2015].

Considerando número 4, no beneficia ni a la efectiva lucha contra el COT, ni a la uniformidad en la definición y respuesta legal de los diferentes EEMM y de la propia coherencia interna de las medidas de la UE en la materia, que no hacen sino “seguir tendencias contra el COT que pueden ser cuestionables”, especialmente en cuanto a confusión entre medidas contra el blanqueo de capitales y aquellas otras destinadas a evitar la financiación del terrorismo ¹⁹⁹.

El objetivo último de la *organización delictiva* objeto de la DM, insistimos, no es otro que la obtención directa o indirecta de un “beneficio económico u otro beneficio de orden material” por medio de la comisión de un delito. A pesar de potenciales divergencias en cuanto a la inclusión de grupos que persigan otro objetivo distinto, resulta necesario subrayar este punto, puesto que inserta en la legislación de la Unión el desarrollo de un importante sector de la doctrina que diferencia los grupos terroristas de las “organizaciones delictivas” en aras de una mejor eficacia de las medidas para suprimir ambos fenómenos criminales. Con esta diferenciación se rompe con el anterior modelo de la Acción común de 1998, que no distinguía si estos delitos constituían un fin en sí mismos o un medio para la obtención de beneficios materiales para la ejecución de sus fines últimos, esto es, la comisión de actividades terroristas. Con la aprobación de la DM la Unión abandona, por tanto, la concepción amplia de “organización delictiva” mantenida en los documentos anteriores, en la que incluía el terrorismo u otros delitos con fines y medios distintos, no necesariamente vinculados al COT — como la extorsión o la violencia contra la integridad física o moral de las personas—. Este importante avance está, además, en consonancia con las respectivas disposiciones de la Convención de Palermo, aunque dependa en último término del legislador nacional la inclusión o no de otros grupos criminales en su ordenamiento interno.

Del mismo modo, el término *beneficio económico u otro beneficio de orden material* no está definido en la DM, sino que se han de presuponer concretados en los ordenamientos estatales a través de la ratificación de la Convención de Palermo, cuyas Guías Explicativas incluyen no solamente las ganancias materiales directas, sino

¹⁹⁹ SCHERRER, A., MÉGIE, A. y MITSILEGAS, V., *The EU role in fighting transnational organized crime*, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, febrero de 2009, p. 5 (traducción propia).

Como los autores oportunamente señalan, la financiación del terrorismo puede consistir en pequeñas sumas de dinero, no necesariamente proveniente de fuentes ilegales ni utilizar el sistema financiero (p. 30), por lo que una asimilación entre ambos tipos de medidas podría llevar a su ineficacia a la hora de afrontar estos delitos.

también otros beneficios personales tales como las gratificaciones sexuales ²⁰⁰. Nuevamente, una omisión que podría tener repercusiones en la claridad y delimitación de los conceptos utilizados a nivel europeo, si no fuera porque existen otros instrumentos legales del marco comunitario que le son de aplicación para la compleción de este punto y evitar así posibles divergencias entre los sistemas penales de los EEMM.

La DM establece otros requisitos mínimos que han de incluirse a la hora de calificar una agrupación como *organización delictiva*: 1) una pluralidad de actores involucrados; 2) relativa permanencia en el tiempo de la agrupación; y 3) una cierta estructura organizativa ²⁰¹. En cuanto al número de participantes a tener en cuenta, la DM establece que sean, al menos, “más de dos personas”. En este punto tampoco innova respecto de la Acción común de 1998 —fórmula que copia— y de la Convención de Palermo, a pesar de las continuas críticas recibidas sobre el bajo número de participantes o de la incoherencia con el modelo de *conspiracy* anglosajón. Veremos que también se exigirán algunas condiciones adicionales para clasificar como “organización delictiva” a un grupo. Así, los dos últimos requisitos de la definición pretenden diferenciar la “organización delictiva” de formas de codelinquencia o de la conspiración como acto preparatorio de otros delitos ²⁰². Es decir, no solamente será suficiente que “tres personas o más se asocien con el fin de poner en marcha un programa criminal común [...sino] que es igualmente necesario que esta *societas* esté adecuadamente estructurada” ²⁰³; criterios de estructuración cuya precisión terminológica queda, en teoría, reforzada por la definición de *asociación estructurada*, incluida en el mismo artículo 1; es decir:

una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.

²⁰⁰ ONUDD, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, pp. 13-14.

²⁰¹ Para mayor detalle, *vid.* MALJEVIĆ, A., ‘*Participation in a criminal organization and ‘conspiracy’.... op. cit.* en Nota 97, pp. 158-182; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, p. 14.

²⁰² MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, p. 14.

²⁰³ MANACORDA, S., « La riposte pénale contre la criminalité organisée dans le droit de l’Union européenne », MANACORDA, S. (Coord.), *L’infraction d’organisation criminelle en Europe...*, *op. cit.* en Nota 97, pp. 277-278 (traducción propia).

Esta definición en negativo, empleada también en la Convención de Palermo o en la Decisión marco contra el terrorismo, va a resultar demasiado ambigua y amplia, sobre todo si tenemos en cuenta la necesidad de una legislación penal clara que garantice el principio de legalidad y la seguridad jurídica en el marco normativo de la UE. Establecida en esos términos, se rebajan excesivamente las condiciones anteriormente citadas y, con ello, se amplían los grupos delictivos que pueden ser susceptibles de inclusión en el ámbito de aplicación de la DM. De esta forma, los criterios relativos a la permanencia en el tiempo se reducen a la “formación no fortuita” para la comisión de un delito concreto, con lo cual se pueden incluir bandas que comentan varios delitos consecutivos, pero cuya existencia no se prolongue necesariamente en el tiempo o responda a cierta estructuración, contradiciendo documentos anteriores que han guiado la respuesta de la Unión y la coherencia de la política “común” de lucha contra el COT ²⁰⁴. De esa forma, quedarían fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la DM solamente aquellas asociaciones pensadas para la comisión inmediata de un delito, aunque persigan la comisión de un *delito grave* —por ejemplo, trata de personas— y dejando abierta la posibilidad de que las medidas de excepción previstas para la lucha contra el COT sean de aplicación a un amplio rango de organizaciones y bandas criminales, no necesariamente *organizadas* o *estables* en el tiempo. Esta imprecisa formulación necesita, no obstante, de una adecuada concreción por parte del legislador o juez nacional para hacerlo compatible con la necesaria claridad y precisión de la ley penal, añadiendo mayor distorsión a la pretendida armonización objeto de la DM. En particular, como iremos analizando a lo largo de este epígrafe, para delimitar el alcance de determinadas medidas preventivas y excepcionales previstas en la DM, que pueden resultar demasiado amplias en su formulación en el texto comunitario, como el caso del blanqueo de capitales y los medios de investigación del COT, o el recurso al delito de participación en organización delictiva como agravante en el establecimiento de sanciones, contenida igualmente en otros instrumentos legales aprobados en la última década.

²⁰⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revisión del doc. 12247/1/94 ENFOPOL 161 REV 1 a partir del doc. 5717/97 ENFOPOL 22 como resultado de la reunión de expertos de los días 13 y 14 de febrero de 1997, dedicada al mecanismo de elaboración de informes de la UE sobre delincuencia organizada*, 6204/2/97, Enfopol 35, Bruselas, 21.4.1997.

Además, siguiendo la letra de la definición, resulta obligatoria la comisión de varios delitos, al contrario que la respectiva disposición de la Convención de Palermo que permite la posibilidad de perseguir una organización que haya cometido un solo delito siempre que éste sea grave. La multiplicidad de delitos impone un requisito adicional, heredado de la Acción común de 1998 y que se supone en consonancia con la condición de permanencia en el tiempo de la organización. Sin embargo, nada se dice sobre si ha de ser una multiplicidad de casos de un mismo delito (por ejemplo, tráfico de obras de arte) o una pluralidad de delitos cometidos por una misma organización criminal en un único acto (por ejemplo, trata de personas con el cruce ilegal de fronteras o la provisión de documentación falsificada). En este aspecto, la adopción de la definición de *asociación estructurada* propuesta por el Parlamento en su Enmienda número 10 hubiera resultado de gran utilidad esclarecedora, al hacer expresamente mención a la comisión de uno o más actos conducentes a un número de delitos diferentes o a una serie de delitos y, por tanto, dejando fuera de su definición aquellas organizaciones o pactos para la ejecución de un único delito aislado ²⁰⁵.

Por otra parte, esta definición en negativo elimina la presunta necesidad de una estructura organizativa dispuesta jerárquicamente o una clara asignación de funciones detrás de las actividades de los grupos criminales, característica distintiva de dichos grupos frente a la delincuencia común y fundamento último de la intervención internacional —o, en este caso, de la Unión— por su potencial peligrosidad. En la definición se aclara que no hay necesidad de que se les hayan asignado funciones a sus miembros o que éstos hayan de permanecer en la organización durante un determinado tiempo, por lo que una implicación puntual en dos o más delitos también podría servir para incriminar a una persona por pertenencia a organización delictiva. En definitiva, se afirma que no es necesaria una estructura formal desarrollada que sustente las actividades delictivas desmontando por completo las tesis sostenidas por la doctrina durante gran parte del siglo XX. Con estas laxas definiciones, se pretende que haya al

²⁰⁵ Nuevamente, la versión inglesa del texto del Parlamento es preferible a la castellana, al aportar mayores clarificaciones. Así, ““Structured association” means an association that is not randomly formed for the immediate commission of *one or more acts giving rise to a number of different, or a series of, offences* and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a *hierarchical* structure”. PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council framework decision on the fight against organised crime [COM (2005) 0006 – C6-0061/2005 – 2005/0003(CNS)], de 26 de octubre de 2005 [No publicada en el Diario Oficial].

menos un mínimo de organización, pues se presupone que un grupo organizado es algo más que una mera reunión o asociación para que responda verdaderamente al término *organizado*. Pero, por otra parte, se pretende evitar un requisito demasiado exigente, solicitando una estructura bien definida o excesivamente jerárquica, lo que podría redundar en una reducción en demasía de su ámbito de aplicación subjetiva. Sin embargo, esta definición en negativo no responde a la necesaria distinción entre “crimen organizado” y “crímenes que son organizados”²⁰⁶, entre los que sí podríamos incluir las actividades terroristas en sus manifestaciones tradicionales.

Un requisito adicional de la definición de *organización delictiva* es la necesaria actuación “concertada” de sus miembros, derivada del requisito estructural. Para la comisión de los delitos cubiertos por la DM, la actividad delictiva de sus miembros ha de estar acordada, normalmente bajo la instigación y dirección de uno o varios responsables últimos; es la *delincuencia de grupo* identificada por Choclán Montalvo²⁰⁷ o el carácter *sistémico* de la actividad delictiva de la organización teorizada por Salvatore Aleo²⁰⁸ y Anne T. Romano y John M. Martin²⁰⁹. Por ello, la ausencia de tipificación de la “dirección” e “instigación” en la presente DM no se entiende, pues hubiera sido de gran ayuda en este punto particular, además de estar en consonancia con el texto de la Convención de Palermo, que prevé expresamente la tipificación de la dirección y organización de un grupo delictivo organizado entre sus disposiciones.

Por último, la DM incluye una referencia a la necesaria comisión, por parte de la organización delictiva, de un *delito grave*, según la definición recogida en el artículo 2 de la Convención y recogida escuetamente en la definición que da la DM de *organización delictiva*; es decir, aquella conducta que “constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”. Al establecer este umbral mínimo, entendido como sinónimo de la gravedad de los

²⁰⁶ FINCKENAUER, J. O., “Problems of definition: What is organized crime?”, *Trends in Organized Crime*, Vol. 8, Núm. 3, marzo de 2005, pp. 63-83.

²⁰⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 243 y ss.

²⁰⁸ ALEO, S., “The Definition and Repression of Organized Crime”, LONGO, F. (Ed.), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime*, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 75. En el mismo sentido, MALJEVIĆ, A., ‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’..., *op. cit.* en Nota 97.

²⁰⁹ MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime. Terrorism, Espionage, Drug & Arms Trafficking*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1992, pp. 14 y ss.

delitos cometidos por un grupo delictivo organizado —a pesar de abstenerse de calificarlo como tal en la definición—, la Unión opta por excluir listar una serie de delitos sancionables como *graves* en el ámbito material de la DM, a semejanza del listado presente en el Convenio Europol ²¹⁰, que, recordemos, ha servido de referencia para la delimitación del COT en la UE durante la década de 1990. Optar por definir la gravedad de los delitos cometidos por un grupo delictivo organizado en base a las sanciones acordadas a nivel interno introduce cierto grado de flexibilidad e, indirectamente, añade inseguridad jurídica en la cooperación judicial penal entre EEMM, dadas las considerables diferencias observadas entre los ordenamientos estatales en cuanto al nivel de penas. Como analizaremos a lo largo del siguiente epígrafe, esta ausencia de listado en la DM ha sido suplida, en parte, por una ingente legislación en materia de aproximación de leyes procesales y penales cuya finalidad más inmediata ha sido acotar el fenómeno del COT en el Derecho de la UE.

Por todo lo analizado, la DM incurre en los mismos errores observados para el caso de la Convención de Palermo y que han sido duramente criticados desde la doctrina, al dejar excesivamente abierto el ámbito de aplicación de la DM en cuanto a los grupos objeto de tipificación. Especialmente críticos se han mostrado los criminólogos, quienes tradicionalmente han identificado una serie de elementos esenciales que no han sido tenidos en cuenta en la redacción de la DM, si bien se han incluido en otros documentos que han influido considerablemente en el desarrollo de la política contra el COT en la UE ²¹¹. Como analizamos en el primer Capítulo, el uso de la violencia o de la corrupción como delitos instrumentales para el COT para afianzar su posición en un determinado mercado o región debieran haber sido tenidos en cuenta en la DM, además de su carácter esencialmente transnacional —con la excepción de la trata de personas, que puede ser puramente interna—. Por ello, resulta verdaderamente llamativa la ausencia de referencia en la DM al carácter transnacional del crimen organizado, solamente expuesto brevemente en el Preámbulo, y que parece se da por supuesto como característica de la delincuencia organizada —y de la propia

²¹⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial C 316*, de 26.7.1995, pp. 1-32.

²¹¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Revisión del doc. 12247/1/94 ENFOPOL 161 REV 1 a partir del doc. 5717/97 ENFOPOL 22 como resultado de la reunión de expertos de los días 13 y 14 de febrero de 1997, dedicada al mecanismo de elaboración de informes de la UE sobre delincuencia organizada*, 6204/2/97, Enfopol 35, Bruselas, 21.4.1997.

intervención de la Unión en la materia— en el articulado y el título mismo de la DM o en la propuesta legislativa de la Comisión. Por otra parte, solamente a partir de 2011 se hará especial hincapié en la lucha contra la corrupción en el seno de la UE, como respuesta a los problemas de los “nuevos” EEMM y a la adhesión de la UE al Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, cuestión prácticamente ausente igualmente en la normativa europea ²¹². Si la DM hubiese tenido en cuenta estos elementos identificados por la doctrina, el Derecho de la UE hubiese sido más completo que la Convención de Palermo en este punto, respondiendo al fenómeno desde una posición más global e integrada. No hemos de olvidar que el uso de la corrupción y la extorsión por dichos grupos dificulta la labor de persecución del crimen organizado y sirve a su implantación en determinadas áreas o negocios ilegales e, incluso, su inserción en el sector económico legal, como tímidamente se recoge en algunos documentos de las instituciones y actores del ELSJ ²¹³.

En consecuencia, como tendremos oportunidad de comprobar a lo largo del presente Capítulo, hemos de recurrir a otros instrumentos para concretar determinados puntos inconclusos en la presente DM, así como a la necesaria transposición en el ámbito penal estatal para ver el alcance real de la normativa europea. No olvidemos que la DM establece solamente un marco de armonización necesario para la efectiva aplicación del reconocimiento mutuo y la mejora de la lucha contra el COT, pero que corresponde al Estado en cuestión delimitar su alcance. De manera progresiva, los EEMM han de determinar en la transposición de la DM qué delitos concretos, junto a

²¹² La corrupción a nivel interno ha sido un tema “tabú” en el seno de la Unión. Solamente existe una Acción común, de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado (*Diario Oficial* L 358, de 31/12/1998, pp. 2-4), posteriormente derogada por la Decisión marco 2003/568/JAI (*Diario Oficial* L 192, de 31/07/2003, pp. 54/56) sin que la corrupción de funcionarios públicos haya sido abordada. *Vid.* para un panorama general del tratamiento que ha recibido la corrupción en la UE y la nueva estrategia en este sentido, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, Bruselas, 6.6.2011.

Finalmente, en febrero de 2014, la Comisión presentó un informe sobre la corrupción en la UE, incluyendo un análisis de los EEMM, en el que pone de relieve las deficiencias de las medidas adoptadas para luchar contra la corrupción, a pesar de la percepción en varios países, como en España, y de haber puesto especial énfasis solamente en los EEMM del Este europeo. En particular, destaca la irregular implementación en los EEMM de la Decisión marco. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, Bruselas, 4.2.2014.

²¹³ Por ejemplo, la Comisión ha considerado la corrupción como un “vehículo de las actividades de la delincuencia organizada”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, Bruselas, 6.6.2011, p. 12.

los delitos genéricos de participación que analizamos a continuación, consideran dignos de consideración bajo el prisma de *crimen organizado* (el ámbito material o el grupo de actividades delictivas), donde el primer paso es la presente DM (tipificación del ámbito subjetivo o el grupo delictivo). Así, las sucesivas Decisiones marco adoptadas en los últimos años respecto de determinadas manifestaciones delictivas concretas sirven para completar este marco general que presentamos a continuación y que, dada la amplitud de términos y la mezcla de sistemas anglosajón y continental, ha dado lugar a una limitada aproximación de las legislaciones penales estatales ²¹⁴.

3. *Ámbito material de la Decisión marco*

El artículo 2 de la DM solicita que los EEMM tipifiquen como delito uno o los dos tipos de conductas de participación en una organización delictiva, recogidas en sus párrafos *a)* y *b)*; es decir, respectivamente, *participación activa* en una organización delictiva o el *acuerdo*, previo a la comisión efectiva del delito. Ambas conductas concuerdan con las disposiciones de la Acción común de 1998 y de la Convención de Palermo, manteniendo los dos modelos diferentes de tipificación del delito de participación: la tradición europea continental y el del *common law* anglosajón. Nuevamente, el texto adoptado contradice el proyecto presentado por la Comisión, que preveía un “reformateado” ²¹⁵ del marco anterior destinado a evitar las divergencias observadas en los ordenamientos estatales y aprovechar al máximo los potenciales efectos armonizadores de la DM. Con la disposición finalmente adoptada, la DM deja un amplio margen de maniobra a los EEMM y, por ende, de divergencias en el seno de la Unión, al permitir la posibilidad de que los legisladores nacionales tipifiquen la

²¹⁴ En este sentido, CALDERONI, F., “A Definition that Could not Work...”, *loc. cit.* en Nota 196; MITSILEGAS, V., *The Council Framework Decision on the Fight against Organized Crime...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 15-16.

En el caso de España, por ejemplo, se ha optado por incluir en la última reforma del Código Penal algunos delitos que la DM no tipifica pero que sí vienen recogidos en la Convención de Palermo, como la dirección y coordinación de un grupo delictivo organizado (nuevos artículos 570 *bis* y *ter*), además de incluir una lista de delitos considerados materialmente cometidos por estos grupos criminales (artículo 282 *bis*, § 4 en su nueva redacción) [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 140, de 23 de junio de 2010, pp.54811-54883]. Para un análisis crítico, *vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, Núm. 30, 2012, pp. 15-41. Adicionalmente, GONZÁLEZ RUS, J. J. (Dir.), *La Criminalidad Organizada*, Tirant lo Blanch, Monografías, Núm. 877, 2014.

²¹⁵ FONTANAUD, D., “Criminalité organisée”, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 77, 2006, p. 194. En el mismo sentido, MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l'espace judiciaire pénal européen ... », *loc. cit.* en Nota 14.

participación, el acuerdo o ambas conductas, como ha sido finalmente el caso de aquellos países del *common law*²¹⁶.

En el caso de la tipificación de la *participación*, la DM amplía considerablemente el ámbito cubierto por dicho delito respecto de la Acción común de 1998, introduciendo las disposiciones recogidas en la Convención de Palermo. La letra *a)* permite tipificar como delito la *participación activa* en la organización delictiva en términos amplios, sin distinción de su grado de responsabilidad en la misma o de su implicación en el hecho delictivo concreto llevado a término por la organización, a pesar de las controversias suscitadas por los penalistas respecto de los desafíos legales que ocasiona la incriminación de una colectividad basándose en definiciones y términos tan amplios²¹⁷. En primer lugar, la DM no diferencia entre los distintos tipos de actividades delictivas posibles dentro de la participación activa, que distingue aquellos actos imprescindibles para la consecución de los objetivos de la organización —como sería la instigación, la dirección o la ejecución material del delito concertado (es decir, la autoría) — de otros desempeños subsidiarios o indirectos, *inter alia*, proporcionando información relevante, financiación o reclutando a nuevos miembros (“participación delictiva”). Por lo tanto, al contrario que la distinción operada en la Acción común de 1998, la DM mezcla entre las actividades propiamente delictivas de la organización y el resto de actividades secundarias o de apoyo, tipificándolas indistintamente como delito. Asimismo, tampoco diferencia entre las distintas conductas de autoría, instigación o colaboración necesaria, propias del ámbito penal nacional y de las que se deriva la aplicación del principio de proporcionalidad en el establecimiento de las sanciones penales. Por otra parte, se ha de tipificar igualmente la *pertenencia* o membresía,

²¹⁶ CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184.

²¹⁷ “El derecho penal clásico se enfrenta a fuertes reticencias en la elaboración de sus estrategias de prevención y de represión para con la criminalidad organizada. En efecto, el modelo tradicional de ilícito penal estaba históricamente centrado en el delito de resultado, monosubjetivo y lesionando intereses jurídicos individuales”. CASTALDO, A. R., “La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit italien”, MANACORDA, S. (Coord.), *L’infraction d’organisation criminelle en Europe...*, *op. cit.* en Nota 97, p. 224 (traducción propia).

En el mismo sentido, BAKER, E., “The legal regulation of transnational organized crime. Opportunities and limitations”, EDWARDS, A. y GILL, P. (Eds.), *Transnational Organized Crime. Perspectives in global security*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 2003, pp. 183-194; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 85-126.

además de la participación activa (esencial o de apoyo), pues su integración o eventual participación en la organización ha de ser penada, independientemente de la autoría del delito o del grado de responsabilidad en su materialización o planeamiento. Por último, se dejan fuera de la cobertura de la DM los delitos de *omisión*, pues se pide tipificar el carácter activo de la participación ²¹⁸.

Estos tipos de conducta de participación activa y de pertenencia a organización delictiva requieren, además, que el individuo tenga el conocimiento de la ilegalidad de las actividades de la organización o su intención de cometerlas; un requisito doloso que ya se consideraba en el artículo 2, § 1.a) de la Acción común de 1998. La novedad respecto del texto anterior resulta de la obligatoriedad de que, igualmente, el individuo sepa que “su participación contribuirá al logro de la finalidad de esta organización”, por lo que se excluye la posibilidad de inculpar al sujeto por imprudencia —cuestión que sí se precisa en el caso de las personas jurídicas— y se enlaza con el sentimiento de pertenencia a la colectividad o delincuencia de grupo identificado por la doctrina, menos visible en el siguiente delito incluido en la DM.

En segundo lugar, contradiciendo la propuesta enviada por la Comisión de simplificarlo mediante la introducción de un modelo coordinado, la DM mantiene el doble modelo de participación en organización delictiva al incluir como segunda opción a la hora de tipificarla la *conspiración*. En su artículo 2, § 1.b), la DM recoge la posibilidad de tipificar como delito el acuerdo o la *conspiracy* característica del *common law* anglosajón. Este precepto permite tipificar el concierto entre dos o más personas “para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1”. Se trata de un acuerdo previo a la planificación y posterior materialización de un delito concreto, *grave* según establezca la norma interna de aplicación, que puede ser perseguido incluso si éste no llega a planearse, excediendo el ámbito de la conspiración tal y como se entiende en el Derecho penal continental ²¹⁹. Además, esta provisión permite, al igual que en el caso de la Acción común, que se tipifique dicha conducta “aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad”. Sin embargo, la DM introduce una mejora relativa respecto del anterior

²¹⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, p. 20.

²¹⁹ En el Código Penal español está prevista la “*conspiración*” (Art. 17, § 1 Código Penal), pero requiere la previsión de cometer efectivamente el delito, aunque éste no llegue a materializarse, por ejemplo, por tentativa inidónea.

instrumento: dicho acuerdo ha de estar relacionado necesariamente con las actividades de una organización delictiva, por lo que se restringe su ámbito de aplicación material —una tipificación de *conspiracy* más reducida que en el *common law* y recogida sin condiciones particulares en la Acción común de 1998—. De esta forma, se reduce el ámbito de aplicación a las actividades tipificadas con el umbral máximo mínimo de pena o medida privativa de seguridad de al menos cuatro años recogida en el artículo 1 de la DM, dejando fuera otras actividades de menor gravedad o conductas antisociales.

En resumen, la tipificación de la participación en una organización delictiva recogido en la DM permite crear el marco jurídico necesario para sancionar al individuo, más allá de la materialización del ilícito, constituyendo así un delito por sí mismo, además de una circunstancia agravante para el establecimiento de sanciones en el caso de la comisión de otros delitos (Art. 3, § 2), incorporados al Derecho de la UE a través de otros instrumentos destinados a tipificarlos a nivel de la Unión (*vid. infra*, epígrafe tercero). Sin embargo, hemos de tener en cuenta el Considerando número 5 de la DM, introducido por el Consejo durante la tramitación del documento, el cual permite a los EEMM interpretar que el término *actividades ilícitas* implique la realización de actos materiales concretos, no solamente la intención. Los legisladores nacionales pueden, de esta forma, incluir la obligatoriedad de la concreción material del delito, obviando la mera *tentativa* como un elemento para incriminar a un individuo o grupo si la concreción del pacto criminal es un requisito material en sus respectivos ordenamientos constitucionales. Resulta mucho más lógico este Considerando, sobre todo si tenemos en cuenta la apertura de la tipificación del segundo modelo (el *acuerdo*), que ni siquiera requiere de la permanencia en el tiempo del pacto o acuerdo.

En consecuencia, la DM no necesariamente supone una innovación respecto del marco legal anterior, puesto que, además de mantener el doble modelo de participación de la Acción común, no incorpora las principales novedades del marco internacional resultante tras la adopción del Convenio de Palermo. En primer lugar, hemos de lamentar la ausencia de la tipificación de la *dirección de una organización delictiva*, una de las importantes novedades desechadas en el documento finalmente adoptado (Considerando número 4 y artículo 2 de la Propuesta de la Comisión). Su eliminación tiene repercusiones en la trasposición de la Convención de Palermo, texto que sí contempla dicha labor organizativa o de dirección (Art. 5, § 1.b), y responde a las

reticencias mostradas por algunos EEMM durante las negociaciones del proyecto ante las dificultades que plantea la efectiva determinación del responsable último de una organización criminal ²²⁰, por lo que finalmente se decidió eliminar la tipificación de la “dirección”, abogando por tipificar únicamente la *participación activa* del individuo, sin diferenciar entre los diversos grados de responsabilidad o la conducta del sujeto dentro del grupo criminal. Por el contrario, la dirección de un grupo terrorista sí ha de ser obligatoriamente tipificada en la legislación penal nacional, según el artículo 2, § 2.a) de la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo.

Finalmente, la DM no incluye otros delitos recogidos en la Convención de Palermo, en principio, menos graves y no necesariamente vinculados con el COT, pero sancionables siempre según lo estipulado en la misma. Estos delitos son el blanqueo (Art. 6), la corrupción (Art. 8 y Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción ²²¹) o la penalización de la obstrucción a la Justicia (Art. 23). Nuevamente, una omisión en la DM que plantea numerosas dudas acerca de la utilidad real de la adopción de este instrumento y de su trasposición al Derecho interno, especialmente si tenemos en cuenta la persistencia de diferentes realidades político-criminales en los EEMM, en particular respecto del nivel de sanciones previsto para el delito de participación en organización delictiva.

4. *Las sanciones: los mínimos requeridos*

La DM pretende ir más allá de lo establecido por la Acción común de 1998 también en cuanto a las sanciones, si bien no llegaría a cumplir las expectativas de la propuesta de la Comisión tampoco a este respecto. En el marco anterior, las medidas sancionadoras debían ser “efectivas, proporcionales y disuasorias”, dejando un amplio margen de maniobra a los legisladores nacionales para establecer las sanciones penales correspondientes según estimaran en relación a los delitos de participación contemplados en sus respectivos ordenamientos. Con la DM se pretende fijar un tipo máximo mínimo de reclusión, armonizando así el nivel de sanciones penales en el seno de la Unión. De esta forma, el artículo 3 de la DM establece la obligatoriedad de

²²⁰ Vid. SENAT FRANÇAIS, Conclusions de la commission sur la proposition du sénateur FAUCHON..., *loc. cit.* en Nota 198.

²²¹ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003.

tipificar el delito de participación activa en organización delictiva con una “pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años”, un umbral mucho más reducido que el propuesto por la Comisión ²²². Por su parte, en el caso del delito de “acuerdo” del apartado *b*), existen dos posibilidades: bien puede establecerse la misma pena máxima de reclusión que la aplicable al delito objetivo de la conspiración; bien fijarse una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años, igual que para el delito de participación activa. Estos umbrales máximos mínimos pretenden facilitar la asistencia legal mutua y la cooperación en el seno de la Unión, aunque no concuerden con el nivel de penas establecido por la Orden Europea de Detención y Entrega (o euro-orden) ²²³, ni por el propio artículo primero de la DM en cuanto a delitos graves de un máximo de al menos cuatro años o con una pena más severa.

Este umbral de sanciones resulta ridículamente bajo si nos atenemos a la supuesta gravedad de los delitos cometidos por las organizaciones delictivas y la propia peligrosidad de este tipo de grupos, reconocida en el artículo 1 de la DM y fundamento de la tipificación de la pertenencia a organización delictiva. Así, por ejemplo, en el ordenamiento penal español entra en la categoría de penas *menos graves* [Art. 33, § 3.a) del Código Penal], y solamente a partir de un mínimo de cinco años pueden ser considerados *graves* en nuestro Código Penal [Art. 33, § 2.a)]. Además, contradice el umbral mínimo de gravedad exigido por el acuerdo al que llegó, en 2002, el Consejo

²²² Mientras que para el delito de “dirección de una organización delictiva” la iniciativa de la Comisión preveía una pena máxima de al menos diez años, para la “participación” activa se exigía una pena máxima de al menos cinco años. *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia...*, *op. cit.* en Nota 187, p. 6.

²²³ Según el artículo 2, § 2:

“Darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor:

— pertenencia a organización delictiva, [...]”

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *Diario Oficial L 190*, de 18.7.2002, pp. 1-18. Para un análisis en profundidad de esta Decisión marco, *Vid.*, entre otros, BLEKXTOON, R. y BALLEGOOIJ, W van, *Handbook on the European Arrest Warrant*, TMC Asser Press, La Haya, 2004; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 14, 2007, disponible en: www.reei.org [última visita, 19.6.2010]; SANZ MORÁN, Á. J., “La orden europea de detención y entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 75-125.

sobre la aproximación de las sanciones ²²⁴, en las que se establecieron cuatro niveles, siendo el escogido finalmente claramente inferior a la gravedad del delito (nivel 2). En realidad, el umbral máximo mínimo fue considerablemente rebajado por el Consejo en la tramitación de la propuesta, puesto que, entre otras cuestiones planteadas por los EEMM, los países nórdicos se mostraron contrarios a sancionar con una pena mayor de dos años dicha participación, ya que éstos no preveían expresamente la tipificación de la participación en grupo delictivo, al considerar que dicha tipificación contravenía el principio de libertad de asociación recogido en sus Constituciones ²²⁵.

En realidad, estas reticencias se han mostrado asimismo en la práctica jurídica de otros EEMM, en los que, como en Alemania, a pesar de estar tipificado penalmente, “el delito de asociación es raramente utilizado” ²²⁶ por los inconvenientes que plantea en la imposición de las penas la atribución de la responsabilidad penal individual según el grado de implicación en la comisión del delito o su mera participación en organización delictiva. En otros casos, como en Dinamarca o Suecia, la mera pertenencia no constituye delito alguno en sus respectivos ordenamientos, por lo que deben alegar otras ofensas para poder desplegar la cooperación transnacional en materia de lucha contra el COT ²²⁷. Además de las vicisitudes respecto de la evidencia de los elementos constitutivos de una organización delictiva, entre los principales desafíos al Derecho penal tradicional planteados por la trasposición de la DM en Derecho interno está el sancionar la membresía de un individuo a dicha organización con igual pena que a los autores de un delito cometido en el marco de la misma, como se desprende de la DM, siendo “común en los sistemas penales modernos reflejar en la entidad de la pena el grado de ejecución del delito” ²²⁸. Al no establecerse una diferenciación ni entre los

²²⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Conclusiones del Consejo sobre el enfoque que debe seguirse para la aproximación de las penas, 9141/02, Bruselas, 27 de mayo de 2002.

²²⁵ El Senado francés (*vid.* Nota 197) se hizo eco del debate del Consejo, donde se deja notar ese *clivage* en el seno de la Unión entre distintos sistemas penales y constitucionales —principalmente, escandinavo, europeo continental y de *common law* anglosajón—.

²²⁶ “El peligro latente que representa en sí una organización no es sancionado, solo es reprimida su manifestación en casos aislados concretos (los delitos de organizaciones no son “utilizados” más que con motivo de una investigación; la Fiscalía justifica así su demanda de puesta bajo escucha telefónica.” VOLK, K., “La riposte pénale contre les organisations criminelles en droit allemand”, MANACORDA, S. (Coord.), *L’infraction d’organisation criminelle en Europe...*, *op. cit.* en Nota 97, p. 15 (traducción propia).

²²⁷ *Vid.*, por ejemplo, CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 65-74.

²²⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, p. 22.

tipos de participación, ni entre los grados de ejecución, o la necesidad de la materialización efectiva de un delito, la DM —si bien no impone a los EEMM esta indiferenciación— no distingue la gravedad de la sanción en atención a las distintas fases del *iter criminis* como sería deseable en Derecho interno ²²⁹, por lo que ha quedado al arbitrio del legislador nacional diferenciar el grado de la pena a imponer en función del tipo de involucración, función o actividad del delincuente en la estructura delictiva ²³⁰.

Asimismo, el Derecho penal clásico se ha mostrado reticente a la posibilidad de sancionar la conducta delictiva de un individuo por la gravedad o peligrosidad del ilícito de participación en una organización delictiva, no por la gravedad del delito materialmente cometido en sí mismo, como ha sido tradicionalmente el caso, por lo que supone una ruptura con uno de los principios penales tradicionales, el de proporcionalidad en el establecimiento de las penas. Resulta lógico, por todo ello, que el umbral establecido en la propuesta de la Comisión, de al menos cinco años, no fuese retenido en el texto final. En definitiva, ha correspondido al legislador nacional el establecer, además de dicho umbral, otros criterios adicionales para la diferenciación de las sanciones respecto del grado de participación en la organización y, en su caso, de la comisión del delito, si así lo estima conveniente en la transposición interna de la DM para equilibrar su correcta implementación con el requisito penal de la proporcionalidad en el establecimiento de las penas. Dada la diferente tradición jurídica y experiencia en la lucha contra el COT entre un Estado miembro y otro, el nivel de armonización de las sanciones penales por participación en organización delictiva ha sido escaso, poniendo en entredicho la fluidez y eficacia de la cooperación judicial en el seno de la UE. Como pone de manifiesto Francesco Calderoni, mientras que en Finlandia la sanción por pertenencia a organización delictiva es inferior a los tres años de reclusión máxima

²²⁹ *Ibíd.* Esta diferenciación de la sanción según el grado de ejecución en la comisión del delito o de participación en la organización está presente en la última reforma del Código Penal español, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 152, de 23.6.2010, pp. 54811-54883].

²³⁰ El panorama de implementación de la Decisión Marco ha quedado bastante fragmentado en este terreno particular. Por regla general, los EEMM que realizan algún tipo de diferenciación en la imposición de penas incrementan las sanciones a los fundadores o dirigentes de una organización delictiva. Otros EEMM, en cambio, no establecen criterios adicionales en cuanto al grado de participación, ni imponen penas superiores en casos de posesión de armamento o blanqueo de productos del delito, por lo que consideran la mera pertenencia como conducta reprochable en sí misma. CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 92-96.

exigidos para poner en marcha la euro-orden (en concreto, se imponen dos años), en otros países son mucho mayores a las sanciones previstas en la DM, como los 20 años impuestos en Rumanía o los más de 10 estipulados en Italia y los Estados Bálticos ²³¹.

Por todo lo anterior, el juez nacional ha optado ampliamente por acudir al delito de participación como circunstancia agravante en lugar de como delito independiente, recurriendo a esta infracción “solamente en ausencia de otros delitos susceptibles de proveer a la acusación de perspectivas de éxito” ²³². Esta circunstancia agravante también ha sido prevista por la DM (Art. 3, § 2). No obstante, se ha de entender que esta disposición se aplica, no a los delitos de *participación activa* o de *acuerdo*, como podría entenderse de la compleja redacción del articulado ²³³, sino a los delitos “graves” concretos cometidos en el seno de una organización criminal que superen ese umbral máximo mínimo de pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro años. Se persigue introducir una sanción más severa en caso de la comisión de un delito en el seno de una organización delictiva, acorde con la gravedad de los delitos y de la peligrosidad de este tipo de grupos, algo que se aplica en determinados ordenamientos nacionales para algunos delitos particulares, relacionados o no con el COT, como, por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas o la trata de seres humanos. Del mismo modo, otros instrumentos legislativos de la UE han incorporado esta opción al tipificar delitos conexos e incluir la participación en organización delictiva como circunstancia

²³¹ CALDERONI, F., “Analisi e riflessioni sul quadro giuridico europeo di riferimento”, ALFANO, S. y VARRICA, A., *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie. La risoluzione del Parlamento Europeo e l’impegno dell’Unione Europea*, Franco Angeli Editore, Milán, 2012, pp. 15-44.

²³² SILVA SÁNCHEZ, J. M., « La riposte pénale contre les organisations criminelles en droit espagnol », MANACORDA, S. (Coord.), *L’infraction d’organisation criminelle en Europe...*, op. cit. en Nota 97, p. 62 (traducción propia).

²³³ El párrafo segundo del artículo 3 reza:

“Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que el hecho de que los delitos mencionados en el artículo 2, conforme a lo determinado por cada uno de los Estados miembros, hayan sido cometidos en el marco de una organización delictiva, pueda considerarse como una circunstancia agravante”.

Extrañamente, la DM adoptada por el Consejo alude a los delitos contemplados en el artículo 2 (*participación activa* y *acuerdo*), mientras que en la Propuesta de la Comisión se refiere claramente al Art. 1 (*delitos graves* cometidos en el marco de una organización delictiva). De implementar la DM tal cual estipula este párrafo se produciría un sinsentido y una vulneración del principio *ne bis in idem*, puesto que se aplicaría doble sanción al mismo delito. Para mayor detalle sobre esta incongruencia, *vid.* CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, op. cit. en Nota 184, pp. 59-68; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, pp. 22-23.

Por el contrario, defendiendo la referencia al delito de participación del artículo 2, MITSILEGAS, V., *The Council Framework Decision on the Fight against Organized Crime...*, op. cit. en Nota 184, p. 16.

agravante en el establecimiento de las sanciones, como tendremos oportunidad de analizar en los epígrafes siguientes.

Es de lamentar, no obstante, que no se hayan mantenido las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo en su Resolución, que pretendían aplicar sanciones adicionales de inhabilitación y la confiscación de bienes producto del delito²³⁴. Estas sanciones adicionales tenían por finalidad introducir en la DM un elemento de prevención y disuasión de la actividad delictiva, además de alinear dicho instrumento con las respectivas disposiciones de la Convención de Palermo —en particular, su artículo 12 (*Decomiso e Incautación*)—, criterios que no han sido finalmente tenidos en cuenta por el Consejo y que entendemos habrían de verse complementados por las disposiciones generales relativas al decomiso recogidas en otros instrumentos legislativos adoptados por la UE que tienen carácter preventivo del delito (*vid. infra*, epígrafe sexto).

5. *La inclusión de una cuestión controvertida: las circunstancias especiales o atenuantes*

El artículo 4 de la DM²³⁵ introduce una novedad respecto de los instrumentos internacionales anteriores de lucha contra el crimen organizado, ausente en la Acción

²³⁴ “2 bis. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las personas consideradas culpables de delitos contemplados en el artículo 2 puedan ser objeto de, además de las sanciones establecidas en los apartados 1 y 2, otras sanciones tales como: a) el decomiso de artículos que hayan servido o estuvieran destinados a servir para cometer el delito y de aquellos que sean el precio, el producto o el beneficio del mismo, o que constituyan su objeto; b) la confiscación de bienes, instrumentos y efectos que sean producto del delito cometido; c) la destrucción de bienes; d) la publicación de las sentencias judiciales; e) la inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades profesionales o empresariales; f) la inhabilitación e inelegibilidad para desempeñar cargos políticos y públicos”. PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada [COM (2005)0006 – C6-0061/2005 – 2005/0003 (CNS)], de 26 de octubre de 2005, *Diario Oficial C 272 E*, de 9.11.2006, pp. 428-436.

²³⁵ Artículo 4, *Circunstancias especiales*
“Todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:
a) abandona sus actividades delictivas, y
b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,
ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,
iii) encontrar pruebas,
iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2”.

común de 1998, pero contenido en la Convención de Palermo: la posibilidad de atenuar las sanciones previstas, o, incluso, no llegar a aplicarlas, en aquellos casos en los que el autor del delito “abandona sus actividades delictivas” y proporciona información relevante a las autoridades administrativas o judiciales. Esta previsión, recogida en algunos ordenamientos internos y en la DM contra el terrorismo, supone una innovación respecto de instrumentos anteriores, sobre todo en cuanto a la posibilidad de obtener pruebas incriminatorias o prevenir la comisión de delitos, finalidad última de estas medidas. Además, tiene en cuenta la Resolución del Consejo relativa a determinados beneficios para las personas que colaboran con el proceso judicial, de 1996²³⁶, como la propia propuesta de la Comisión recogía, que incluye, además de la posibilidad de atenuar o dejar sin aplicación las sanciones previstas, medidas de protección personal de los “arrepentidos” y, en su caso, de sus familiares, expuestos a “peligro grave e inmediato, o pudieran estarlo” por el hecho de cooperar con las autoridades (Letra C de la citada Resolución).

Según esta disposición, al autor del delito —ha de entenderse, en este caso sí, de participación en organización delictiva— puede serle de aplicación esta medida de remisión de la pena si reúne dos condiciones de manera cumulativa. El requisito más importante es el abandono de la actividad delictiva, condición *sine qua non* para la aplicación de la atenuación de las sanciones previstas en el artículo 3. Adicionalmente, se pide que colabore con las autoridades judiciales o administrativas para obtener información que éstas “no habrían podido obtener de otra forma”, necesaria para: *i*) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito; *ii*) identificar o procesar a los otros autores del delito; *iii*) encontrar pruebas, *iv*) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o *v*) impedir que se cometan otros delitos “mencionados en el artículo 2” —si bien habría de resultar más coherente la inclusión de la comisión de los delitos graves llevados a cabo en el seno de una organización delictiva y no el delito de participación en sí—. Por tanto, se trata de un precepto amplio que cubriría cualquier colaboración con la Justicia, bien para la obtención de pruebas o identificación de sujetos durante un procesamiento penal, bien

²³⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, *Diario Oficial C 10*, de 11.1.1997 pp. 1-2.

para su investigación previa o su prevención, colaborando con las autoridades policiales y judiciales en las distintas fases de una investigación o de un proceso.

Esta previsión es, en definitiva, muy amplia y controvertida —como el correspondiente precepto de la Convención de Palermo—, sobre todo si lo comparamos con lo estipulado al respecto en los distintos ordenamientos penales internos, claramente divergentes en este punto, y si tenemos en cuenta que, en último estadio, puede llevar a dejar sin aplicación la sanción prevista ²³⁷. Asimismo, altera la garantía a tener un juicio equitativo si atendemos a la naturaleza subjetiva y, generalmente, poco contrastada de algunos testimonios de “arrepentidos”. Por ello, la interpretación que se haga de la colaboración necesaria de estas personas ha de ser estricta si no se quiere incurrir en una violación de los derechos de defensa y del principio contradictorio y estar destinada a encontrar todos los elementos que permitan verificar la información obtenida, que ésta haya sido de utilidad para detener a los miembros de la organización y que el individuo en cuestión haya abandonado realmente la actividad delictiva. Adicionalmente, las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas con otras pruebas, como ya exigiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ²³⁸, para evitar precisamente que la condena recaiga en exclusiva sobre opiniones o declaraciones de los “arrepentidos” cuya finalidad pueda ser distinta de la mera colaboración con la justicia y estén motivadas por inquinas personales o intentos de eludir una pena mayor; uno de los

²³⁷ Para el caso concreto del Derecho penal español antes de la reforma del Código Penal de 2010, *vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, pp. 23-26; NUÑEZ PAZ, M. Á. y GUILLÉN LÓPEZ, G., “El “arrepentido” en el ámbito del crimen organizado y en el tráfico de drogas. El artículo 376 del Código Penal español”, *Revista de Derecho de Extremadura*, Núm. 5, 2009, pp. 132-150.

Aunque anterior a la DM, *vid.* con carácter general, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 7, 2005, pp. 1-33, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> [última visita, 19.6.2010].

Con carácter general, *vid.* CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 96-103; CESONI, M. L., *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *op. cit.* en Nota 120, pp. 22-30 y 140-154; y KENNEY, D. J. y FINCKENAUER, J. O., *Organized Crime in America*, *op. cit.* en Nota 45, especialmente pp. 326-336.

²³⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Labita v. Italia*, GC – Núm. 26772/95, ECHR 2000-IV, párrafos 156-161.

Vid., a este respecto, MUÑOZ CONDE, F., “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 143-156; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal...”, *loc. cit.* en Nota 237.

principales riesgos a los que se enfrentan las autoridades policiales y judiciales en la prevención y represión del COT.

6. *La responsabilidad de las personas jurídicas*

La DM incluye, asimismo, otro punto relativamente controvertido: la responsabilidad de las *personas jurídicas*, así como el establecimiento de las sanciones aplicables (artículos 5 y 6, respectivamente ²³⁹). Al igual que la Convención de Palermo, la DM deja, no obstante, amplia libertad a los EEMM para el establecimiento de las “medidas necesarias” para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas, por

²³⁹ Artículo 5, *Responsabilidad de las personas jurídicas*

“1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2, cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) un poder de representación de dicha persona jurídica;
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2 por cuenta de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas [...] se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 2.

4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público.”

Artículo 6, *Sanciones contra las personas jurídicas*

“1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable [...] sea sancionada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones, por ejemplo:

- a) medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;
- b) medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;
- c) sometimiento a vigilancia judicial;
- d) medida judicial de liquidación;
- e) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito.

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 2, sea sancionada con sanciones o medidas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

Este marco se completa con las disposiciones de otros instrumentos adoptados en el último decenio, como las Decisiones marco relativas a la represión de la contaminación procedente de buques [Decisión marco 2005/667/JAI, *Diario oficial L 255*, de 30.9.2005, pp, 164-167], a los ataques contra los sistemas de información [Decisión marco 2005/222/JAI, *Diario oficial L 69*, de 16.3.2005, pp, 67-71] y al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas [Decisión marco 2004/757/JAI, *Diario oficial L 335*, de 11.11.2004, pp, 8-11].

lo que pueden abarcar desde sanciones penales o civiles hasta meros correctivos administrativos. Por el contrario, en la Acción común de 1998 se especificaba la sanción penal “o, en su defecto,” otro tipo de sanciones, por lo que se priorizaba el establecimiento de las primeras frente a las sanciones de carácter meramente administrativo. Esta libertad a la hora de decidir el tipo de sanciones puede mermar la efectiva cooperación judicial en el seno de la Unión, al imponer diferentes clases de medidas a las personas jurídicas según el Estado miembro en el que radique su sede. Dado el contestado carácter vinculante de la Acción común ²⁴⁰, la mayoría de los EEMM siguieron aplicando distintos tipos de medidas sancionadoras a las personas jurídicas bajo su jurisdicción, fruto de una tradición legal claramente diferenciada ²⁴¹.

Asimismo, existen considerables divergencias en otros aspectos. Entre otras disfunciones del espacio penal europeo, la definición de *persona jurídica* depende de la legislación aplicable en el Estado miembro en el que radique su sede, como corrobora la DM, al no existir una definición única en el seno de la UE que pueda usarse de referencia. Teniendo en cuenta los ámbitos delictivos de algunas organizaciones criminales (principalmente, el económico), las dispares legislaciones nacionales, por ejemplo en cuanto al secreto bancario o la exclusión de las entidades públicas empresariales de la consideración de “persona jurídica” en algunos ordenamientos ²⁴², pueden complicar aún más la eficaz lucha contra el COT en el seno de la Unión.

La DM establece dos posibilidades para responsabilizar a las personas jurídicas, copiando las disposiciones al respecto de la normativa antiterrorista (Art. 7 de la DM

²⁴⁰ *Vid.* un breve análisis al respecto, FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción...”, *loc. cit.* en Nota 101.

²⁴¹ Mientras que en el Reino Unido la responsabilidad penal de las personas jurídicas es normalmente aceptada desde hace siglos y ha sido introducida recientemente en los ordenamientos francés (1994), belga (1999) y luxemburgués (2010), en Alemania esta opción es inaceptable, por lo que aplican sanciones meramente administrativas. Para una visión de conjunto, *vid.* CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 103 y ss.

²⁴² Para un análisis sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en distintos ordenamientos, con especial atención al caso de España, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: Regulación española”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 601-620.

Adicionalmente, ADAM, S., COLETTE-BASECQZ, N. y NIHOUL, M. (Dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe = Corporate criminal liability in Europe*, La Charte, Bruselas, 2008; CASTILLO CODES, E. del, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Artículos Doctrinales-Derecho Penal*, diciembre de 2011, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4722-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> [última consulta: 31.8.2015]; MORA NAVARRO, N., “Actualización de la política criminal en materia de responsabilidad de la persona jurídica”, *Revista CES Derecho*, Vol. 5, Núm. 2, 2014, pp. 237-250; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

contra el terrorismo) ²⁴³. En primer lugar, la responsabilidad de la persona jurídica para con sus autoridades o cualquier sujeto que ostente cargo directivo o la representación legal de la persona jurídica que, actuando a “título particular o como parte de un órgano” de dicha entidad, cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2. En este sentido, al igual que en otras disposiciones similares, hemos de entender que se refiere a las actividades delictivas cometidas por un grupo delictivo organizado y no de manera exclusiva a los delitos de pertenencia a dichos grupos, objeto de la DM, tal y como se desprende de la enrevesada redacción del artículo 2. En segundo lugar, se tipifica la responsabilidad de la persona jurídica cuando, “por falta de vigilancia o control”, permita que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica en cuestión cometa un delito en el seno de un grupo organizado. Se permite, así, determinar la responsabilidad por *omisión* de una persona jurídica, opción no recogida para el caso de la responsabilidad de la persona física cuando ésta sea, por ejemplo, supervisora de su actividad.

En cuanto a las sanciones aplicables a las personas jurídicas consideradas responsables de la comisión de los delitos objeto de la DM, el artículo 6 reitera la necesidad de que las sanciones sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, provisión contenida en la respectiva disposición de la Acción común de 1998, estableciendo al mismo tiempo una diferenciación entre la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito o por omisión de vigilancia. Se incluyen, además, multas de carácter penal o administrativo y, “en su caso”, otras sanciones, copiadas de la Decisión marco contra el terrorismo: *a)* medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; *b)* medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de

²⁴³ Artículo 7, *Responsabilidad de las personas jurídicas*

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en los artículos 1 a 4 [delitos de terrorismo, delitos relativos a un grupo terrorista, delitos ligados a las actividades terroristas e inducción complicidad y tentativa], cuando dichos delitos sean cometidos por cuenta de éstas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica [...]

2. Sin perjuicio de los casos previstos en el apartado 1, todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados [...] por cuenta de una persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refieren los artículos 1 a 4”.

actividades comerciales; *c*) sometimiento a vigilancia judicial; *d*) medida judicial de liquidación; y *e*) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito. Para los casos en los que la persona jurídica sea considerada responsable por omisión, solamente se establece que sean sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, dejando margen al legislador nacional para establecer qué tipo de medidas adoptar —por tanto, no necesariamente penales—.

En virtud del apartado tercero, no obstante, se establece que la responsabilidad de la persona jurídica “se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices” de las actividades delictivas del grupo. En consecuencia, la declaración de la responsabilidad de la persona jurídica está íntimamente ligada al comportamiento de una persona física, siguiendo la máxima *societas delinquere non potest* arraigada en el Derecho europeo continental y recogida en la DM, íntimamente ligada al desarrollo del Derecho penal económico y que, por tanto, trasciende al objeto de nuestro estudio. El hecho delictivo es imputable a un individuo, bien actuando en nombre de la persona jurídica, bien en el suyo propio a través de dicha entidad, o por omisión ante un subordinado. Por ello, siempre existe una responsabilidad penal individual, aparte de las oportunas sanciones que se le impongan a la persona jurídica, por actuar, por ejemplo, como empresa “pantalla” de las actividades ilegales de las personas físicas o servir de instrumento para cometer blanqueo de los productos del delito. Como mantiene Méndez Rodríguez:

En este punto la Decisión marco es mucho más detallada y exige más requisitos para la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas que la Convención de Palermo que en su artículo 10 no incorpora la necesidad de que los delitos que define se realicen por personas naturales [...] ²⁴⁴.

7. *Contradicciones, ambigüedades y protección de los derechos fundamentales*

De lo analizado anteriormente se desprende la sensación de que la DM plantea más dudas que respuestas, especialmente si atendemos a la limitada capacidad de aproximación conseguida. Ni desde un punto de vista jurídico penal, ni desde el ámbito criminológico se resuelven las principales cuestiones suscitadas en su día con la aprobación de la Acción común de 1998. Desde la perspectiva penalista, la DM

²⁴⁴ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada...”, *loc. cit.* en Nota 184, pp. 30-31.

finalmente adoptada no satisface los estándares mínimos de armonización que la proposición inicial pretendía. Incluso la propia Comisión, junto con Francia e Italia, se desmarcó del documento acordado, pues consideraba que el texto “no alcanza el grado mínimo de aproximación de los actos de dirigir o participar en una organización criminal”²⁴⁵, en particular, en cuanto a la simplificación del modelo de participación seguido, manteniendo los dos tipos (continental europeo y anglosajón) de la Acción común y de la Convención de Palermo. En definitiva, la DM aporta poco al proceso de integración europea, especialmente porque resulta sectorial y parcial en comparación con la Convención de Palermo, al tipificar únicamente la participación en organización delictiva y no los delitos concretos perpetrados por dichas organizaciones — considerados “graves” atendiendo a la pena aplicable— o los delitos secundarios relacionados con el COT que la Convención considera sancionables siempre — corrupción, blanqueo de capitales y obstrucción de la justicia—. Además, no en todos los EEMM se ha terminado imponiendo la tipificación de pertenencia a organización delictiva, como en Suecia o Dinamarca, cuyos ordenamientos no contemplan esta posibilidad. Por ello, consecuencia del escaso impacto de la DM en los EEMM tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, hemos de acudir a otros instrumentos de armonización legislativa que concretan el marco general de lucha contra el COT en el seno de la Unión y permiten hablar de una política “común” relativamente coherente o autónoma, si bien carente de mínimas garantías de respetar el principio de seguridad jurídica al ser un modelo penal en constante evolución y que, al concebir la respuesta común ante el COT como eminentemente represiva, supone un incremento de las penas de delitos tradicionalmente tipificados por medio de su conversión en *eurodelitos*²⁴⁶.

Aparte del modelo finalmente escogido para tipificar la participación, la definición de *organización delictiva* en negativo deja un amplio margen de discrecionalidad al legislador nacional para establecer los requisitos que su ordenamiento ha de incluir y que, en el caso español, ha llevado a incorporar elementos

²⁴⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia...*, loc. cit. en Nota 192, p. 12.

²⁴⁶ A lo largo de los siguientes epígrafes tendremos ocasión de ahondar en este aspecto. Sin embargo, sirva como ejemplo el considerable incremento que han experimentado las penas impuestas a los traficantes de inmigrantes ilegales tras la adopción de la correspondiente normativa europea, de la que se hicieron eco varios medios en España. EL PAÍS, *España deberá cuadruplicar las penas para los traficantes de inmigrantes irregulares*, 15.10.2002; *El Gobierno endurecerá las penas de cárcel para las mafias que trafiquen con inmigrantes*, 12.1.2003.

adicionales a los previstos en la DM y eliminar otros ²⁴⁷. Por ende, afecta al conjunto de la pretendida política “común” contra el COT, puesto que los requisitos influyen en la percepción del fenómeno como *amenaza grave* al conjunto del “orden público europeo” o como mera delincuencia transfronteriza, sin ningún tipo de factor desestabilizador real. Como consecuencia de los amplios parámetros establecidos por la DM, los legisladores nacionales no han cambiado sustancialmente sus Códigos penales, manteniendo, por ejemplo, en el caso francés el concepto de *association de malfaiteurs*, bastante más amplio que lo deseado por la DM, ya que no necesariamente recoge el elemento de permanencia en el tiempo y de estructura indispensables para poder hablar de COT, al igual que sucede en los países de tradición anglosajona. Mientras, otros EEMM discrepan en cuanto a la necesidad de tipificar la pertenencia a estas organizaciones delictivas, arguyendo preceptos constitucionales sobre la libertad de asociación de sus ciudadanos, por lo que, en consecuencia, el nivel de sanciones previsto es ridículamente bajo si nos atenemos a la supuesta peligrosidad de estos grupos delictivos organizados o, como en el caso danés y sueco, directamente no contemplan la tipificación de mera pertenencia. De estos divergentes puntos de vista de las políticas criminales nacionales se desprende el bajo techo de las sanciones (entre dos y cinco años) para los delitos contemplados en la DM y que en muchas jurisdicciones se

²⁴⁷ Según la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 152, de 23.6.2010, pp. 54811-54883], el artículo 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda como sigue:

“4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos [...]. b) Delito de secuestro de personas [...]. c) Delito de trata de seres humanos [...]. d) Delitos relativos a la prostitución [...]. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico [...]. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial [...]. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores [...]. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros [...]. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada [...]. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo [...]. k) Delitos contra la salud pública [...]. l) Delitos de falsificación de moneda, [...], y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje [...]. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos [...]. n) Delitos de terrorismo [...]. o) Delitos contra el patrimonio histórico [...].”

De esta forma, se elimina el requisito de la gravedad del delito y se sustituye por un listado de los delitos susceptibles de cumplir con el umbral máximo establecido por la DM. Igualmente, se elimina el elemento de la persecución de un beneficio económico o de orden material, optando así el legislador español por incorporar los delitos de terrorismo como subtipo de la delincuencia organizada en la redacción de los nuevos artículos 570 *bis* y *ter* del Código Penal, que introduce una distinción entre aquellas agrupaciones que reúnen los requisitos para ser consideradas una *organización criminal* y aquellas que no (*grupo criminal*). Asimismo, el legislador español ha optado por introducir en el artículo 570 *bis* la tipificación de la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de la organización criminal, ausente en la DM, pero incluida en la Convención de Palermo.

recurra al delito de participación en organización delictiva como un elemento de último recurso, solamente cuando no exista otro delito tipificado útil para la incriminación de un individuo, o como circunstancia agravante para el establecimiento de penas. En fin, la amplitud de términos en los que se establecen las distintas obligaciones de la DM ha sido ampliamente aprovechada por los EEMM para mantener su legislación o para incorporar ligeras modificaciones al respecto ²⁴⁸.

Por otra parte, la consideración de la *gravedad* del delito, en términos cuantitativos y no cualitativos, según lo establecido en el artículo 1 y en la Convención de Palermo, en nada ha favorecido la armonización de las legislaciones penales nacionales o la mejora de la cooperación en el seno de la UE. Asimismo, esta opción legislativa, mantenida por la UE en el resto de supuestos de tipificación penal, supone perseguir el grupo delictivo organizado por los delitos cometidos —incluido el de participación activa— y no por la gravedad de la organización delictiva en sí misma considerada, por lo que la DM no llega a romper del todo con la tradición penal anterior de sancionar la conducta concreta del individuo y de su implicación en un delito en lugar de por su mera pertenencia a organización delictiva, supuesto por el cual se entiende la intervención de la Unión en este ámbito. Ante la disparidad de los Códigos penales nacionales en cuanto a la severidad de las penas hubiera sido preferible un sistema de lista revisable de delitos considerados graves o de otros delitos que debieran ser tipificados como tal, a imagen de lo establecido por la Convención de Palermo y recogido en algunos ordenamientos estatales. Esto facilitaría la labor de persecución del COT, permitiendo una mayor coordinación de las autoridades judiciales y policiales, sobre todo en aquellos casos en los que se plantee un conflicto de jurisdicciones (*vid. infra*, epígrafe quinto). La persecución de un delito u otro, además del distinto tipo de sanción aplicable, dependiendo del Estado miembro que haya empezado un procedimiento o investigación, puede conducir a una situación bastante alejada de lo pretendido inicialmente con la DM si no se ponen en práctica los oportunos mecanismos de coordinación, en particular si tenemos en cuenta que el delito de participación en

²⁴⁸ Para un análisis detallado de la transposición de la DM en los distintos EEMM, *vid. CALDERONI, F., Organized Crime Legislation in the European Union..., op. cit.* en Nota 184; *MITSILEGAS, V., The Council Framework Decision on the Fight against Organized Crime..., op. cit.* en Nota 184.

Será interesante esperar al informe de la Comisión y, en su caso, al debate en el seno del Consejo sobre la implementación en los respectivos ordenamientos internos de la presente DM que, como estipula el artículo 10, debería haber tenido lugar antes del 11 de noviembre de 2012.

organización delictiva es objeto de entrega según la euro-orden ²⁴⁹. Por otra parte, la complejidad con la que la DM ha sido redactada y las continuas referencias al artículo 2, en lugar de considerar los delitos graves cometidos en el seno de una organización delictiva como sería lógico, dejaría sin aplicación determinadas disposiciones de la DM, como las relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de comisión de delitos graves, o que se planteen dudas respecto de la implementación de otras, como en el caso de las circunstancias agravantes.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista criminológico, la DM no incorpora los elementos que se suponen básicos de los grupos criminales organizados y que dieron origen a la intervención de la Unión en este complejo terreno. Los requisitos analizados anteriormente para considerar una organización delictiva como tal son demasiado amplios desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pero también resultan excesivamente generales desde la Criminología. La definición ofrecida, prácticamente calcada de la Acción común, resulta demasiado amplia y podría dar lugar a cubrir toda una serie de fenómenos criminológicos muy distintos, en ocasiones lejos de ser cubiertos bajo el concepto de *crimen organizado*. Así, los criterios de *continuidad* y *estructura* son llevados a un mínimo tal que podría plantearse la duda de si estamos realmente ante una organización delictiva, cuya existencia es independiente de sus miembros, o simplemente ante un conjunto de individuos reunidos para cometer delitos concretos en un determinado momento. Los elementos de uso de la violencia, la corrupción y la extorsión para afianzar su influencia en una determinada sociedad o mercado o para expandirse a otros ámbitos geográficos o materiales, tampoco han sido tenidos en cuenta, dejando sin implementación en el marco de la UE los ámbitos materiales cubiertos por la Convención de Palermo y contenidos expresamente en el Plan de Acción Global adoptado en Nápoles en 1994 por los gobiernos de los EEMM y demás Estados participantes. Más decepcionante aún resulta la posibilidad de incluir en la definición de *organizaciones delictivas* otros grupos que no persigan objetivos económicos o la obtención de otros bienes materiales, opción abierta con la inserción

²⁴⁹ En España se ha solicitado la entrega de nacionales de otros EEMM o de terceros países por razón de participación en organización delictiva en numerosas ocasiones, siendo una de las categorías más frecuentemente empleadas por las autoridades españolas, muy por encima de países de nuestro entorno, como Portugal, Italia y Países Bajos. Vid. SOUSA SANTOS, B. (Coord.), *The European Arrest Warrant in Law and in Practice: A Comparative Study for the Consolidation of the European Law-Enforcement Area*, octubre de 2010, pp. 83 y ss., documento disponible en: http://opj.ces.uc.pt/pdf/EAW_Final_Report_Nov_2010.pdf [última consulta: 31.8.2015].

del Considerando cuarto durante la tramitación del texto que mantiene la indefinición del marco anterior regulado por la Acción común de 1998. Dada la amplitud con la que se ha recogido la definición en la DM, adoptando las disposiciones relativas de los instrumentos anteriores, pueden entrar en la misma categoría otros grupos delictivos con fines terroristas o xenófobos, es decir que no persigan el beneficio económico u otro de orden material, siempre y cuando en los EEMM concernidos se tipifiquen estos delitos con la pena prevista en el artículo 1. De esta forma, se mantiene la ambigüedad en los términos y en la conceptualización del *crimen organizado*, con caracteres distintivos y diferenciadores de otras agrupaciones delictivas con fines diferentes, como el terrorismo o las bandas de delincuentes. Por todo ello, la DM incurre en los mismos errores que los instrumentos anteriores, desvirtuando la prevención del delito y la lucha contra el COT y creando un clima de inseguridad jurídica en el seno de la Unión que en nada favorece la aplicación del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales o de admisión de pruebas y que, en consecuencia, puede llegar a perjudicar la respuesta coordinada de la UE ante el COT. De todas estas lagunas se ha hecho eco recientemente el Parlamento Europeo, que, al adoptar el *Informe Iacolino* en septiembre de 2013, pidió que la Comisión presente una propuesta legislativa que incorpore en el Derecho de la UE una definición común que tenga en cuenta los elementos del artículo 2 de la Convención de Palermo e incluya, al menos, referencias al espíritu empresarial, la estructura organizativa y el poder intimidatorio de las organizaciones delictivas²⁵⁰, tal y como se ha tipificado en algunos ordenamientos internos²⁵¹.

Hemos de insistir en la necesaria introducción en la definición de los elementos característicos de los grupos organizados (al menos, los más comúnmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina) y de un listado de delitos considerados *graves* para garantizar al máximo que la tipificación del delito de participación cumpla con los criterios penales de legalidad y claridad y no perturbe la salvaguarda de los Derechos fundamentales en el *espacio constitucional europeo*. Especialmente se torna necesaria una mayor precisión en el marco legal de este fenómeno criminológico si tenemos en cuenta los especiales procedimientos de investigación, detención y de las medidas de

²⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe Iacolino), A7-0307/2013, apartado 6.

²⁵¹ CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, pp. 84-89, 114-117 y 123-163.

seguridad privativas de libertad tomadas ante este tipo de organizaciones y delitos y que la UE promueve en materia de prevención del COT, con métodos de investigación policial y de decomiso de capitales con fines preventivos más próximos a un *Derecho de excepción* generalizado al conjunto de la ciudadanía que de una intervención de última ratio. Es por ello que el actual marco europeo de lucha contra el COT, del cual la presente DM es solamente el primer exponente, puede vulnerar la efectiva protección de los derechos fundamentales si los legisladores estatales no introducen ciertas garantías procesales o los jueces interpretan las normas con la cautela requerida, pues, de lo analizado anteriormente y de lo que sigue en los próximos epígrafes no se desprende una excesiva claridad en el empleo de los términos —se sigue aludiendo, indistintamente, a COT y *delincuencia organizada o grave*—, la utilidad en la práctica judicial de la tipificación de la participación en organización delictiva más allá de la conveniencia de su uso para ampliar el alcance de la investigación del COT a sectores conexos y supuestamente mejorar así la prevención del fenómeno o, incluso, se puede llegar a cuestionar la legalidad de las actuaciones judiciales y policiales en el seno de la Unión, alimentadas por el creciente recurso a unos procedimientos de *excepción* (es decir, medidas excepcionales desde el punto de vista del Derecho penal procesal y de garantías de protección) progresivamente incorporados al marco comunitario de lucha contra el COT, especialmente relevante en materia procesal en la investigación y enjuiciamiento de los delitos que han sido tipificados en el seno del Derecho penal europeo a lo largo de la última década. Fundamentalmente, porque la política “común” de lucha contra el COT ha seguido avanzando a un ritmo vertiginoso, dando paso al establecimiento de actuaciones o medidas excepcionales que han tomado como premisa un concepto criminológico difícil de trasladar al ordenamiento jurídico interno de los EEMM, sin una efectiva conceptualización (penal y operativa-operacional) única en el marco de la UE, pues la presente DM no ha sabido incorporar todos los elementos necesarios para definir el *crimen organizado* y delimitar su alcance, como recientemente ha puesto de relieve el Parlamento Europeo en el citado *Informe Iacolino*.

Otro elemento que puede inquietar —con razón— a los penalistas es la consideración de la participación en una organización delictiva como un todo, sin diferenciar entre los distintos tipos de conductas llevadas a cabo efectivamente por los individuos en su seno. Corresponde al legislador nacional que, ante la aplicación de las

correspondientes sanciones, se diferencie entre las distintas conductas y grados de participación del individuo en el grupo delictivo. Si no se llegara a mejorar en trámite parlamentario, el principio de proporcionalidad se vería puesto en entredicho, afectando a la efectiva protección de los derechos fundamentales. En particular, si la participación no implica una materialización del delito y se queda en mera tentativa, o si el individuo participa activamente o solamente provee de información u otros medios útiles para los fines del grupo delictivo. Sin embargo, no solamente la labor del legislador nacional será relevante para completar las disposiciones de la DM (como se ha hecho en determinados EEMM). Además, la jurisprudencia ha servido para completar determinados aspectos poco claros. Por ejemplo, algunos tribunales nacionales han introducido determinados criterios cualitativos para identificar una organización delictiva, como cierta estructura jerárquica, división de tareas o permanencia en el tiempo ²⁵²; en otros casos, han precisado los requisitos exigidos para imputar a determinados individuos en relación a la efectiva participación activa o membresía en un grupo delictivo ²⁵³. En casi todos los EEMM las provisiones legislativas han sido interpretadas restrictivamente, con el objetivo de reducir su vaguedad y restringir su posible aplicación ²⁵⁴, ante las limitaciones del Tribunal de Justicia para enjuiciar actos legislativos adoptados conforme al anterior marco normativo de la Unión (Art. 10 del Protocolo Núm. 36 sobre las Disposiciones Transitorias ²⁵⁵) y que, se supone, habrían desaparecido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ²⁵⁶.

²⁵² Así lo recuerda, por ejemplo, la Audiencia Nacional (Sala Penal) en su Sentencia nº 40/2010, de 31 de mayo de 2010:

“La STS. 1601/2005, de 22/1 – en línea con lo declarado en SSTs. 808/2005 de 23/6 y 1177/2003, de 11/9 – recuerda que en el concepto de asociación u organización debe incluirse cualquier red estructurada, sea cual sea la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo; en todo caso la agravatoria debe quedar perfectamente deslindada de los supuestos de codelincuencia o transitoria consorciabilidad para el delito.”

²⁵³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencias 326/2010, de 13.4.2010; 55/2010, de 26.1.2010; ó 1200/2009, entre otras.

²⁵⁴ CALDERONI, F., *Organized Crime Legislation in the European Union...*, *op. cit.* en Nota 184, p. 167.

²⁵⁵ El artículo 10 del Protocolo (Núm. 36) sobre las Disposiciones Transitorias establece:

“1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes [...] las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea. [...]

Por último, hemos de subrayar la necesidad de poner en consideración la DM analizada con otros instrumentos adoptados en el marco de la política “común” de lucha contra el COT, sean éstos de carácter legal, operacional o de otro tipo. A falta de un listado objeto de consideración para determinar la gravedad de los delitos cometidos por una organización criminal, excepción hecha del umbral de sanciones previsto en el artículo 1, hemos de recurrir a otros instrumentos —en particular, otras Directivas—, que completan la labor realizada por la DM examinada en este epígrafe. De hecho, la presente DM únicamente comprende la tipificación de los delitos de participación en organización delictiva en sus dos modalidades, si bien algunas de sus disposiciones pueden entenderse de aplicación cuando se trate de los delitos considerados graves en función de su umbral de penas, según su artículo 1. Para completar este marco jurídico, y dada la ausencia de remisión a otros documentos aclaratorios, como pudiera ser la Convención Europol, esta norma ha de relacionarse, necesariamente, con otras Decisiones marco y Directivas relativas a la tipificación de determinados delitos cometidos por los grupos organizados, algunas de las cuales establecen la participación en organización delictiva como una circunstancia agravante en el establecimiento de penas. Esta normativa es, además, complemento indispensable en caso de desavenencias en el marco de la cooperación policial y judicial, al cubrir parte de las dudas planteadas por la DM analizada en el presente epígrafe y los vacíos legislativos en cuanto a la insuficiencia de la tipificación de pertenencia a organización delictiva como medio de lucha contra el COT.

3. En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”.

²⁵⁶ En general, el Tribunal de Justicia adquiere competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (Art. 267 TFUE), con las limitaciones que impone el Art. 275 TFUE:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea [ejecución de la PESC y reparto competencial] y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado [recursos de personas físicas o jurídicas contra actos que les afecten directa e individualmente] y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas”.

4. Hacia la concreción jurídica del fenómeno criminológico y de su persecución en la Unión Europea. La implicación de organización delictiva como agravante

Una vez tipificada la participación en organización delictiva, la Unión ha concretado los delitos que comprenden, a su modo de entender, el complejo fenómeno del COT. En la última década, la UE ha sabido dar apariencia jurídica a un concepto eminentemente criminológico —no exento de polémica por las dificultades de su delimitación legal y conceptual— por medio de la adopción de distintos instrumentos legales, especialmente en el ámbito penal sustantivo, creando un Derecho europeo supranacional relativamente integrado, complejo y autónomo que ha llevado a algunos autores a hablar de la existencia de un *Derecho europeo penal* ²⁵⁷. Así, de manera progresiva, la UE ha concretado a través de Decisiones marco y Directivas los tipos de delitos (supuestamente) *graves* en los que los grupos delictivos organizados estarían implicados y que, en consecuencia, justifican la adopción de estas medidas en el terreno penal sustantivo y de determinadas disposiciones en materia procesal (*vid. infra*, epígrafe siguiente) y de investigación del delito contenidas en éstos y otros instrumentos que refuerzan el papel del Derecho penal en la política “común” de lucha contra el COT.

En el presente epígrafe nos centramos en analizar la aportación del Derecho penal al refuerzo de la política “común” de lucha contra el COT mediante el establecimiento de *eurocrímenes* ²⁵⁸ o delitos con una (innata) dimensión transfronteriza. Para ello, indagamos especialmente en el Derecho penal sustantivo adoptado en el seno de la Unión como elemento de la política de seguridad de la UE, destinado a reforzarla, y que, como el resto de medidas preventivas y represivas acordadas en los últimos años, está claramente marcado por el carácter *excepcional* o “securitario” del discurso institucional. En nuestro análisis solamente abordamos, empero, aquellos crímenes o delitos graves relacionados directamente con el COT que han sido objeto de regulación por la UE, tarea para la cual nos hemos apoyado

²⁵⁷ *Vid.* Nota 2.

²⁵⁸ KLIP, A., *European Criminal Law...*, *op. cit* en Nota 3.

frecuentemente en el listado contenido en la Convención Europol²⁵⁹, texto de referencia para el desarrollo de este elemento represivo en el seno de la Unión. Como ponemos de relieve, este Derecho penal material considera la implicación de una organización delictiva en la comisión de los delitos cubiertos por esta abundante normativa un agravante en el establecimiento de las sanciones, siendo de carácter diverso y de aplicación tanto a personas físicas como jurídicas. En la práctica judicial de los EEMM, lejos de ser un elemento puramente accidental en la lucha contra el COT, la tipificación de los delitos considerados en el presente epígrafe se ha convertido en un sustituto o complemento (según el caso) de la incriminación de los delincuentes individualmente considerados por pertenencia o participación activa en organización delictiva, dadas las continuas dificultades experimentadas por la judicatura en invocar efectivamente este tipo penal en el marco de un proceso penal. Asimismo, esta normativa completa determinadas disposiciones que han modificado (ligeramente) el proceso penal y la investigación de los delitos, como abordamos en el epígrafe siguiente.

1. La protección de los intereses financieros de la Unión y de la integridad del sistema financiero frente a la actividad del crimen organizado: medidas contra el fraude, la falsificación del euro y el blanqueo de capitales

Uno de los primeros ámbitos en el que se planteó la creación de medidas penales en el seno de la Unión fue precisamente la lucha contra el fraude para proteger los intereses financieros de las, entonces, Comunidades Europeas²⁶⁰. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el delito de fraude se encontraba entre las disposiciones de la CPJP que permitían, incluso, la adopción de instrumentos para la aproximación de las legislaciones penales (*ex Art. 29 TUE*), ámbito conectado con el objetivo global de “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad” dentro del ELSJ²⁶¹. Tras el

²⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial C 316*, de 26.7.1995, pp. 1-32.

²⁶⁰ DELMAS-MARTY, M., *Corpus Juris: Portant Dispositions Pénales Pour La Protection Des Intérêts Financiers De L'Union Européenne = Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Ed. Economica, París, 1997; DELMAS-MARTY, M. (Ed.), *What kind of Criminal Policy for Europe?*, Kluwer Law International, La Haya, 1996; NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996.

²⁶¹ “Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de: [...] la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal [...]”.

Tratado de Lisboa, las anteriores disposiciones sobre el delito de fraude se incorporan íntegramente en el artículo 325 TFUE ²⁶², además de incluirse una referencia expresa al blanqueo de capitales y la falsificación de los medios de pago entre los delitos enumerados en el artículo 83 TFUE ²⁶³, delitos ausentes del marco originario anterior

Adicionalmente, el fraude contra los intereses financieros de la Comunidad venía recogido en el artículo 280 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) [*Diario Oficial C 325*, de 24.12.2002]:

“1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.

2. Los Estados miembros adoptarán [...] las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. [...] los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.”

²⁶² Artículo 325 TFUE:

“1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.”

²⁶³ Artículo 83 TFUE:

“1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

pero competencia de Europol y Eurojust desde sus orígenes. De esta forma, por medio del procedimiento legislativo ordinario, la UE adquiere competencias para establecer “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones” respecto de estos delitos, además de incluirse expresamente en el Derecho originario la posibilidad de instaurar una Fiscalía Europea con competencias para combatir el fraude (Art. 86 TFUE)²⁶⁴, si bien sin referencia al ámbito penal y por un procedimiento legislativo especial, como hemos analizado someramente en el epígrafe segundo.

El que no haya existido acuerdo unánime acerca de si la UE era o no competente para luchar contra el fraude y “toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad” (Art. 280 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, TCE) a través del Derecho penal ha sido una cuestión latente en las últimas décadas. De hecho, esta indefinición originó una “batalla institucional” que se resolvió a favor del reconocimiento de la competencia comunitaria para la protección de los intereses financieros de la UE mediante el Derecho penal, primero, jurisprudencialmente y, con posterioridad, a través de su inclusión en el Tratado de Lisboa en el artículo 83 TFUE²⁶⁵. Así, tradicionalmente, la Unión ha optado preferentemente por adoptar instrumentos

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo [...]”.

²⁶⁴ Artículo 86 TFUE:

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo [...]”.

²⁶⁵ Esta “batalla institucional” comenzó en 2001, cuando el Consejo adoptó la Decisión marco relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito [Decisión marco del Consejo 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, *Diario Oficial L 182*, de 5.7.2001, pp. 1-2]. Sin referirse a los instrumentos comunitarios adoptados previamente, como la Directiva 91/308/CEE relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales [*Diario Oficial L 166*, de 28.6.1991, pp. 77-83], esta Decisión marco se limitaba a exigir a los EEMM que ratificasen la Convención del Consejo de Europa de 1990 (CETS Núm. 141) sin establecer reservas y a adoptar “las medidas necesarias” para que los delitos graves contemplados en dicha convención comportasen penas privativas de libertad cuya duración máxima no fuera inferior a cuatro años.

Esta Decisión marco fue afectada parcialmente, en su base jurídica, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 [Asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo*, *Diario Oficial C 315*, de 10.12.2005, p. 2]. Tras esta Sentencia se reafirma la idea de que este ámbito compete al extinto “primer pilar”, por lo que las Directivas adoptadas habían de ser consideradas plenamente válidas. Con el Tratado en vigor y la (relativa) supresión de la estructura en pilares, la actual disposición del artículo 83, § 2 TFUE cubre este vacío legal. No solamente se habría de aplicar al terreno de la lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de la UE, sino que, como veremos más adelante, también tiene

convencionales y aceptar finalmente un sistema sancionador comunitario eminentemente administrativo y sectorial (Fondos Estructurales y de Cohesión, IVA y otros recursos propios, medios de pago, etc.), en lugar de un régimen represivo penal general, precisamente, porque el artículo 280 TCE no legitima a la Unión para aprobar reglamentos que tengan repercusiones penales ²⁶⁶. Ni tan siquiera el Reglamento 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas ²⁶⁷, que constituye el primer ejemplo del “poder punitivo” de la Comunidad para algunos autores ²⁶⁸, puede considerarse una excepción a esta regla, puesto que se limita a establecer las medidas administrativas y los controles homogéneos para la correcta protección de los intereses financieros de la Comunidad. Este desacuerdo sobre la naturaleza sancionadora de la Unión no ha sido óbice para se haya adoptado un marco represivo materialmente más amplio, incluso, que el procurado por los Tratados originarios con el fin de luchar contra otros delitos económicos y financieros, yendo más allá, por tanto, del ámbito relacionado con la protección de los intereses financieros de la Comunidad ante el fraude; esta cuestión es especialmente identificable en el caso de la prevención y represión del blanqueo de capitales, sin base jurídica para ello en el anterior Tratado de la UE. Por tanto, si en un primer momento se limitó a regular el sector financiero para prevenir el fraude a los intereses comunitarios, la Unión ha ido adoptando progresivamente instrumentos legislativos destinados a extender el marco represivo comunitario a otros tipos delictivos de especial relevancia en la prevención y lucha contra el COT, bien como actividades delictivas de los grupos organizados en sí, bien como delitos de carácter instrumental para el blanqueo de los productos del delito.

relevancia para otros sectores de competencia de la Unión en su política “común” contra el COT, como el tráfico de armas o la represión de la contaminación de buques por medio del Derecho penal.

²⁶⁶ GRASSO, G., “Harmonisation of the national penal systems: a possible objective for the European Union?”, LONGO, F. (Ed.), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime*, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 103.

Igualmente, *vid.* PÉREZ BERNABEU, B., *La protección de los intereses financieros comunitarios*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006.

²⁶⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE, Euratom) 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial L 312*, de 23.12.1995, pp. 1-4.

²⁶⁸ MAUGERI, A. M., “Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario”, GRASSO, G. (ed.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo (Catania), 2000, pp. 149-294.

Específicamente en el ámbito penal, el Convenio de 1995 y sus tres Protocolos inscriben la definición común de fraude en el marco de la Unión ²⁶⁹ y obligan a que los EEMM firmantes ²⁷⁰ tipifiquen las conductas descritas como delito en sus respectivos ordenamientos internos. A pesar de las iniciativas de la Comisión para sustituir dichos instrumentos por medidas comunitarias ²⁷¹, estos textos siguen constituyendo en la actualidad el marco de referencia para la represión penal del fraude contra los intereses de la Unión, pues, según especificaba el párrafo cuarto del artículo 280 TCE, las medidas de prevención y lucha contra el fraude “no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”, negando la competencia normativa penal comunitaria en la materia. Esta exclusión del Derecho penal para la protección de los intereses financieros de la Comunidad/Unión, empero, no fue mantenida en el Tratado de Lisboa, cuestión que ha sido aprovechada por la

²⁶⁹ Artículo 1

“1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas;

a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos precedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio;

b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:

- a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;

- al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto;

- al desvío de un derecho obtenido legalmente, que tenga el mismo efecto”.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial C 316*, de 27.11.1995, pp. 48-57 [Convenio en vigor desde el 17.10.2002].

²⁷⁰ Según el segundo informe de la Comisión no todos los EEMM han ratificado la Convención o alguno de sus Protocolos, creando una “situación de velocidades múltiples”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Second Report from the Commission. Implementation of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols*, COM (2008) 77 final, Bruselas, 14.2.2008, p. 4.

²⁷¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, COM (2001) 272 final - *Diario Oficial C 240 E*, de 28.8.2001, pp. 125-129. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad [COM (2002) 577 final - *Diario Oficial C 71 E*, de 25.3.2003, pp. 1-2]. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la iniciativa ha vuelto al Parlamento para su debate y eventual adopción, tras la oportuna modificación de la base jurídica empleada (Art. 325, § 4 TFUE).

Comisión para presentar, en julio de 2012, una nueva propuesta legislativa destinada a sustituir el marco convencional por un instrumento de Derecho europeo penal que retome gran parte de su contenido ²⁷².

Además de la lucha contra el fraude, la UE ha establecido un marco legal encaminado a la protección de los intereses financieros de la Unión en otras áreas específicas de competencia comunitaria relacionadas y entroncadas directamente con la prevención y lucha contra el COT, como la lucha contra la falsificación de los medios de pago, con atención particular a la protección del euro ²⁷³, y la custodia de los recursos propios ²⁷⁴. Las medidas contra la falsificación de los medios de pago en el seno de la

²⁷² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas. Una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes*, COM (2011) 293 final, Bruselas, 26.5.2011; *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, COM (2012) 363 final – 2012/0193 (COD), Bruselas, 11.7.2012.

Para un análisis de la propuesta, *vid.* KUHL, L., “The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law”, *Eucrim. The European Criminal Law Associations’ Forum*, Vol. 2, 2012, pp. 63-66, artículo disponible en: http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim_12-02.pdf [última consulta: 31.8.2015].

²⁷³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco del Consejo 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, *Diario Oficial L 149*, de 2.6.2001, pp. 1-4; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 151*, pp. 1-8. Adicionalmente, Decisión 2005/511/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a la protección del euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del euro, *Diario Oficial L 185*, de 16.7.2005, pp. 35-36.

Puede consultar toda la legislación vigente, así como las propuestas e informes, en: http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/cash/euro_protection/legislation_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

Para un análisis en profundidad sobre la protección del Euro en el marco anterior, *vid.* KASIMIS, G., “La protección jurídica del Euro en el marco de la Unión Europea”, *Anuario Americanista Europeo*, Núm. 4-5, 2007, pp. 137-145; WEYEMBERGH, A., “Protection de l’Euro contre les contrefaçons”, *Studia Diplomatica*, Vol. 52, Núm. 3, 1999, pp. 143-170.

Estas Decisiones marco fueron afectadas, en cuanto a la elección de su base jurídica, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2005, Asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo*, *Diario Oficial C 315*, de 10.12.2005, p. 2.

²⁷⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre de 2003, relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 218/92, *Diario Oficial L 264*, de 15.10.2003, pp. 1-11 (parcialmente en vigor); Reglamento (UE) 904/2010 del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, *Diario Oficial L 268*, de 12.10.2010, pp. 1-18 (en vigor en su totalidad a partir del 1.1.2013), además de varias Comunicaciones de la Comisión, entre las cuales: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión – Protección de los intereses financieros de las Comunidades. Lucha contra el fraude: por un enfoque estratégico global*, COM (2000) 358 final, Bruselas, 28.6.2000; *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo – Estrategia coordinada con vistas a mejorar la lucha contra el fraude en*

UE pretenden completar la Convención de Ginebra de 1929 y exigen a los EEMM que se adhieran a la misma, obligando a tipificar como delito la fabricación fraudulenta, la alteración de moneda, su puesta en circulación, el tráfico, otras infracciones relativas a los medios de fabricación de la falsa moneda y otros delitos relacionados con los medios de pago materiales o de tipo informático, además de utilizar las medidas de investigación previstas a nivel interno para “combatir” el crimen organizado en la represión de la falsificación del euro, por considerarla una moneda “codiciada permanentemente por los grupos delictivos organizados” (Considerando primero de la Directiva protección del euro frente a la falsificación)²⁷⁵. Por su parte, la protección de los recursos propios atiende principalmente al control y la sanción en el ámbito administrativo al que, en régimen general, se ha dejado la protección de los intereses financieros de la Comunidad hasta la fecha, permitiendo a los EEMM la adopción de las “mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. Este principio de asimilación, recogido tanto en el marco anterior (Art. 280, § 2 TCE) como en el vigente Tratado (Art. 325 TFUE), posibilita el establecimiento de sanciones administrativas y/o penales según los distintos ordenamientos internos, si bien, como advertíamos anteriormente, el nuevo artículo 325, § 4 TFUE elimina la restricción anterior relativa al empleo del Derecho penal para proteger los intereses financieros de la Unión.

En relación con la prevención y lucha contra el COT, las referencias a las organizaciones delictivas en este marco represivo genérico contra los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión son escasas —en el caso de la falsificación de los medios de pago— o prácticamente nulas —en el resto—. Por el contrario, con el fin de proteger la integridad y estabilidad del sistema financiero y económico frente a todo tipo de actividades ilegales, relacionadas directamente o no con el COT, la Unión va a encontrar en la lucha contra el blanqueo de capitales un instrumento fundamental para

materia de IVA en la Unión Europea, COM (2008) 807 final, Bruselas, 1.12.2008; y, con carácter particular, la *Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la asistencia mutua administrativa a fin de proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal*, COM (2006) 473 final, Bruselas, 14.9.2006 [modificada en su base jurídica, COM (2009) 665 final, Bruselas, 2.12.2009].

Esta normativa se vería modificada de adoptarse la propuesta de Directiva relativa a la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, que introduce la definición de fraude del Convenio de 1995 [COM (2012) 363 final – 2012/0193 (COD)]. *Vid.* Nota 272.

²⁷⁵ La propia Directiva cifra en unos 500 millones de euros el perjuicio financiero de la falsificación del euro desde su entrada en funcionamiento como moneda de cambio.

abordar, al mismo tiempo, la recuperación de los productos del delito y prevenir la comisión de nuevas actividades delictivas por parte de las organizaciones criminales, ampliando considerablemente el alcance de anteriores medidas adoptadas a nivel internacional en este ámbito, relacionadas directamente con el tráfico ilícito de drogas²⁷⁶ o con los productos del delito²⁷⁷. Sin embargo, el marco establecido en el seno de la UE se ha visto claramente influido por las medidas contra la financiación del terrorismo impulsadas por el Consejo de Seguridad e incorporadas al marco comunitario, olvidando su especificidad y objetivo primigenio: atajar el beneficio del delito, motivación última de la actividad delictiva de los grupos organizados. Así, la Directiva de 2015, que utiliza como base jurídica el artículo 114 TFUE (mercado interior), aún en un mismo documento la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo²⁷⁸, con el objetivo de evitar que los delincuentes aprovechen la libertad de circulación de capitales y la libre prestación de servicios financieros para cometer sus actividades delictivas. En realidad, a diferencia del régimen específico anterior adoptado en la década de 1990²⁷⁹, la Unión no hace sino reproducir fielmente en el marco comunitario las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), revisadas tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 para hacer frente a la financiación del terrorismo; un planteamiento reflejado en el seno del propio Consejo más de una década antes de la adopción de esta nueva Directiva²⁸⁰ y por la propia

²⁷⁶ Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19.12.1988, disponible en http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [última consulta: 31.8.2015].

²⁷⁷ Según el Convenio del Consejo de Europa de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito [CETS Núm. 141, Estrasburgo, 8.11.1990], los Estados firmantes podían, mediante reserva, limitar el alcance de la tipificación del delito de blanqueo “a los delitos principales o categorías de dichos delitos especificados en dicha declaración” (Art. 6, § 4). Por su parte, el marco adoptado en el seno de la UE extiende la tipificación y represión del blanqueo de capitales a todo tipo de “delitos graves”, entre los cuales la pertenencia a organización delictiva y, en todo caso, cuando las medidas privativas de libertad o de seguridad equivalentes sean en su máximo superiores a un año o mínima de al menos seis meses (Art. 3, § 4 Directiva 2015/849, *Diario Oficial L 141*, de 5.6.2015, pp. 73-117).

²⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 141*, de 5.6.2015, pp. 73-117.

²⁷⁹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, *Diario Oficial L 166*, de 28.6.1991, pp. 77-83, derogada por una Directiva de 2005.

²⁸⁰ En su 2386ª sesión, el Consejo de Asuntos Generales, de 19 y 20 de noviembre de 2001, al adoptar la Directiva 2001/97/CE, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE [*Diario Oficial L 344*,

Comisión ²⁸¹. Como afirmara esta última en su Comunicación, “atacar su objetivo base, el beneficio, puede ser igual, o más, efectivo para eliminar” las organizaciones criminales que reprimir separadamente los delitos cometidos en su seno ²⁸², por lo que, independientemente de su vinculación con los instrumentos contra la financiación del terrorismo, el marco legal comunitario de lucha contra el blanqueo de capitales se ha convertido en un instrumento esencial en la prevención y represión del crimen *serio y organizado* —utilizando los términos genéricos empleados por las instituciones en distintos documentos para referirse a las diferentes “amenazas” a la seguridad interior de la Unión—.

Tras definir los conceptos de *blanqueo de capitales* y *financiación del terrorismo* ²⁸³, esta Directiva establece las obligaciones de los agentes de crédito y financieros respecto de sus clientes (prohibición de cuentas y libretas de ahorro anónimas, “medidas de diligencia debida” y evaluación de los riesgos potenciales de blanqueo) y de las obligaciones de suministro de información a las autoridades

de 28.12.2001, pp. 76-82], declaró que los delitos relacionados con la financiación del terrorismo constituyen un delito grave a los efectos de la Directiva 91/308/CEE.

²⁸¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, COM (2004) 262 final, Bruselas, 16.4.2004.

En este documento, la Comisión hace referencia a la posibilidad de introducir en los textos vigentes hasta ese momento las últimas recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), principalmente relacionadas con la lucha contra la financiación del terrorismo.

²⁸² *Ibíd.*, p. 5.

²⁸³ Artículo 1 de la Directiva de 2015:

“3. A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:

a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

4. Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.

5. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «financiación del terrorismo» el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en [...] la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo”.

competentes (la correspondiente Unidad de Inteligencia Financiera, UIF) sobre cualquier eventual movimiento sospechoso de blanqueo o financiación del terrorismo del que puedan tener constancia. Dado el expansivo proceso de securitización de la conceptualización del “dinero sucio”²⁸⁴ estas obligaciones son también de aplicación a las personas físicas o jurídicas que puedan intervenir potencialmente como consecuencia de su actividad profesional, tal que auditores, contables externos y asesores fiscales; notarios y otros profesionales independientes del Derecho o asesores jurídicos, como los abogados; casinos y agentes de la propiedad inmobiliaria (Art. 2 de la Directiva), obligando al sector privado a proporcionar información relevante a las autoridades en la lucha contra el COT y la financiación del terrorismo en un amplio abanico de actividades financieras. Este carácter expansivo del Derecho penal no solamente ha afectado al ámbito subjetivo cubierto por esta exigencia legal de cooperar con las autoridades judiciales y policiales en la investigación y represión del COT —sujeta a sanciones en caso de incumplimiento²⁸⁵—, sino que, además, la Directiva de 2015 amplía considerablemente su ámbito material respecto de instrumentos anteriores, al incluir los *delitos fiscales* como delitos determinantes y los servicios de juegos de azar entre las entidades obligadas a informar (con excepciones, según la cuantía y la evaluación concreta del riesgo) y reducir las cantidades que han de ser objeto de justificación en las transacciones en metálico (de 15.000 a 10.000 euros), en línea con los estándares del GAFI, readaptados en febrero de 2012. Esta obligación de colaboración de los entes privados con las autoridades del orden público se ha extendido igualmente a otros delitos tipificados en el marco comunitario, como veremos en los apartados siguientes.

²⁸⁴ MITSILEGAS, V., “Countering the chameleon threat of dirty money: ‘Hard’ and ‘soft’ law in the emergence of a global regime against money laundering and terrorist finance”, EDWARDS, A. y GILL, P. (Eds.), *Transnational Organized Crime ...*, op. cit. en Nota 217, p. 208.

²⁸⁵ Las sanciones previstas contra las personas físicas y jurídicas han de ser “eficaces, proporcionadas y disuasorias” y deben, con los mismos criterios, ser al menos de carácter administrativo y pecuniario, para las entidades financieras o de crédito que incumplan sus obligaciones en materia de suministro de información a las autoridades competentes, pudiendo llegar a ser publicadas si el organismo competente así lo estimara oportuno (Arts. 58-61). Por lo tanto, la Directiva deja libertad a los EEMM para establecer las sanciones correspondientes a la violación de alguna de las actividades delictivas previstas, pudiendo ser simplemente medidas administrativas para los responsables de las entidades de crédito o financieras, en línea con similares disposiciones para las personas jurídicas en el Derecho europeo penal. Por tanto, para responsabilizarlas por el incumplimiento de una obligación de cooperación con las autoridades se ha seguido el esquema de otros instrumentos similares de la UE, previéndose sanciones incluso en casos de omisión de vigilancia o control (Art. 60, § 6).

2. La lucha contra el tráfico ilícito de drogas

La lucha contra el tráfico ilícito de drogas ha representado una constante de la Comunidad Internacional desde la “guerra del opio” de finales del siglo XIX y, por lo tanto, un ámbito ampliamente cubierto por el Derecho internacional. Aparte de adoptar algunas medidas destinadas a reducir la demanda de drogas y prevenir su consumo, enmarcadas en *estrategias y planes de acción* (*vid. infra*, epígrafe séptimo), la Unión ha reforzado el marco legal comunitario con una ingente actividad legislativa y programática que ha acentuado la respuesta penal ante este tipo de delito — relacionándolo con el COT y las políticas estatales de seguridad— en detrimento de optar por una perspectiva centrada en la salud como hubiera sido deseable ²⁸⁶, posiblemente debido al marco legal internacional o a presiones de terceros Estados, especialmente a la “guerra contra la droga” abanderada por Estados Unidos en la década de 1980 ²⁸⁷. No obstante, posiblemente este enfoque también sea una derivación de su bajo perfil competencial, eminentemente subsidiario, en el terreno de la protección y mejora de la salud humana ²⁸⁸, confirmado en el artículo 4 TFUE. Sea como fuere, la consecuencia directa ha sido la adopción de un tono securitario en el tratamiento del tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas que ha primado el enfoque punitivo en lugar de uno centrado en los aspectos de la salud, ligando este comercio ilegal a los grupos delictivos organizados, cuestión que ha derivado en su toma en consideración como un problema de seguridad en vez de salud pública.

El tráfico ilícito de drogas venía recogido ya en el *ex* artículo 31, § 1.e) del Tratado de la UE como uno de los ámbitos susceptibles de aproximación de

²⁸⁶ “A diferencia de anteriores convenciones, la Convención de Viena [de 1988] no considera las drogas primariamente desde una perspectiva de la salud, sino que pone un gran énfasis en los problemas que surgen de la asociación de las drogas con el crimen organizado”. JOJARTH, C., *Crime, War, and Global Trafficking. Designing International Cooperation*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009, p. 100 (traducción propia).

²⁸⁷ Algunos autores hablan del “alto grado de politización” de la lucha contra las drogas, mientras que otros analizan esta respuesta internacional esencialmente represiva, impulsada por los Estados Unidos auspiciada por la *Doctrina Reagan*, en términos de geopolítica. *Vid.*, respectivamente, WICHMANN, N., *Rule of Law Promotion in the European Neighbourhood Policy. Normative or Strategic Power Europe?*, Studies on the EU, Vol. 4, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, p. 115; y AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., *Guerras de baja intensidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1989; LABROUSSE, A., y KOUTOUZIS, M., *Géopolitique et Géostratégies des Drogues*, Ed. Economica, París, 1996; SABBAGH, D., « La politique américaine de lutte contre la drogue... », *loc. cit.* en Nota 27.

²⁸⁸ CHATWIN, C., “Multi-level governance: The way forward for European illicit drug policy?”, *International Journal of Drug Policy*, Vol. 18, Núm. 6, diciembre de 2007, pp. 494-502.

legislaciones penales. En la actualidad, la Decisión marco de 2004 regula penalmente como delito este tipo de comercio ilícito ²⁸⁹, al que considera “representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión Europea, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros” (Considerando primero). Este instrumento insta a los EEMM a tipificar como delitos, siempre que no sean para fines de consumo personal (“tal como lo defina la legislación nacional”) y reflejen una intencionalidad, las siguientes conductas (Art. 2):

- a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas;
- b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis;
- c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a);
- d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.

Esta Decisión marco, en realidad, se limita a trasponer en el Derecho de la UE algunos de los delitos recogidos en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 ²⁹⁰, sin aportar nada nuevo al panorama penal nacional. Por el contrario, deja fuera del ámbito material de la DM la tipificación de la *organización, gestión o financiación* de los delitos enumerados; delitos que sí recoge la Convención de 1988. Por tanto, se evita tipificar la conducta, más o menos activa, de un individuo en el seno de una organización delictiva, distinguiendo entre los distintos grados de participación, lo cual no habría de resultar

²⁸⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, *Diario Oficial L 335*, de 11.11.2004, pp. 8-11.

Dado el amplio marco ofrecido por el anterior instrumento legal, es igualmente aplicable la Acción común 96/750/JAI, de 17 de diciembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aproximación de las legislaciones y de las prácticas entre los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de luchar contra la toxicomanía y de prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas, *Diario Oficial L 342*, de 31.12.1996, pp. 6-8.

Para un análisis de otros aspectos relacionados con la prevención y lucha contra el consumo de drogas y su criminalización en el marco de la UE, *vid.* PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3ª edición, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, Oxford, 2011, en particular pp. 780 y ss.

²⁹⁰ Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19.12.1988, disponible en: http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf [última consulta: 31.8.2015].

sorprendente puesto que, como observábamos en el anterior epígrafe, también queda fuera de la DM relativa a participación en organización delictiva. La propuesta de la Comisión, sin embargo, incluía referencias a la posición del individuo respecto de la organización criminal (“papel principal”), aunque sin determinar con claridad su rol o implicación en la comisión del delito concreto ²⁹¹.

En cuanto a las sanciones, recogidas en su artículo 4, la DM de 2004 prevé distintos niveles de privación de libertad en función del grado de gravedad del delito y de la implicación de una organización delictiva. En un primer nivel, la DM estipula uno a tres años, como mínimo, de privación de libertad, siempre que los delitos no sean cometidos para consumo propio y sean contrarios a Derecho. En un segundo nivel, de cinco a diez años de privación de libertad, la DM establece la posibilidad de aplicar agravantes en caso de que el delito esté relacionado con grandes cantidades de droga, estupefacientes especialmente peligrosos para la salud humana o que afecten a la salud de un gran número de personas. En un tercer nivel, encontramos la posibilidad de establecer sanciones de un mínimo de diez años de privación de libertad para aquellos casos en los que se demuestre la implicación de una organización delictiva en los delitos especificados en las letras *a*), *b*) y *c*), una de las pocas referencias específicas al COT en la DM y que ha sido generalmente incorporada a los ordenamientos estatales en la implementación de la DM ²⁹². Por último, para los delitos de fabricación, transporte o distribución de precursores se prevén medidas de privación de libertad de cinco a diez años en caso de involucrar a una organización criminal y dichos precursores estén destinados a la fabricación de grandes cantidades de droga o sustancias altamente peligrosas para la salud de las personas.

Esta DM, sin embargo, no incorpora grandes cambios respecto del marco legal internacional anterior, ni en cuanto a las sanciones, ni a las circunstancias atenuantes. Ninguna novedad respecto de instrumentos anteriores en cuanto a la declaración de responsabilidad de las personas jurídicas, intencionada o por omisión de vigilancia (Art.

²⁹¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al establecimiento de las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, COM (2001) 259 final, Bruselas, 25.9.2001, *Diario Oficial C 270 E*, de 25. 9. 2001, pp. 144-147.

²⁹² *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*, COM (2009) 669 final, Bruselas, 10.12.2009.

7), fórmula que se repite en todos los instrumentos adoptados en el Derecho penal de la UE. Igual ocurre con el establecimiento de la jurisdicción sobre los delitos cometidos total o parcialmente en territorio de un Estado miembro (Art. 8). Tampoco incluye otras circunstancias agravantes recogidas en la Convención de 1988 y en la propuesta de la Comisión, por ejemplo, aquellas relativas al uso de la violencia, la victimización de los menores de edad o la ostentación de cargo público por parte del delincuente, que podrían aportar novedades al marco comunitario y enlazar la represión del tráfico ilícito de drogas con el COT. Dado su descontento con la implementación de esta Decisión marco ²⁹³ y teniendo en cuenta las posibilidades que abre el Tratado de Lisboa, no sería extraño que la Comisión presentara en breve una nueva propuesta legislativa destinada a cubrir algunas de las lagunas observadas en el documento y en su transposición en los ordenamientos estatales que traspase la mera actualización del listado de sustancias objeto de prohibición presentada a finales de 2013 ²⁹⁴, especialmente si consideramos el papel reforzado de la institución para con el incumplimiento del Derecho de la UE por los EEMM (Art. 258 TFUE) y la necesidad de incorporar al marco comunitario cuestiones relacionadas con la investigación proactiva del delito de tráfico ilícito de estupefacientes ante las deficiencias identificadas en la cooperación práctica de las autoridades estatales competentes, como la entrega vigilada ²⁹⁵, terreno por desarrollar todavía en el marco de la Unión (*vid. infra*, epígrafe quinto).

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, en lo que respecta a la definición de droga*, COM (2013) 0618 final – 2013/0304 (COD), Bruselas, 17.9.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las nuevas sustancias psicotrópicas*, COM(2013) 619 final – 2013/0305 (COD), Bruselas, 17.9.2013.

²⁹⁵ EUROJUST, *Implementation Report of the Action Plan on Drug Trafficking. Strategic project: Enhancing the work of EUROJUST in drug trafficking cases - ISSUE IN FOCUS number 1 – FIRST ADDENDUM to the Implementation Report*, La Haya, enero de 2015, disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

La entrega vigilada entre autoridades de EEMM está regida por la Decisión 2001/419/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre el envío de muestras de sustancias controladas, *Diario Oficial L 150*, de 6.6.2001, pp. 1-3. Adicionalmente, la Recomendación del Consejo, de 30 de marzo de 2004, sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas [Diario Oficial C 86 de 6.4.2004].

En relación a la entrega vigilada en el ordenamiento internacional y español, *vid.* MOLINA PÉREZ, T., “La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. XL, 2007, pp. 15-36.

3. La protección del medio ambiente a través del Derecho penal y su relación con el crimen organizado: la delincuencia medioambiental

La Comunidad Europea se vio reconocida una competencia en materia de medio ambiente desde la aprobación del Acta Única Europea (Art. 3, § 1.1 y Título XIX del TCE), en este caso, íntimamente ligada al objetivo específico de la protección de la salud de las personas, no a la seguridad pública (Art. 174 TCE). En los últimos años, la Comisión ha impulsado un conjunto de medidas destinadas a reafirmar la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, aunque tradicionalmente se le haya negado la posibilidad de aplicar sanciones en este ámbito por considerarse fuera de las competencias normativas de la Comunidad ²⁹⁶. Estas iniciativas, encaminadas a trasponer en Derecho comunitario la normativa internacional, le ocasionaron un enfrentamiento abierto con el Consejo acerca de la base jurídica elegida para legislar en la materia, que acabaría con las dos sentencias del Tribunal de Justicia mencionadas en el apartado anterior. De esta forma, se le reconocía jurisprudencialmente a la Comunidad una competencia para imponer sanciones penales, cuando fuesen necesarias para la efectiva implementación de una política comunitaria, que sería posteriormente incorporada a los Tratados por el mencionado artículo 83, § 2 TFUE.

Tras la jurisprudencia del Tribunal, la Comisión adoptó una Directiva para la protección del medio ambiente a través del Derecho penal ²⁹⁷. Entre los delitos considerados del ámbito de actuación de la Unión en la materia, la Directiva de 2008 comprende, entre otras conductas delictivas, varias directamente relacionadas con actividades tradicionalmente ejecutadas por organizaciones delictivas: el comercio ilícito de especies de flora y fauna protegidas; la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos o su traslado; o la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas (Art. 3). La Directiva obliga a los EEMM a tipificar en sus respectivos

²⁹⁶ *Vid.*, por ejemplo, CUERDA RIEZU, A., “¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?”, ARROYO ZAPATERO, L., *et al.*, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 621-635.

²⁹⁷ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L* 328, de 06.12.2008 pp. 28-37.

ordenamientos las nueve categorías de delitos enumerados, cuando sean ilícitos y cometidos dolosamente o por imprudencia grave —por ejemplo, por incumplimiento de un deber legal de actuación—, además de la incitación y la complicidad para cometerlos (Art. 4), y prevé que se impongan sanciones penales “eficaces, proporcionadas y disuasorias” (aparte del correspondiente procedimiento civil), dejando libertad a los EEMM para decidir el umbral mínimo de la sanción, incluyendo, en su caso, privación de libertad (Art. 5).

A esta Directiva se le añaden otras dos sobre la protección frente a la contaminación de buques ²⁹⁸, que completan el enfoque penalista tomado por la Unión en los últimos años, aceptado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien, en ocasiones, criticado por la doctrina por considerarlo contraproducente ²⁹⁹. Aunque ninguna de las Directivas aborda directamente la responsabilidad de las organizaciones delictivas en los delitos medioambientales previstos por ellas, lo verdaderamente relevante para nuestro estudio es que la Unión ha incorporado en su Derecho interno los últimos desarrollos en materia de protección del medio ambiente y lucha contra los tráfico ilícitos en el ámbito internacional, incorporando en su léxico el concepto (todavía por definir) de *delincuencia medioambiental* ³⁰⁰. Así, en 2007, la Comisión para la Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU adoptó la Resolución 16/1 sobre la protección de los productos forestales frente a su comercio ilícito ³⁰¹, que señala

²⁹⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, *Diario Oficial L 255*, de 30.9.2005, pp. 11-21; Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 280*, de 27.10.2009, pp. 52 - 55.

²⁹⁹ FAURE, M., “European Environmental Criminal Law: Do we really need it?”, *European Environmental Law Review*, Vol. 13, Núm. 1, enero de 2004, pp. 18-29. En un sentido parecido, CORSTENS, G. J. M., “Criminal Law in the First Pillar?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11, Núm. 1, 2003, pp. 131-144.

³⁰⁰ Así, por ejemplo, se desprende de la propuesta para la creación de la red informal de lucha contra la delincuencia medioambiental (EnviCrimeNet), además de algunos documentos adoptados por Interpol y Europol. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Proyecto de Resolución del Consejo sobre la creación de una red informal de lucha contra la delincuencia medioambiental - "EnviCrimeNet"1, 10291/11, Bruselas, 20.5.2011.

³⁰¹ UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL – COMMISSION ON CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE (CCPCJ), *International cooperation in preventing and combating illicit international trafficking in forest products, including timber, wildlife and other forest biological resources*, Sixteenth session, Viena, 23-27 de abril de 2007.

Esta Comisión ha seguido proponiendo numerosas resoluciones al respecto. *Vid.*, CCPCJ, *Reporto n the twentieth session (3 December 2010 and 11-15 April 2011)*, Economic and Social Council, Official Records, 2011, Supplement N0. 10, E/2001/30 – E/CN.15/2011/21, Nueva York, 2011.

especialmente la incidencia de los grupos criminales en la comisión de este delito. Numerosos análisis de la evaluación de riesgos, por ejemplo de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD)³⁰² o de la Oficina Internacional de Policía Criminal (Interpol)³⁰³, abordan la implicación de grupos delictivos organizados en la comisión de lo que podríamos denominar *delitos medioambientales*. A estos documentos hemos de sumar la Resolución de la Asamblea General 55/25, que afirma la relevancia de la Convención de Palermo en la lucha contra el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción³⁰⁴. La Directiva de 2008 cubre, igualmente, otros comercios ilícitos de especies protegidas o de sus partes (marfil, por ejemplo), pero también prevé la tipificación de otros delitos relacionados con grupos delictivos organizados, especialmente el tratamiento o almacenamiento ilegal de los desechos urbanos o radioactivos³⁰⁵. Oficialmente, estos documentos analizan la provisión de estos bienes en los mercados ilícitos que se han creado a nivel internacional y que los grupos delictivos organizados han sabido proporcionar gracias a las conexiones con otros delitos y las rutas delictivas establecidas, en particular en materia de tráfico ilícito de drogas. Según estas instituciones, estos mercados ilícitos han supuesto una nueva vía de ingresos para los grupos delictivos organizados, por la relativa facilidad con la que dichos tráficos salen de los países emisores principalmente al África occidental y la corrupción que existe a nivel local³⁰⁶.

En el seno de la Unión, el Consejo ha empezado a demostrar solamente a partir de hace unos años su preocupación por la participación de los grupos delictivos internacionales en el tráfico ilegal de desechos y otros delitos medioambientales³⁰⁷. Aunque no haya sido considerado una amenaza o riesgo directo para la seguridad de

³⁰² ONUDD, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, Viena, 2010, especialmente pp. 149-169, informe disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf [última consulta: 31.8.2015].

³⁰³ INTERPOL, *Electronic Waste and Organized Crime. Assessing the Links*, Phase II Report for the Interpol Pollution Crime Working Group, mayo de 2009, disponible en: <http://www.interpol.int/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁴ A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000 [publicada el 8 de enero de 2001].

³⁰⁵ EUROPOL, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*, 2013, p. 26, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁶ ONUDD, *Transnational trafficking and the Rule of Law in West Africa: A Threat Assessment*, Viena, julio de 2009, disponible en: www.unodc.org [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de conclusiones del Consejo sobre prevención y lucha contra el tráfico ilegal de residuos, especialmente en el tráfico internacional*, 5956/5/10, Bruselas, 20.5.2010, adoptadas por el Consejo, en su formación de Justicia y Asuntos de Interior, en su sesión Núm. 3018, de 4 de junio de 2010, p. 30.

Europa en los *Organised Crime Threat Assessments* (OCTA) hasta 2013, como en los informes de otras agencias internacionales, el Consejo apeló, en 2010, a Europol, Eurojust y a los EEMM a tomar iniciativas para contrarrestar este nuevo mercado para el COT, que considera especialmente graves en África y Asia, mediante el establecimiento de mecanismos de coordinación en materia operativa —los equipos conjuntos de investigación—, el intercambio de información o la adhesión a los programas internacionales puestos en marcha por Interpol o UNODC. Además, ha instado a la Comisión a presentar una propuesta para armonizar los instrumentos de señalización existentes aplicables a vehículos y contenedores para el transporte de desechos en la UE con el fin de mejorar los controles llevados a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad; a redactar un manual operativo, junto con Europol, los EEMM y el Consejo, para detallar el *modus operandi* de los grupos delictivos en este ámbito; y a reforzar el actual Reglamento sobre el traslado de residuos ³⁰⁸. Por tanto, si bien todavía tímidamente, la Unión se está progresivamente dotando de un nuevo ámbito en la lucha contra el COT a través de la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, siguiendo los estándares y programas de las agencias internacionales y una lógica securitaria propia tremendamente útil para la expansión competencial de su política “común” de lucha contra el COT que incide igualmente en su proyección exterior ³⁰⁹. Asimismo, Europol es igualmente competente en materia de tráfico ilícito de especies protegidas, por lo que se confía en que su papel sea mucho más relevante en un futuro próximo, incluida la inserción de este tipo de delitos en los OCTA, ante la constatación de que “la implicación de los grupos delictivos organizados es notable y se espera continúe” ³¹⁰. De hecho, así se recoge finalmente en el OCTA de 2013, que destaca la participación de organizaciones delictivas en el tráfico ilícito de residuos y su gestión, ante los recortes en determinadas empresas del sector que, según la agencia, suponen un

³⁰⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, *Diario Oficial L 190*, de 12.7.2006, pp. 1-98.

³⁰⁹ En diciembre de 2013, los entonces Comisarios Europeos de Medio Ambiente, Janez Potocnik, y Desarrollo, Andris Piebalgs, anunciaron el apoyo del Fondo Europeo de Desarrollo a un proyecto de prevención del tráfico ilícito de especies salvajes del cual son destinatarios los países de África, Caribe y Pacífico (ACP). Puede encontrar más información sobre este proyecto, denominado “Minimising the Illegal Killing of Elephants and other Endangered Species (MIKES)”, en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/environment/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

³¹⁰ <https://www.europol.europa.eu/content/press/european-organised-crime-groups-active-trafficking-endangered-species-425> [última consulta: 31.8.2015].

floreciente mercado para el COT ³¹¹. De esta forma, Europol se hace eco en sus informes de evaluación de la amenaza de los impulsos en la agenda pública dados por el Consejo, en línea con las instituciones internacionales y anticipándose al llamamiento del Parlamento Europeo a intensificar la lucha contra los delitos medioambientales y las “ecomafias” ³¹² —las cuales afectan igualmente al patrimonio cultural (*vid. infra*)—. El paso siguiente lo dio recientemente la Comisión, cuando, en febrero de 2014, abrió una consulta pública destinada a recabar información sobre el enfoque que la UE debía adoptar en materia de tráfico ilícito de especies animales, incluyendo el refuerzo de las medidas penales contra las organizaciones delictivas que se lucran de dicho comercio ³¹³.

4. Otros comercios ilícitos que afectan al correcto funcionamiento del mercado interior: la protección del patrimonio cultural y de los derechos de propiedad intelectual

Aunque no es una cuestión de excesiva actualidad en los medios de comunicación, ni constituya un delito nuevo en el panorama internacional, el tráfico ilícito de obras de arte y del patrimonio cultural de los EEMM representa en nuestros días un atractivo mercado para los grupos delictivos organizados ³¹⁴, relacionados en

³¹¹ EUROPOL, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*, 2013, p. 30, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

Eurojust, al abordar este tema y evaluar su tratamiento en el seno de la UE, habla de una “intrigante paradoja”: “existen pruebas que evidencian que el delito medioambiental es un crimen serio, con una dimensión transfronteriza y en el que a menudo están involucrados grupos delictivos organizados; mientras que, al mismo tiempo, las estadísticas sobre enjuiciamientos sobre delitos medioambientales en los Estados miembros no parecen reflejar el impacto real de este delito. El número de casos referidos a Eurojust en ese tiempo fue igualmente muy bajo”. EUROJUST, *Strategic Project on Environmental Crime Report*, noviembre de 2014, disponible en: www.eurojust.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

³¹² PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe Iacolino), A7-0307/2013, apartados 59, 65 y 125.

³¹³ Puede acceder al texto de la consulta a través del siguiente enlace: http://ec.europa.eu/environment/consultations/wildlife_trafficking_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

³¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, FERRI, P., “Certificates of Exportation of Cultural Property and Foreign Acceptance of Their Value”, *The European Review of Organised Crime*, Vol. 2, Núm. 1, 2014, pp. 97-114; MARTÍNEZ CASAS, J. I., *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, conferencia dictada en Córdoba, el día 27 de septiembre de 2008, pp. 1-29, texto disponible en el siguiente enlace: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/trafico%20ilicito%20de%20bienes%20culturales.pdf> [última consulta: 31.8.2015]; MASSY, L., *Le vol d'oeuvres d'art. Une criminalité méconnue*, Ed. Bruylant, Bruselas,

algunos casos con otros delitos, como el blanqueo de capitales y el tráfico ilícito de drogas ³¹⁵. Para proteger el patrimonio histórico y cultural, diversos Organismos Internacionales, entre ellos la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), han establecido programas y medidas de prevención y promovido la especial protección contra saqueos —principalmente ante situaciones de conflicto armado— y el comercio ilícito de bienes culturales ³¹⁶, además de reconocer, de manera progresiva, la conexión entre este tipo de delitos y el COT. Así, algunas instituciones internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, se muestran alarmadas “por la creciente participación de grupos delictivos organizados en el tráfico de bienes culturales en todas sus formas y aspectos y en los delitos conexos” ³¹⁷, por lo que es igualmente susceptible de aplicarse la Convención de Palermo como instrumento para combatir los delitos contra el patrimonio cultural. De hecho, durante el sexto período de sesiones de la Conferencia de las Partes de la Convención de Palermo (octubre de 2012), el tráfico ilícito de bienes culturales fue reconocido como un aspecto importante que debía ser abordado con mayor detalle y para el que algunos Estados requirieron una acción internacional conjunta, dada su relevancia entre las actividades delictivas del COT y la práctica impunidad con la que el patrimonio histórico-cultural es expoliado por determinadas organizaciones delictivas ³¹⁸.

2000; TIJHUIS, A., *Transnational Crime and the interface legal and illegal actors: the case of illegal art and antiquities trade*, Wolf Legal Publishers, 2006.

³¹⁵ MASSY, L., *Le vol d'oeuvres d'art...*, *op. cit.* en Nota 314, pp. 173-186.

³¹⁶ Entre otros instrumentos y resoluciones, UNESCO - CONFERENCIA GENERAL, *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, París, 14.11.1970, y *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, Roma, 24.6.1995.

Para un panorama general, *vid.* ARMBRÜSTER, C., *et al.*, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, Final Report, octubre de 2011, en particular pp. 30-165, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

³¹⁷ ASAMBLEA GENERAL, *Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal para proteger los bienes culturales, en particular con respecto a su tráfico*, A/C.3/66/L.5, de 29.9.2011, p. 2.

³¹⁸ Puede consultarse toda la información en la página web de la ONUDD: http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/frontpage/2012/11/14-trafficking-in-cultural-property_organized-crime-and-the-theft-of-our-past.html [última consulta: 31.8.2015].

Vid., Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Asistencia técnica prestada a los Estados en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional a las nuevas formas y dimensiones de la delincuencia organizada transnacional. Informe de la Secretaría*, CTOC/COP/2012/7; *Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 15 al 19 de octubre de 2012*, CTOC/COP/2012/15.

En el marco de la UE, el Consejo ha abordado la necesidad de prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de obras de arte y del “patrimonio cultural común” (Art. 151, § 1 TCE, actual Art.167 TFUE), no solamente como medio para proteger la política comercial y, en términos generales, el mercado interior como había sido la lógica seguida hasta entonces por las instituciones comunitarias ³¹⁹, sino también para preservar el patrimonio histórico y cultural de Europa y los derechos de las víctimas de expolio, como afirmaran las Conclusiones del Consejo adoptadas en 2008 al respecto ³²⁰. Aunque el texto se limita a enfatizar la importancia de que los EEMM refuercen la cooperación entre los departamentos responsables de combatir el tráfico ilegal de bienes culturales y evalúen el intercambio de experiencias y buenas prácticas, también se hace un llamamiento para que la Comisión compile todas las medidas legislativas, normativas y operacionales sobre bienes robados e indique su trazabilidad o que se intensifiquen los nexos con la base de datos de Interpol para evitar la venta de bienes culturales robados en el mercado interior por parte de organizaciones delictivas.

En este ámbito, la UE ha adoptado dos medidas legislativas para la introducción de un sistema comunitario de protección de bienes culturales que tiene en cuenta la normativa internacional, aunque en términos bastante generales y tratando los bienes culturales traficados ilícitamente como meras mercancías —sin alusión a la protección de un Derecho fundamental—. El primero es el Reglamento de 2009 relativo a la exportación de bienes culturales ³²¹; el segundo, la Directiva de 1993 sobre restitución de bienes culturales ilegalmente comerciados ³²². En el primero —el más relevante en

³¹⁹ ARMBRÜSTER, C., *et al.*, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods...*, *op. cit.* en Nota 204, pp. 39-45.

³²⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea relativas a la prevención y lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales*, 14224/2/08, Bruselas, 3.11.2008.

³²¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, *Diario Oficial L 39*, de 10.2.2009, pp. 1-7.

³²² CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, *Diario Oficial L 74*, de 27.3.1993, pp. 74-79; modificada por la Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por la que se modifica el Anexo de la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, *Diario Oficial L 60*, de 1.3.1997, pp. 59-60; y la Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por la que se modifica la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, *Diario Oficial L 187*, de 10.7.2001, pp. 43-44.

Según las disposiciones de la Directiva, las autoridades competentes del Estado miembro donde se incauten de un bien cultural lícitamente entrado en territorio aduanero han de ponerse en contacto con

relación al COT—, se regula la autorización previa para exportar cualquiera de los bienes culturales enumerados fuera del territorio aduanero (Anexo I), uniformando el control de la exportación de este tipo de mercancías fuera de fronteras de la Unión. Así, la autorización de exportación podrá denegarse cuando los bienes culturales “estén amparados por una legislación protectora del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico en dicho Estado miembro” (Art. 2, § 2). Además, exige a los EEMM que establezcan sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasivas” en caso de violación de la obligación de solicitar la autorización correspondiente (Art. 9). Paradójicamente, la base jurídica escogida fue el artículo 133 TCE (política comercial común), por lo que la medida, como se indica en el texto, está directamente encaminada a proteger el mercado interior, considerando el bien con un sentido comercial y no un bien cultural objeto de protección del “patrimonio cultural común”. Esto contradice, precisamente, el carácter esencial de la protección de estos bienes culturales: la salvaguarda del patrimonio histórico y cultural, que se supone la Unión ha de respetar como parte de la “diversidad cultural, religiosa y lingüística” (artículos 3, § 3 TUE y 22 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE)³²³. Como apunta Martínez Casas “la nota tipificante es algo más que lo estrictamente económico, lo relevante es el aspecto social” del bien protegido³²⁴; cuestión que enlaza directamente con la salvaguarda del patrimonio histórico y cultural como un Derecho fundamental del ciudadano europeo.

En otros ámbitos, igualmente relacionados con las competencias de Europol y con el fraude a los intereses financieros de la Unión, encontramos las medidas

las autoridades del Estado miembro de origen y restituirlo a sus dueños en caso de que éste haya sido ilícitamente obtenido, además de prever una compensación al poseedor por los perjuicios ocasionados en caso de que no conociera del ilícito. Se trata de mejorar la coordinación de las autoridades administrativas de los diferentes EEMM y prevenir la comercialización ilegal de bienes culturales, en coordinación con Interpol y “otros organismos cualificados”; es decir, también con Europol, órgano competente según el Convenio Europol, y las autoridades aduaneras de los EEMM, con importantes competencias en la materia.

³²³ “Buena teoría sin contenido real” para la Profa. Mangas Martín. MANGAS MARTÍN, A., “Título III. Igualdad”, MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 412.

³²⁴ MARTÍNEZ CASAS, J. I., *Tráfico ilícito de bienes...*, *loc. cit.* en Nota 202, p. 27. En la misma línea, HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18., Núm. 54, septiembre - diciembre de 1998, pp. 11-38.

comunitarias contra la falsificación de productos y la piratería ³²⁵ y, con carácter general, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior ³²⁶. La UE ha ido progresivamente regulando estos ámbitos de potencial implicación de las organizaciones delictivas igualmente conforme a criterios de protección del mercado interior (artículos 95 TCE y 114 TFUE), con el argumento de que las “infracciones de los derechos de propiedad intelectual parecen hallarse cada vez más vinculadas a la delincuencia organizada” ³²⁷. Uno de los productos que más atención ha recibido por parte de la Unión en los últimos años ha sido el contrabando de cigarrillos, precisamente a raíz de varios informes y disputas legales relacionados con el fraude a los intereses financieros comunitarios ³²⁸. De hecho, según las estadísticas disponibles, el contrabando de productos del tabaco es la categoría de artículos más comúnmente interceptada por las autoridades aduaneras ³²⁹ y, para los servicios de la Comisión,

³²⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería, *Diario Oficial C 253*, de 4.10.2008 pp. 1-2.

³²⁶ *Inter alia*, PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 157*, de 30.4.2004, pp. 45-86; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada – Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 111*, de 5.5.2009, pp. 16-22; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior, *Diario Oficial C 56*, de 6.3.2010, pp. 1-4; y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA Y PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento 1383/2003 del Consejo, *Diario Oficial L 181*, de 29.6.2013, pp.15-34.

³²⁷ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (*vid.* Nota anterior), p. 49.

³²⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de octubre de 2007, sobre las repercusiones del acuerdo celebrado entre la Comunidad, los Estados miembros y Philip Morris sobre el refuerzo de la lucha contra el fraude y el contrabando de cigarrillos y los progresos en la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Investigación del Parlamento sobre el Régimen de Tránsito Comunitario (2005/2145(INI)), *Diario Oficial C 227 E*, de 4.9.2008, pp. 147-153.

Recientemente, la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) pidió a Madrid y Londres que abrieran diligencias judiciales por posible contrabando ilegal de tabaco y blanqueo de capitales en Gibraltar. *Vid.* “La UE ve pruebas de contrabando de tabaco y blanqueo en Gibraltar”, *El País*, 10.8.2014: http://politica.elpais.com/politica/2014/08/10/actualidad/1407695876_399430.html [última consulta: 31.8.2015].

Para una visión general de la lucha contra el comercio ilícito de tabaco, *vid.* DIMITROVA-STULL, A., *Lutte de l’UE contre le commerce illicite du tabac*, Library Briefing, Biblioteca del Parlamento Europeo, 17/0/2013.

³²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights. Results at the EU border – 2010*, 2011.

dominio exclusivo de los grupos delictivos organizados ³³⁰. En el caso de los medicamentos falsificados introducidos ilícitamente en el mercado interior la actuación de la Unión no solamente tiene su base legal en la política comercial y la protección del mercado interior —tesis seguida en los últimos años por las instituciones—, sino igualmente en disposiciones sobre la salud pública (Art. 168 TFUE) ³³¹, cuestión que ha permitido actualizar el marco legal anterior para hacer frente a una potencial “amenaza para la salud pública” ³³². Teniendo en cuenta que, según las estadísticas aduaneras, el 85% de los productos que infringen los derechos de propiedad intelectual provienen de China ³³³, esta materia ha sido de especial importancia para la Unión en sus relaciones exteriores, apostando por un refuerzo de la protección internacional de estos derechos y por vigorizar el cumplimiento de la normativa internacional al respecto por parte de los principales países incumplidores, especialmente en el marco de la Organización Mundial del Comercio, si bien con poco éxito.

5. Entre mercado interior y política exterior: los tráfico ilícitos de armas y de diamantes

Si resulta complejo el panorama anteriormente descrito para determinados delitos en los que se supone la potencial competencia de la UE —dada la compartimentalización entre distintas disposiciones y procedimientos legislativos según

³³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Estrategia general de la UE para intensificar la lucha contra el contrabando de cigarrillos y otras formas de tráfico ilícito de productos del tabaco*, COM (2013) 324 final, Bruselas, 6.6.2013, p.4.

³³¹ Artículo 168, *Salud pública*

“1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. [...] La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención. [...]

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 2 y en la letra a) del artículo 6, y de conformidad con la letra k) del apartado 2 del artículo 4, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirán a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando, para hacer frente a los problemas comunes de seguridad: [...]

c) medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios. [...]

³³² PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 174*, de 1.7.2011, pp. 74-87.

³³³ COMISIÓN EUROPEA, *Report on EU customs enforcement...*, *op. cit.* en Nota 329.

el sector concreto—, no es menos cierto que, cuando la intervención de la Unión afecta directamente a la política exterior y al mantenimiento del orden y la seguridad públicos de los EEMM, la situación se presta a una mayor confusión. Asimismo, la competencia de la Unión para legislar según qué delitos se muestra controvertida, pues el ámbito que analizamos en este apartado es “zona gris” entre los crímenes internacionales propiamente hablando y los delitos transfronterizos; por lo tanto, entre el Derecho internacional —penal y humanitario incluidos— y el Derecho transnacional del que es parte la Convención de Palermo. Esta confusión en cuanto al alcance competencial de la Unión ha llegado, incluso, a provocar la intervención del Tribunal de Justicia con el fin de estipular cuál era la oportuna base jurídica para esclarecer la competencia de la UE. Uno de los primeros ámbitos que presentaremos, en relación directa con el COT, es el tráfico ilícito de armamento, cubierto por una regulación envuelta en esa “batalla judicial” Comisión contra Consejo que requirió de la intervención del Tribunal de Justicia.

El tráfico ilícito de armas ligeras y de pequeño calibre (ALPC) y de su munición puede considerarse un elemento facilitador de la comisión de crímenes internacionales. Al menos así lo reconoce el Consejo en su *Estrategia contra la acumulación y tráfico ilícitos de ALPC*³³⁴, documento que hace especial referencia a su dimensión externa y relega el comercio de armamento prácticamente al ámbito de la política exterior de los EEMM y de la PESC, obviando una mayor regulación a nivel interno de las transferencias de armamento intra y extracomunitarias. Si bien esta laguna en la regulación del comercio intracomunitario ha sido recientemente colmada, acercando el marco normativo particular a la legislación en el mercado interior, la lucha contra la proliferación de ALPC y su tráfico ilícito queda reservada al “pilar” PESC, como reconoció jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia³³⁵. En su razonamiento la Corte

³³⁴ “[...] las armas pequeñas y ligeras contribuyen al agravamiento del terrorismo y de la delincuencia organizada y constituyen un factor de primera importancia en el desencadenamiento y la propagación de los conflictos y en el desmoronamiento de las estructuras estatales.”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, 5319/06, Bruselas, 13.01.2006, p. 2.

En el mismo sentido, EUROPOL, *EUROPOL SOCTA 2013. EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*, La Haya, 2013, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

³³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de mayo de 2008, Asunto C-91/05 Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial C 171*, de 5.7.2008, pp. 2-3 (caso *ECOWAS*). *Vid.* sobre este caso y sus implicaciones, HILLION, C. y WESSEL, R. A., “Competence distribution in EU external relations after *ECOWAS*: clarification or continued

admite, no obstante, que estamos ante un ámbito comunitario igualmente sujeto al establecimiento de sanciones penales en determinados casos, siguiendo la lógica de que, si una medida persigue al mismo tiempo dos objetivos —uno relativo a una política comunitaria (en el caso planteado, la cooperación al desarrollo) y otro del dominio de la PESC—, la norma ha de adoptarse en el marco del extinto TCE, según el *ex* artículo 47 TUE (actual Art. 40 TUE) ³³⁶. Solamente un día después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, se adoptó una nueva Directiva sobre adquisición y tenencia de armas ³³⁷, con motivo de la firma del Protocolo de la Convención de Palermo relativo a armas de fuego y municiones ³³⁸ y con el fin de incorporar sus principales novedades al régimen comunitario existente, de la década de los 90 ³³⁹. Esta Directiva se suma a otras dos, una relativa a la armonización de las transferencias intracomunitarias de los productos ligados a la defensa ³⁴⁰ y otra destinada a coordinar los mercados públicos de

fuzziness?”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, Núm. 2, Kluwer Law International, 2009, pp. 551-586.

³³⁶ Artículo 40

“La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Asimismo, la ejecución de las políticas mencionadas en dichos artículos no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente capítulo.”

³³⁷ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, por la que se modifica la Directiva 91/477/CEE del Consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, *Diario Oficial L 179*, de 8.7.2008, pp. 5-11.

³³⁸ Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/55/255, de 8.6.2001, OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA EL DELITO Y LA DROGA (ONUDD), *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, pp. 71-85.

El Consejo consintió la firma de dicho Protocolo por medio de la Decisión 2001/748/CE del Consejo, de 16 de octubre de 2001, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo sobre la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones adjunto al Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, *Diario Oficial L 280*, de 24.10.2001, p. 5. No obstante, su conclusión ha estado pendiente desde entonces, hasta la aprobación de la Decisión 2014/164/UE del Consejo, de 11 de febrero de 2014, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Diario Oficial L 89*, de 25.3.2014, pp. 7-27.

³³⁹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Directiva 91/477/CEE del Consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, *Diario Oficial L 256*, de 13.9.1991, pp. 51-58.

³⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la simplificación de los

la defensa ³⁴¹. Este marco legal comunitario, establecido como medida para proteger el mercado interior (artículos 95 TCE y 114 TFUE) y con pocas referencias a la participación de una organización delictiva, ha sido adoptado fundamentalmente “con miras a apoyar la Europa del armamento y su base industrial y tecnológica y consolidar un mercado único de la defensa en exceso fragmentado” ³⁴².

A través de estas Directivas se pretende eliminar el carácter excepcional que el comercio de armamento había tenido hasta ese momento en el marco comunitario e integrar, progresivamente, esta esfera al mercado interior, creando un mercado europeo único de la defensa, en línea con los objetivos y funciones de la Agencia Europea de la Defensa ³⁴³. Asimismo, este marco legal instaura un verdadero régimen comunitario de adquisición y tenencia de armas, al armonizar las legislaciones nacionales en sus distintos aspectos, como, por ejemplo, para la autorización de las licencias de armas o los criterios que han de cumplir los distintos profesionales y particulares para la adquisición y tenencia de armamento de fuego, además de instar a los EEMM a establecer sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasivas”. Empero lo anterior, lo verdaderamente relevante del marco comunitario es la obligación que se establece para con las autoridades estatales de realizar controles de marcaje y el establecimiento y mantenimiento de un fichero informatizado nacional con los datos de las armas de fuego en sus respectivos territorios, con el fin de facilitar su localización y prevenir y luchar contra su tráfico ilícito dentro de la Unión. En los casos de violación grave de estas disposiciones, este marco prevé que los EEMM apliquen sanciones penales y el

términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 146*, de 10.6.2009, pp. 1-36; modificada por la Directiva 2010/80/UE de la Comisión, de 22 de noviembre de 2010, por la que se modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la lista de productos relacionados con la defensa (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 308*, de 24.11.2010, pp. 11-45.

³⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 216*, de 20.8.2009, pp. 76-136.

Entre sus disposiciones, el artículo 39 prevé la exclusión de contrato público a aquellas personas condenadas por participación en organización delictiva.

³⁴² GOFFINET, H.-L., « L'Union européenne et les armes légères. Une pluralité de politiques pour une problématique globale », *Les rapports du GRIP*, Núm. 2009/10, Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), Bruselas, 2009, p. 9 (traducción propia).

³⁴³ <http://www.eda.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

decomiso de las armas, de conformidad con lo estipulado en los artículos 5 y 6 del Protocolo ³⁴⁴.

En el apartado concreto de la exportación de armamento y munición y de otros productos relacionados con la defensa a terceros Estados, el marco establecido es radicalmente diferente, pues se basa en la aplicación de los criterios recogidos en la Posición común 2008/944/PESC relativa a la exportación de tecnología y equipos militares o *Código de Conducta* ³⁴⁵. El cumplimiento de estos criterios, no obstante, facultativo, afecta al correcto funcionamiento del mercado interior, al falsear indirectamente la competencia, y a la propia arquitectura de seguridad interior. En efecto, la transferencia de armamento y munición a terceros Estados, estando sujeta a la interpretación individual de los criterios del Código de Conducta, condiciona la necesaria confianza mutua para la transferencia de armamento y productos relacionados con la defensa en el seno del mercado europeo de la defensa. Sin embargo, esta discrecionalidad de las autoridades estatales de expedición de licencias de exportación queda exenta de sanción por parte de la Unión en caso de incumplimiento de dichas restricciones, por lo que la aplicación del Código de Conducta ha estado sujeta a la interpretación de las autoridades de expedición en cada caso, provocando una implementación irregular ³⁴⁶. Por su incidencia en el comercio ilícito de armamento,

³⁴⁴ El ámbito material de aplicación de la Directiva 2009/43/CE resulta, no obstante, más restringido que el del Protocolo, pues solamente se aplica al comercio legal de ciertos tipos de armas. Se excluyen, así, el comercio de armas de guerra o su colección, al armamento destinado a la caza o al tiro deportivo y las armas y munición de los cuerpos y fuerzas de seguridad. Asimismo, el marco establecido se limita al control de la libre circulación de las mismas dentro del mercado interior, dejando fuera de su ámbito material el control de la importación o exportación de armamento, regido por la Posición común 2008/944/PESC (*vid.* Nota siguiente). Además, a nivel de tipificación de determinadas conductas delictivas, la Directiva reenvía a la legislación estatal en la materia, sin instar a los EEMM a tipificar un determinado tipo de delito, contrariamente a otros instrumentos adoptados en el seno de la UE.

³⁴⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Posición común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, *Diario Oficial L 335*, de 13.12.2008, pp. 99-103. Adicionalmente, con carácter complementario, PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 258/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, *Diario Oficial L 94*, de 30.3.2012, pp. 1-15.

³⁴⁶ *Vid., inter alia*, AMNESTY INTERNATIONAL, *Undermining global security: The European Union's Arms Export*, Londres, 2004, disponible en www.amnesty.org [última consulta: 31.8.2015]; HOLTOM, P. y BROMLEY, M., "The limitations of European Union reports on arms exports: the case of Central Asia", *SIPRI Insights on Peace and Security*, Núm. 2010/5, septiembre de 2010; HUGHES, H., "Europe's deadly business", *Le Monde Diplomatique*, 2006; POITEVIN, C.,

puesto que la desviación del armamento objeto de comercio legal es su principal fuente de origen, es de especial relevancia el criterio número siete de la Posición común, que alerta de la posibilidad de que exista “riesgo de que la tecnología o el equipo militar se desvíen dentro del país comprador o se reexporten en condiciones no deseadas”. Dado que la Posición común se limita a solicitar una evaluación del riesgo de desvío del armamento a usuarios finales “no deseados”, citando expresamente a los grupos terroristas, la autoridad estatal competente dispone de cierta discrecionalidad para conceder o no la licencia de exportación, situación que repercute en el funcionamiento del mercado europeo de la defensa y, debido a los precedentes de falta de control o desvío por parte del destinatario pretendido por el Estado miembro en cuestión o de su uso indebido³⁴⁷, a la propia seguridad interior de la Unión. Con el fin de eliminar esta deficiencia del régimen exportador de la UE, en marzo de 2012 la Unión aprobó el Reglamento para reforzar el procedimiento de licencias y autorizaciones de exportación, importación y tránsito³⁴⁸, cuyas disposiciones están destinadas a incorporar en el marco interno los correspondientes preceptos del Protocolo a la Convención de Palermo en materia de falsificación y el comercio ilícito de armamento y municiones. La futura implementación en el ordenamiento interno de los EEMM del Tratado sobre el Comercio de Armas, adoptado finalmente en 2013³⁴⁹, deberá completar esta normativa

“European Union Initiatives to control Small Arms and Light Weapons: Towards a more coordinated approach”, *Non-Proliferation Papers*, Núm. 33, diciembre de 2013, disponible en: <http://www.nonproliferation.eu> [última consulta: 31.8.2015].

³⁴⁷ Muchos son los ejemplos que han mostrado las lagunas del sistema actual de exportación de armamento, especialmente visible en las revueltas de la “Primavera Árabe” y el uso indebido durante su represión o el desvío a las milicias en las guerras libia y siria. *Vid.*, VRANCKX, A., SLIJPER, F. y ISBISTER, R., *Lessons from MENA. Appraising EU Transfers of Military and Security Equipment to the Middle East and North Africa. A Contribution to the Review of the EU Common Position*, Academia Press, Gante, noviembre de 2011; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Deadly Movements. Transportation Controls in the Arms Trade Treaty*, Amnesty International Publications, Londres, julio de 2010; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Arms Transfers to the Middle East and North Africa. Lessons for an Effective Arms Trade Treaty*, Amnesty International Ltd., Londres, 2011.

³⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 258/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, *Diario Oficial L 94*, de 30.3.2012, pp. 1-15.

Sobre la cuestión del refuerzo del régimen de exportación, *vid.* POITEVIN, C., “Pour un meilleur contrôle de l’utilisation finale des exportations d’armes”, *Note d’Analyse*, GRIP, 29.6.2011.

³⁴⁹ NACIONES UNIDAS, *Tratado sobre el Comercio de Armas*, 2013, disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Tratado_sobre_Comercio_de_Armas.pdf [última consulta: 31.8.2015]. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión del Consejo 2013/269/PESC, de 27 de

comunitaria particularmente en materia de registros, corretaje y criterios de exportación, y evitar, en la medida de lo posible, la desviación de las transferencias de armamento y munición a usuarios finales no autorizados y, en último término, reducir el riesgo de que caigan en manos de los grupos delictivos organizados; una preocupación por la delgada línea entre comercio legal e ilícito que la Comisión ha mostrado recientemente y en la que ha fundamentado la necesidad de una política integrada de la Unión de cara a los próximos años ³⁵⁰ —incluyendo una incipiente vertiente exterior (*vid. infra*, Capítulo III)—, ya que, en general, a nivel internacional “los controles legales son débiles y las armas son demasiado fácilmente transferidas del comercio legal para alimentar los mercados negro y gris” ³⁵¹.

Igualmente recogido en la EES como amenaza a la seguridad interior de la UE relacionada con el COT —en particular, el tráfico ilícito de armamento (notablemente, armas ligeras y de pequeño calibre, ALPC) —, el comercio ilícito de “diamantes de conflicto” ³⁵² se encuentra recogido por este mismo tipo de disposiciones particulares respecto del mercado interior, esta vez regulado de acuerdo con el artículo 133 TCE (actual 207 TFUE). El marco aplicable al comercio de diamantes en la Unión está constituido por el Reglamento 2368/2002 y sus actos modificativos, que incorporan el sistema de certificación del Proceso Kimberley, estableciendo un sistema comunitario de legitimación y de controles de importación y de exportación de diamantes en bruto ³⁵³. Este sistema comunitario de certificación, que comprende a la Unión como “una

mayo de 2013, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Tratado sobre el Comercio de Armas, *Diario Oficial L 155*, de 7.6.2013, p. 9.

³⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Las armas de fuego y la seguridad interna de la UE: proteger a los ciudadanos e impedir el tráfico ilícito*, COM (2013) 716 final, Bruselas, 21.10.2013.

³⁵¹ MARSH, N., “Two Sides of the Same Coin? The Legal and Illegal Trade in Small Arms”, *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 9, Núm. 1, primavera de 2002, p. 226 (traducción propia).

³⁵² El Proceso de Kimberley deja fuera de su ámbito de aplicación los “diamantes de sangre”, conseguidos mediante la violación de los Derechos Humanos, y los “diamantes ilícitos”, de contrabando, exportados sin pagar los correspondientes derechos de aduana y otros derechos previstos. *Vid.*, DIAGO DIAGO, M. P., “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Núm. 1, marzo de 2009, pp. 72-91; MUGNIER, D., “Les diamants et les relations internationales illicites”, *La revue internationale et stratégique*, Núm. 43, otoño de 2011, pp. 64-72; PALACIÁN DE INZA, B., “Los diamantes de conflicto: el Proceso de Kimberley”, *Documentos de Análisis del IEEE*, Núm. 1/2011, de 10.1.2011, disponible en: <http://www.ieee.es> [última consulta: 31.8.2015].

³⁵³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, *Diario Oficial L 358*, de 31.12.2002, pp. 28-48; y sus Reglamentos modificativos; listado de legislación de implementación del Proceso Kimberley disponible en: http://eeas.europa.eu/blood_diamonds/docs/legislation_en.pdf [última consulta: 31.8.2015].

sola entidad sin fronteras interiores”, se basa esencialmente en la autorregulación de la industria y prohíbe la importación de diamantes en bruto si no reúnen todas las condiciones establecidas: *a)* que vayan acompañados de un certificado validado por una autoridad competente de un participante; *b)* que sean transportados en contenedores inviolables y los sellos aplicados en la exportación por el citado participante estén intactos; y *c)* que el certificado defina con claridad la remesa a la que se refiere (Art. 3 del Reglamento 2368/2002). En fin, la Unión se suma, así, a un importante movimiento internacional encaminado a regular el comercio internacional de diamantes liderado por el Consejo de Seguridad y numerosas oenegés con el fin de evitar que los beneficios obtenidos ilícitamente con la venta de “diamantes de conflicto” sirvan para financiar grupos rebeldes o conflictos armados y el florecimiento del comercio ilícito de armamento, en particular de ALPC, del que las principales beneficiarias son las organizaciones delictivas. No obstante, a pesar de su importancia, este esquema de certificación deja fuera los “diamantes ilícitos”; es decir, aquellos que son importados de contrabando sin pagar los derechos de aduana y otros correspondientes al traspaso de una frontera internacional. En consecuencia, un comercio ilegal mucho más amplio que el de los “diamantes de conflicto”, si bien claramente interrelacionados, que ha recibido igualmente escasa atención por parte de la UE. La existencia de este comercio ilícito, además de suponer un lucrativo negocio para los grupos delictivos organizados, contraviene directamente los principios del Proceso de Kimberley, al eludir el embargo oficialmente impuesto a las partes en conflicto o a los grupos rebeldes, permitiéndoles seguir financiando sus actividades. Por tanto, es esencial para la eficacia del control del comercio internacional de diamantes el compromiso de los Estados firmantes, del propio sector y de los consumidores y el papel de las aduanas. Precisamente, la cooperación entre los servicios aduaneros de los EEMM ha sido uno de los pocos sectores en los que la intervención de la Unión ha sido reforzada en los últimos años para evitar la inclusión en el mercado interior de diamantes ilícitamente traficados en el territorio comunitario o provenientes de zonas en conflicto que puedan ser parte de las actividades ilícitas de las organizaciones delictivas, pues, en términos generales, la UE se ha limitado a incorporar esta legislación internacional en el ordenamiento interno y dejar su efectiva puesta en práctica al propio sector y a las autoridades aduaneras y policiales estatales, obviando entrar en un terreno fuertemente condicionado por las

políticas exteriores de los EEMM y en el que la acción exterior de la UE se encuentra verdaderamente limitada por las circunstancias (políticas e institucionales) ambientales. En consecuencia, ni siquiera en documentos oficiales recientes que piden legislar en otros delitos “emergentes”³⁵⁴, las instituciones han propuesto profundizar el Derecho penal europeo en este ámbito o reflexionar sobre la conveniencia de elaborar una estrategia en este sentido, más allá de insistir en la necesidad de que la Unión lidere la lucha contra los “diamantes de conflicto” a nivel internacional y la efectiva implementación del sistema de certificación del Proceso de Kimberley, relegada a la autorregulación de la industria y el desarrollo de las políticas exteriores de los EEMM con intereses en la materia.

6. La represión de la trata de seres humanos: tras los pasos del Protocolo de la Convención de Palermo

Reprimir la trata de seres humanos ha sido una constante en la actividad de la Unión desde finales de la década de los 90 del siglo XX³⁵⁵, reconocida específicamente por el Tratado de Lisboa como área de relevancia en el adecuado desarrollo e implementación del ELSJ y actividad prohibida explícitamente por el artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE aneja al Tratado. Especialmente desde el Consejo Europeo de Tampere (1999), los esfuerzos de la UE se han centrado en castigar a quienes se enriquecen con el lucrativo negocio del tráfico ilegal de inmigrantes y la trata de seres humanos, las organizaciones delictivas. El *leitmotiv* de la intervención comunitaria ha sido, no obstante, “combatir” la criminalidad transfronteriza ligada a ambos fenómenos delictivos, considerándola un aspecto más de la gestión de los flujos migratorios, un sector fuertemente “securitizado” por el Derecho penal en la Unión.

³⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe Iacolino), A7-0307/2013.

³⁵⁵ Entre los instrumentos más relevantes para el desarrollo de la estrategia de la Unión contra la trata, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, *Diario Oficial L 63*, de 4.3.1997, pp. 2-6; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *Diario Oficial L 203*, 1.8.2002, pp. 1-4; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Lucha contra la trata de seres humanos y lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, COM (2000) 854 final, Bruselas, 22.12.2000; o los Programas de acción STOP y DAPHNE, entre otras medidas.

Este enfoque, excesivamente centrado en los aspectos de seguridad de este fenómeno delictivo, ha imposibilitado el establecimiento de un sistema de asistencia y de protección a las víctimas como debiera derivarse de su especial situación de vulnerabilidad y del hecho de que la trata de seres humanos es, en primer lugar, una violación de los Derechos humanos y no siempre una infracción de las leyes (de inmigración) del Estado.

La Convención de Palermo y, en particular, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que la complementa ³⁵⁶, han sido fuentes de inspiración de la Unión para regular la represión de la trata de seres humanos, conjuntamente con el correspondiente Convenio del Consejo de Europa ³⁵⁷. Esta normativa internacional ha servido para impulsar la revisión de la estrategia y el Derecho de la Unión en materia de lucha contra la trata, en particular respecto del amparo dado a las víctimas, actuación duramente criticada precisamente por su “desprotección” en el seno de la UE ³⁵⁸. Por todo ello, la Comisión intentó paliar este

³⁵⁶ ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, pp. 43-54.

Vid., para un análisis completo de sus disposiciones, GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*, 2005, disponible en www.globalrights.org [última consulta: 31.8.2015].

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2006/619/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial L 262*, de 22.09.2006, pp. 51-58.

³⁵⁷ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS Núm. 197, Varsovia, 16.5.2005.

El Convenio del Consejo de Europa es, sin embargo, mucho más ambicioso que el Protocolo a la Convención de Palermo en cuanto a su ámbito de aplicación y respecto de sus mecanismos de supervisión. Este instrumento se aplica “a todas las formas de trata de seres humanos, sean nacionales o transnacionales y estén o no vinculadas a la delincuencia organizada” (Art. 2), ampliando considerablemente el ámbito de aplicación del Protocolo de Naciones Unidas (Art. 4) y, como veremos, del marco de la propia UE. Además, a imagen del Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), el Convenio prevé la supervisión de su implementación por medio de un Grupo de expertos (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*, GRETA), encargado de emitir informes de evaluación y seguimiento de las normas adoptadas por los Estados miembros del Consejo de Europa en cumplimiento con las obligaciones derivadas de dicho Convenio.

³⁵⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 10, julio – diciembre, 2008, pp.231-274.

En general, la protección de las víctimas de las actividades delictivas del COT ha recibido escasa atención, representando, sin lugar a dudas, el punto débil de la respuesta de la UE, “hipercentrada” en el mantenimiento de la seguridad interior y del orden público europeo. Si bien la Decisión marco 2008/841/JAI [*Diario Oficial L 300*, de 11.11.2008, pp. 42-45] introduce una referencia a la víctima de las actividades criminales de las organizaciones delictivas —cuestión ausente en la Acción común de 1998— lo cierto es que, además de ambigua, dicha referencia resulta insuficiente en cuanto a su alcance y

desmesurado énfasis en la parte represiva de la trata de seres humanos en una Comunicación de 2005, promoviendo un “enfoque centrado en los derechos humanos”³⁵⁹ e integrando, en consonancia, otros aspectos de la lucha contra la trata relegados a un segundo plano en el marco comunitario anterior, principalmente en cuanto a la adecuada protección y asistencia a las víctimas y la prevención de este fenómeno delictivo. Fruto de ese renovado enfoque es el *Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla*³⁶⁰, además de la Directiva de 2011, que —si bien no resuelven todas las cuestiones pendientes— pretenden poner fin a esa obsesiva dimensión “securitaria” en la lucha contra la trata de seres humanos y ofrecer a las víctimas un nivel de protección y de asistencia más elevado, reconociendo expresamente la necesidad de evitar la “doble victimización” y la imprescindible asistencia a los grupos “especialmente vulnerables”³⁶¹. Sin embargo, la

eficacia. Así, en su artículo 8, la Decisión marco establece que los EEMM garantizarán que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos cometidos por las organizaciones delictivas no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de tales delitos.

Es precisamente esta gravedad de los delitos cometidos por estos grupos organizados la razón esgrimida por las instituciones europeas para establecer la arquitectura de seguridad interior de la UE y por la que la escasa atención prestada a las víctimas resulta tan desconcertante, al mismo tiempo, desde un punto de vista de los Derechos fundamentales y de la eficacia de la propia actuación policial y judicial, pues la colaboración de la víctima antes, durante y después del proceso judicial resulta imprescindible para su eficacia en la incriminación de los autores de los delitos y en el desmantelamiento de la organización, evitando la continuación de su actividad delictiva. Esta ausencia es especialmente relevante en la cuestión de las víctimas de la trata de seres humanos, ya que el Derecho de la UE equipara a víctimas y arrepentidos, obviando acordarles una protección particular independientemente de su colaboración con las autoridades antes y durante la investigación y, en su caso, consecuente proceso judicial.

Para un análisis en profundidad sobre la implementación del marco anterior, particularmente respecto del estatus de la víctima en los diferentes ordenamientos, *vid.* WEYEMBERGH, A. y SANTAMARIA, V., *The evaluation of European Criminal Law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2009. Respecto del marco actual, RUIZ DÍAZ, L. J., “La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos...”, *loc. cit.* en Nota 179.

³⁵⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Lucha contra la trata de seres humanos – enfoque integrado y propuestas para un plan de acción*, COM (2005) 514 final, Bruselas, 18.10.2005, p. 3.

³⁶⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla*, *Diario Oficial C 311*, 9.12.2005, pp. 1-12.

³⁶¹ Por la especial gravedad del delito y por la particular situación de vulnerabilidad de sus víctimas, únicamente se puede afirmar que la UE ha establecido un marco específico para la protección y asistencia de las víctimas de la actividad delictiva del COT en el caso de la trata de personas, con sus particularidades y más restringida que la norma correspondiente del Consejo de Europa. Este marco está comprendido por las normas específicas de atención a las víctimas de los delitos contempladas en la Directiva 2012/29/UE [*Diario Oficial L 315*, de 14.11.2012, pp. 57-73] y las disposiciones relativas a la protección de víctimas de la Directiva 2011/36/UE [*Diario Oficial L 101*, de 15.4.2011, pp. 1-11].

dimensión sancionadora sigue representando un elemento esencial en la respuesta de la Unión al fenómeno de la trata de seres humanos, a pesar de la aprobación de una estrategia para erradicar la trata supuestamente más global (2012-2016)³⁶², por lo que este fenómeno delictivo sigue siendo percibido por la UE como un elemento más de la política de inmigración —es decir, de la salvaguarda de los intereses de los Estados, no de la protección de los derechos de las víctimas—, con las negativas consecuencias que de ello se derivan, dado el sesgo penal con el que se ha abordado la inmigración ilegal en la Unión (*vid. infra*, apartado siguiente).

Tras una inusualmente extensa “exposición de motivos”, la Directiva de 2011³⁶³ amplía considerablemente el ámbito de intervención de la Unión en la lucha contra la

El primer instrumento, con un alcance general, pues abarca todas las víctimas (terrorismo, violencia de género, trata de seres humanos, delincuencia organizada, etc.), establece normas de carácter mínimo por las que las víctimas han de verse garantizado un estatuto particular dentro y fuera de la investigación y del proceso judicial, sujeto, no obstante, a las especificidades de los diferentes Derechos procesales penales estatales, que serán los que determinen el alcance real de las garantías particulares. Adicionalmente, la UE ha concedido una atención específica a las víctimas “especialmente vulnerables”, introduciendo unos procedimientos que los EEMM deben respetar para garantizar un adecuado nivel de protección en el proceso penal a las personas a las que se considera parten de una situación de desventaja o indefensión. De esta forma, las autoridades estatales estarán obligadas a prestar atención específica a las condiciones especiales de las víctimas, en particular en aquellos casos en los que “hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito.” (Art. 9, § 2). El trato específico defendido por la Directiva se refiere a la obligación para con las autoridades de garantizar especial protección en la toma de declaraciones y en la testificación de las víctimas vulnerables durante el proceso penal y de formar al personal que interviene en las actuaciones o que está en contacto con ellas (Arts. 23 y 25).

Por su parte, la Directiva de 2011 completa el margo general anterior. Por la especial vulnerabilidad de las víctimas de trata, los EEMM están obligados a prestarles asistencia y apoyo, desde el momento en que las autoridades estatales constaten su situación de víctima, así como a ofrecer medidas específicas de protección y asesoramiento jurídico durante el proceso judicial. Además, la iniciación de investigaciones no dependerá de la denuncia de la víctima y podrán acogerse a medidas especiales de protección de testigos o similares para evitar posibles represalias de sus tratantes. Asimismo, considera que la trata de personas constituye delito punible aún cuando el menor víctima no haya sido objeto de coacción o engaño para su captación, transporte y demás actos concretos de la trata, lo que representa una protección específica del menor diferenciada del régimen general aplicable a los adultos. *Vid.*, para un análisis más detallado, RUIZ DÍAZ, L. J., “La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos...”, *loc. cit.* en Nota 179.

³⁶² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)*, COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012.

A pesar de que la adopción de ambas Directivas representa un importante primer paso, este marco no aclara el tipo o la duración de la protección y de la asistencia a las víctimas, empero las diferencias entre los ordenamientos estatales. si bien queda prácticamente circunscrita al tiempo que dure la investigación y, en su caso, el proceso judicial contra el “infractor”. Además, en caso de situación irregular en el Estado miembro en el que se ha desarrollado la investigación y el proceso judicial, esta Directiva no aborda las condiciones de la residencia de las víctimas de delitos en el territorio de los EEMM, por lo que será de aplicación la normativa establecida al respecto.

³⁶³ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 101*, pp. 1-11.

trata de seres humanos, percibida a partes iguales un *delito grave* y una *grave violación de los derechos humanos*, adoptando así un enfoque “integrado, global y basado en los derechos humanos” (Considerando séptimo) a través del incipiente Derecho europeo penal que se irá difuminando a lo largo del texto conforme se proceda a la protección y asistencia prevista para las víctimas. Además de decretar unas normas mínimas acerca de la definición de las infracciones penales y de las sanciones similares a las previstas por el marco anterior, la principal novedad de la Directiva radica en el establecimiento de disposiciones comunes respecto a la perspectiva de género en la represión de la trata de seres humanos, distinguiendo en función del sexo de la víctima para garantizar una mejor prevención del delito y proporcionarles asistencia y protección adecuadas. Esta distinción está fundada en la creciente constatación de las distintas finalidades de la trata según sea para explotación sexual —siendo las mujeres y los menores las principales víctimas— o laboral —principalmente, varones³⁶⁴— y, si bien no lo indica claramente la Directiva, debería ser tenido en cuenta desde el momento mismo de la identificación y ser parte integrante de la formación del personal en contacto con las víctimas, especialmente en aquellos casos de explotación laboral, menos documentados y percibidos como tal³⁶⁵.

El fin último de la trata es, según la Directiva, la explotación de la víctima por parte de un tercero, ya sea sexual, laboral o de otro tipo, como la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos (Art. 2, § 3). Por ello, el ámbito material de la Directiva no se reduce solamente a la explotación laboral o sexual contenida en el marco anterior, sino que ofrece un concepto más amplio de *explotación*,

³⁶⁴ Vid., por ejemplo, ONUDD, *Trafficking in Persons; Analysis on Europe*, Viena, 2009; DEPARTMENT OF STATE – UNITED STATES OF AMERICA, *2015 Trafficking in Persons Report*, julio de 2015, disponible en: <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁶⁵ Los EEMM han destinado la mayor parte de sus (escasos) recursos a la protección de las mujeres víctimas de explotación sexual, obviando otros ámbitos de explotación, como la explotación laboral de mujeres en el ámbito doméstico o de hombres en la agricultura y la construcción, igualmente presente en la actualidad, a pesar de ser un tipo de trata menos conocida o presente en los medios de comunicación. Vid. CENTRE POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, *La traite et le trafic des être humains. Une apparence de légalité*, Informe anual 2009, disponible en: http://www.diversite.be/sites/default/files/legacy_files/rapport%20TEH%202009.pdf [última consulta: 31.8.2015]; THOMPSON, K., *A Summary of Challenges Facing Legal Responses to Human Trafficking for Labour Exploitation in the OSCE Region*, Occasional Paper Series, Núm. 1, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, 2006, Viena, p. 15, disponible en: <http://www.osce.org/cthb/24342> [última consulta: 31.8.2015]; AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union States' obligations and victims' rights*, Viena, 2015, disponible en: www.fra.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

incluyendo otros tipos de actividades delictivas, además de extender el campo de la explotación laboral al incluir expresamente la mendicidad forzada y las prácticas similares a la esclavitud, nuevas formas de explotación identificadas en el seno de la UE dentro de este amplio y complejo fenómeno delictivo. Además, la Directiva incorpora al marco europeo la definición de trata tal que contenida en los principales instrumentos internacionales, tanto en el Protocolo de Naciones Unidas como en el Convenio del Consejo de Europa. Así, los EEMM han de tipificar en sus respectivos ordenamientos las siguientes conductas delictivas, “cuando se comentan intencionadamente”:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia del control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otras persona, con el fin de explotarla. (Art. 2, § 1)

La Directiva especifica el carácter forzado e involuntario de la trata de personas, al establecer que las víctimas están en *situación de vulnerabilidad* puesto que no tienen “otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso” (Art. 2, § 2). Por ello, el consentimiento de la víctima no exime de responsabilidad a los tratantes, pues se presupone que no son libres de prestarlo en tal situación de vulnerabilidad (párrafo cuarto). Para los casos en los que las víctimas sean *niños* —es decir, menores de dieciocho años—, ni siquiera se prevé que se haya usado (o amenazado con usar) la fuerza o se haya producido un abuso de autoridad, puesto que se presupone que es un grupo *especialmente vulnerable* que precisa de protección específica (párrafo quinto). En realidad, la Directiva incorpora, tal cual, las definiciones recogidas en las letras *a)* y *b)* del artículo 3 del Protocolo de la Convención de Palermo, incluidas a su vez en el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa, añadiendo una definición de *situación de vulnerabilidad* recogida únicamente en este último. Sin embargo, su alcance puede resultar más reducido que la norma paneuropea, puesto que, al contrario que ésta, la Directiva no especifica que sea de aplicación a *todas las formas* de trata de seres humanos, independientemente de su elemento transnacional o su conexión con una organización delictiva (Art. 2 del Convenio del Consejo de Europa), mientras que sí se deja entrever en la normativa comunitaria al instar a los EEMM a emplear en la

investigación y represión de la trata los instrumentos de investigación y de enjuiciamiento de excepción utilizados contra el COT y otras formas graves de criminalidad (Art. 9, § 4).

En cuanto a las sanciones, que habrán de ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, la Directiva eleva considerablemente el nivel anterior, relacionando el nivel de penas con la gravedad de los delitos ³⁶⁶. Las penas privativas de libertad para las personas físicas habrán de ser “de una duración máxima de al menos cinco años” (Art. 4, § 1), cuando antes la Decisión marco se limitaba a contentarse con el establecimiento de sanciones penales “efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan ser causa de extradición” (*ex* Art. 3), en línea con los primeros instrumentos adoptados por el Derecho europeo penal. Por otra parte, la Directiva obliga a los EEMM a garantizar una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción: *a*) sea cometida contra una víctima particularmente vulnerable, incluyendo, como mínimo, a los menores de edad; *b*) cuando se cometan en el marco de una organización delictiva; *c*) cuando se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; o *d*) cuando se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves (Art. 4, § 2) y otras circunstancias agravantes en caso de infracciones cometidas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (párrafo tercero).

Por último, la Directiva prevé el embargo y decomiso de los instrumentos y productos de los delitos objeto de la misma (Art. 7, introducido en la negociación del texto y directamente relacionado con atajar el fin último de las organizaciones delictivas, el lucro) y unas disposiciones sobre competencia de los EEMM, en principio ³⁶⁷, más amplias y obligatorias que en la normativa anterior (Art. 10). Sin embargo, a

³⁶⁶ En este caso, como se recoge en el Considerando decimosegundo, correspondiente a los grados 3 y 4. *Vid.*, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Conclusiones del Consejo sobre el enfoque que debe seguirse para la aproximación de las penas, 9141/02, Bruselas, 27 de mayo de 2002.

³⁶⁷ Artículo 10

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cuando:

- a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o
- b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales.

2. Un Estado miembro informará a la Comisión cuando decida ampliar la competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cometidas fuera de su territorio entre otras cosas cuando:

- a) la infracción se haya cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

pesar de los avances impulsados por la Directiva, la UE sigue sin obligar a los EEMM a tipificar los delitos de *organización y dirección* para la comisión de las actividades criminales previstas, disposición recogida en el Protocolo de la Convención de Palermo (Art. 5, § 2.c). Tal y como sucede en el caso de la Decisión marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, la Unión ha optado por el silencio en el caso de reprimir la dirección y organización de la comisión de los delitos, una actuación que le valió en su día la crítica de la propia Comisión ³⁶⁸ y que sigue presente en la implementación de la política “común” de lucha contra el COT independientemente del delito tipificado por el Derecho penal de la UE.

7. La sanción de la ayuda a la inmigración ilegal y la residencia irregular, ¿lucha contra las organizaciones delictivas o contra el “indocumentado”?

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1.5.1999), la Unión se vio reconocida una competencia general sobre la gestión de los flujos migratorios, íntimamente ligada al primigenio objetivo comunitario de la libre circulación de personas y bajo el nuevo objetivo del establecimiento del ELSJ como medio para “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad” (*ex* Art. 29 TUE) ³⁶⁹. Dentro del

b) la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio;

c) el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio.”

Con el texto finalmente adoptado, se elimina la obligatoriedad —contenida en la anterior Decisión marco— de incluir competencia también en el caso de personas jurídicas arraigadas en su territorio, y se establece la posibilidad de ampliar la jurisdicción cuando un Estado miembro así lo decida, contrariamente a lo previsto en la propuesta de la Comisión. *Vid.*, COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI, 2010/0065 (COD) – COM (2010) 95 final*, Bruselas, 29.3.2010.

Siendo Eurojust competente para conocer de los casos de trata de seres humanos —siempre que afecte a dos o más EEMM—, puede resultar interesante observar su papel en la resolución de un conflicto de jurisdicción entre las partes implicadas o para solicitar la iniciación de una investigación, especialmente si las autoridades estatales aprovecharan las oportunidades abiertas con el Tratado de Lisboa de coordinación e iniciación de investigaciones. *Vid.* Art. 85, § 1 TFUE y la actual Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, *Diario Oficial L 138*, de 4.6.2009, pp. 14-32.

³⁶⁸ *Vid.* Nota 192.

³⁶⁹ Título IV, *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*, artículos 61 a 69 TCE.

Vid., para un mayor análisis del marco legal establecido conforme al Tratado de Ámsterdam, DARDENNE, E. y WEERTS, L., «La communitarisation de la politique d’immigration: déterritorialisation ou permanence des territoires?», MAGNETTE, P. y REMACLE, E., (Eds.), *Le nouveau modèle européen*, Vol. 2, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2000, pp. 15-27; VALLE GÁLVEZ, A. del, “La refundación de la libre circulación de personas...”, *loc. cit.* en Nota 93.

extinto pilar comunitario, la UE adoptó diversas medidas en el marco de la política de inmigración, tendentes a regular la entrada legal y las condiciones de residencia, así como los derechos sociales, laborales y familiares de los extranjeros en el ELSJ, al mismo tiempo que convino el marco aplicable al asilo. Sin embargo, lejos de alcanzar las expectativas creadas en cuanto a estándares de armonización y de protección de los derechos de los inmigrantes y refugiados en la Unión, ambos ámbitos no han perseguido grandes ambiciones en la implementación de los objetivos proclamados en el Consejo Europeo de Tampere (1999) ³⁷⁰. En particular este relativo incumplimiento de expectativas y de estándares internacionales se debe a que las políticas de inmigración y asilo “comunitarizadas” han estado excesivamente centradas en instaurar y desarrollar el marco legal y operacional destinado a gestionar y reprimir la inmigración irregular y fomentar la cooperación con terceros Estados para frenarla en origen, además de poner todo su énfasis en el refuerzo de las medidas de seguridad en las fronteras exteriores. Resulta evidente que este marco general ha estado profundamente marcado por una visión securitaria del fenómeno migratorio (legal e ilegal) ³⁷¹, criminalizándolo ³⁷² y perjudicando la protección de las personas traficadas ilegalmente en el territorio de los EEMM y, en su caso, explotadas por las organizaciones delictivas ³⁷³.

³⁷⁰ PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs...*, op. cit. en Nota 289, pp. 382-499 (“Chapter 6: Legal Migration”) y pp. 295-381 (“Chapter 5: Asylum”).

³⁷¹ “Como toda política de seguridad, la política europea de lucha contra la inmigración clandestina conlleva, en sí misma, las condiciones de su legitimación y de su reproducción [...]. Ella alimenta las inquietudes sociales y alimenta las “demandas de seguridad” que justifican el refuerzo de los dispositivos de control y vigilancia puestos en marcha en el marco comunitario [...]” DUEZ, D., *L’Union européenne et l’immigration clandestine...*, op. cit. en Nota 16, p. 236.

En el mismo sentido, DUEZ, D., «La politique d’asile et d’immigration dans l’Union européenne. Entre securitisation et désécuritisation des flux migratoires », MAGNETTE, P. (Ed.), *La Grande Europe*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2004, pp. 263-279 ; RUIZ DÍAZ, L. J., “Cooperation with Third Countries in Fighting Illegal Immigration...”, loc. cit. en Nota 90.

³⁷² CHOLEWINSKI, R., “The Criminalisation of Migration in EU Law...”, loc. cit. en Nota 90.

³⁷³ Los nacionales de terceros países víctimas de trata y/o de tráfico constituyen una categoría particular de grupo vulnerable, al encontrarse en una situación en la que se produce una concurrencia de causas de discriminación o inseguridad, derivada en la mayoría de los casos de su situación de inmigrante irregular en la UE, y que merecen especial asistencia por parte de las autoridades públicas y los servicios de atención social. Por este motivo, además de las medidas de protección específica para las víctimas de trata, los inmigrantes en situación irregular son objeto de atención particular por medio de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal [*Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, pp. 19-23]. Sin embargo, la concesión del permiso de residencia para nacionales de terceros Estados objeto de trata y/o tráfico ilegal dependerá de su colaboración, tras un “período de reflexión”, con las autoridades competentes antes y durante el procedimiento judicial, siempre y cuando su permanencia en el Estado miembro resulte “conveniente” para la investigación y proceso penal (Art. 8). Una vez finalizado, los EEMM podrán eliminar las medidas de asistencia y protección a las víctimas de trata e inmigrantes en situación irregular, procediendo a no renovar el

Esta visión securitaria de los fenómenos migratorios, incluida la trata de personas, ha afectado al marco legal destinado a gestionar la inmigración a nivel comunitario, optando por el recurso generalizado al Derecho penal para regular los flujos migratorios en lugar de simples sanciones administrativas o de expulsión reglada; un error, como afirmara Pérez Alonso:

Pensar [...] que el sistema penal es el instrumento más adecuado para el control de los flujos migratorios y la protección de los derechos de las personas traficadas es, cuando menos, una falacia, que puede terminar produciendo efectos contraproducentes.³⁷⁴

En el Tratado de Ámsterdam no encontramos, sin embargo, referencias expresas a la posibilidad de adoptar medidas para mejorar la cooperación penal o policial en este terreno bajo el extinto “tercer pilar”, por ejemplo a través de la aproximación de las legislaciones penales para reprimir la entrada o residencia ilegal de nacionales de terceros Estados; una facultad, no obstante, prevista específicamente para la trata de seres humanos (*ex* Art. 29 TUE). No será, pues, hasta la adopción de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere cuando la lucha contra el fenómeno de la inmigración ilegal pase a formar parte de la estrategia global de la Unión en el ámbito represivo, si bien utilizando las disposiciones destinadas específicamente a la adopción de las “medidas de acompañamiento directamente vinculadas con [la libre circulación] y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración” (Art. 61, letra *a*) TCE) y abordando indistintamente la trata de seres humanos y la inmigración irregular³⁷⁵. El objetivo último del Consejo era la persecución de aquellas

permiso si las autoridades considerasen que no se siguen cumpliendo los requisitos formales que dieron lugar a su expedición y aplicando la legislación de extranjería, lo que podría provocar la iniciación de un procedimiento de expulsión al país de origen del sujeto. No obstante, como recuerda la propia Comisión, la implementación de la Directiva está siendo insuficiente en todos sus aspectos, por lo que “no se está haciendo pleno uso del potencial de la Directiva para dismantlar redes de traficantes y proteger al mismo tiempo los derechos de las víctimas” [COM (2010) 493 final, Bruselas, 15.10.2010]. Las víctimas de trata de personas, asimismo, pueden ver recortada o finalizada la asistencia y protección ofrecidas por las autoridades correspondientes una vez finalizado el procedimiento judicial, con la (posible) excepción del régimen aplicable a los menores, que están igualmente protegidos en el marco de la Directiva de retorno [Art. 5, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 98-107].

³⁷⁴ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Tirant Monografías, Núm. 529, Valencia, 2008, p. 44.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 10-06, 2008, pp. 1-20.

³⁷⁵ “23. El Consejo Europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito. [...]

organizaciones delictivas que se lucran del tráfico de personas, bien explotando a los inmigrantes ilegales una vez en la Unión, bien proveyéndoles de los medios necesarios para la entrada o residencia ilegal en la Unión. Es decir, tras la decisión del Consejo Europeo encontramos la intención de reprimir la actividad de los grupos delictivos organizados implicados en proporcionar apoyo a la inmigración ilegal y punir igualmente a los agentes económicos que se lucran de su contratación ilegal; una intencionalidad compartida por la Comisión en sus *prioridades políticas*, adoptadas en 2006, relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y la posición mantenida por el Parlamento Europeo en repetidas ocasiones ³⁷⁶. Esta interpretación de las disposiciones del antiguo TUE es, empero, bastante amplia, en particular, si tenemos en cuenta la ausencia de competencia normativa penal comunitaria en la materia hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuyo artículo 83, § 2 TFUE sí recoge expresamente esta posibilidad.

Siguiendo el mandato dado por el Consejo Europeo y las *prioridades políticas* establecidas por la Comisión, el Consejo adoptó, en 2002, la Directiva relativa a la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares ³⁷⁷, conjuntamente con la Decisión marco

Los Estados miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y dismantlar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños.”

CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

³⁷⁶ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, Bruselas, 19.7.2006.

También se desprende de las enmiendas aportadas por el Parlamento Europeo a la iniciativa de la República Francesa [*Diario Oficial C 253*, de 4.9.2000, pp. 1-2], al incluir sanciones a los empleadores de inmigrantes ilegales o le fin lucrativo de las actividades ilícitas objeto de la Directiva, que finalmente no fueron retenidas en su totalidad por el Consejo. *Vid.*, PARLAMENTO EUROPEO, *Informe del Parlamento I. sobre la iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Directiva del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* (10675/2000 - C5-0427/2000 - 2000/0821(CNS)) y 2. *sobre la iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de la Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares* (10676/2000 - C5-0426/2000 - 2000/0820(CNS)) Final, A5-0315/2000, Bruselas, 25.10.2000.

³⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, *Diario Oficial L 328*, de 5.12.2002, pp. 17-18.

La Comisión tenía previsto presentar a inicios de 2015 una iniciativa legislativa para adaptar este marco al Tratado de Lisboa y unificar la represión del tráfico ilícito de inmigrantes en una única Directiva, atendiendo igualmente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien todavía no ha salido a la luz. Pueden encontrarse otros instrumentos legislativos relacionados con la política migratoria comunitaria y la represión del tráfico ilícito de inmigrantes en los siguientes enlaces: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/union_europea/directivas/Inmigracion/index.html y http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/irregular-migration-return-policy/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

destinada a reforzar la respuesta penal contra el tráfico ilícito de inmigrantes ³⁷⁸. El artículo 1 de la Directiva obliga a los EEMM a adoptar las “sanciones adecuadas” contra: *a)* la ayuda a la entrada ilegal o al tránsito; y *b)* la ayuda, con fines lucrativos, a permanecer ilegalmente en territorio de la Unión. La definición de la primera conducta resulta, no obstante, bastante amplia ³⁷⁹. La ayuda a la entrada irregular comprende, según la Directiva, todo tipo de actividad conducente a facilitar la entrada de un nacional de un tercer Estado de manera ilegal, sea ésta por motivos lucrativos o de carácter humanitario, además de la incitación, participación o tentativa para cometer tales delitos (Art. 2). Por lo tanto, yendo más allá de la tipificación del tráfico ilegal de personas por organizaciones criminales y del Protocolo de la Convención de Naciones Unidas al respecto ³⁸⁰, puesto que se sanciona la ayuda prestada independientemente de la implicación de una organización delictiva, como había sido mandado por el Consejo Europeo en Tampere. Para evitar una excesiva represión de la entrada ilegal, no obstante, el párrafo segundo posibilita que los EEMM decidan no imponer sanciones a la ayuda a la entrada ilegal por causas humanitarias, siempre quedando al arbitrio del legislador nacional la inaplicación de este tipo de medidas represivas ³⁸¹. Por otra parte,

³⁷⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares, *Diario Oficial L 328*, de 5.12.2002, pp. 1-3.

Esta Decisión Marco ha tenido escaso impacto en la legislación nacional, en ocasiones más restrictiva que la propia norma comunitaria. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión elaborado sobre la base del artículo 9 de la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, COM (2006) 770 final, Bruselas, 6.12.2006.

La Comisión se muestra crítica con la armonización conseguida con esta Decisión marco en su Informe [COM (2006) 770 final, Bruselas, 6.12.2006], pues considera que existen notables diferencias en cuanto al nivel de penas impuesto, incluyendo la ausencia de sanciones en el caso de personas jurídicas en tres EEMM (República Checa, Letonia y la República Eslovaca), y otros EEMM (pone los ejemplos de España y Países Bajos) no distinguían en el momento de adopción del informe la ayuda a la entrada ilegal de inmigrantes del fenómeno de la trata de seres humanos.

³⁷⁹ Artículo 1, § 1.a), sanciones contra:

“cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;”

Vid., para un análisis en detalle de las incongruencias del texto, WEYEMBERGH, A., “De certaines propositions visant à renforcer la lutte contre l’immigration irrégulière au sein de l’Union européenne”, *Revue des Droits des Étrangers*, Núm. 111, 2001, pp. 704-707.

³⁸⁰ Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ONUDD, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena-Nueva York, 2004, pp. 55-70.

³⁸¹ Se elimina, no obstante, la causa eximente en caso de lazos familiares entre las personas que ayuden a la entrada ilegal y quien(es) reciba(n) dicha ayuda, prevista en la propuesta de la República Francesa [*Diario Oficial C 253*, 4.9.2000, pp. 1-2].

sí se especifica el carácter lucrativo de la segunda conducta, la ayuda a permanecer de manera irregular en el territorio de la Unión. En este sentido, una Directiva de 2009 establece las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de inmigrantes ilegales ³⁸², como medio para evitar que se lucren de la situación irregular de los nacionales de terceros Estados y completar así este marco represivo. Dicha Directiva obliga a los EEMM no solamente a imponer sanciones fiscales o administrativas a las personas físicas que empleen a inmigrantes en situación irregular (inefectivas según la propia “exposición de motivos”), sino también sanciones penales “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (Art. 10), además de establecer la oportuna responsabilidad de las personas jurídicas y las correspondientes sanciones penales, similar a otros instrumentos de lucha contra el COT. Asimismo, en este marco represivo de la ayuda a la entrada ilegal, está igualmente prevista la adopción de sanciones pecuniarias para los transportistas que trasladen a la UE a nacionales de terceros Estados sin la correspondiente documentación y el retorno de aquellos que residan de manera irregular en el territorio de los EEMM ³⁸³, lo que exige la cooperación del sector privado en la regulación de los flujos migratorios, especialmente en materia de intercambio de información y datos con las autoridades aduaneras y policiales, pues son los agentes privados los principales proveedores de los datos de las bases comunes utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad estatales, convirtiendo al sector privado en partícipe directo de la implementación de la política “común” de lucha contra el COT.

Este marco legislativo general de lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes se completa con la Decisión marco que acompaña a la Directiva de 2002, modificada su

³⁸² PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial L 168*, de 30.6.2009, pp. 24-32.

³⁸³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, *Diario Oficial L 187*, de 10.7.2001, pp. 45-46; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva de retorno), *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 98-107.

Adicionalmente, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE*, COM (2014) 199 final, Bruselas, 28.3.2014.

Para un análisis de cómo ha afectado a la protección de los inmigrantes en situación irregular o entrados ilegalmente en la UE toda esta normativa, *vid.* EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union. Comparative Report*, Viena, 2011, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union> [última consulta: 31.8.2015].

base jurídica por el Tribunal de Justicia ³⁸⁴, y por el Código de visados ³⁸⁵. La DM obliga a los EEMM a tipificar como delitos las conductas de ayuda a la entrada ilegal y a la permanencia irregular y adoptar “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición” (Art. 1) —que pueden ser complementadas por sanciones estatales en aspectos concretos, como la falsificación de visados ³⁸⁶—, además de establecer una circunstancia agravante cuando la infracción sea “cometida como parte de las actividades de una organización delictiva” (párrafo tercero). Otras medidas complementarias, como la expulsión o la incautación del medio de transporte, también son objeto de la Decisión marco, imitando anteriores instrumentos adoptados contra el COT. Con el Tratado en vigor, este ámbito se supone uno de los espacios cubiertos por la previsión del artículo 83, § 2 TFUE, pues la Unión puede, justamente, adquirir competencias en el terreno penal para la protección de la efectiva implementación de sus competencias materiales o, en este caso, de la política de inmigración común. Por ello, es más que probable que se adopte una nueva iniciativa legislativa que aproveche la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la reciente disposición del TFUE, encaminada a aprovechar el panorama legal en vigor y reemplazar los instrumentos anteriores por un único documento que incluya tanto las definiciones de las conductas a tipificar como las sanciones (incluidas en el ámbito penal) aplicables en caso de violación de la normativa europea. Sin embargo, no es previsible un cambio de perspectiva en la gestión de los flujos migratorios, centrada actualmente en la represión de la inmigración ilegal o de la estancia irregular independientemente de si esta situación se produce de manera forzada o está implicada una organización delictiva, pues “la trata y el tráfico de seres humanos son todavía percibidos como una cuestión de protección de los Estados en lugar de a los individuos” ³⁸⁷. Este enfoque corrobora que la gestión de los flujos migratorios sigue siendo apreciada como elemento de la política de seguridad de la UE, primando el control de la

³⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, *Comisión contra Consejo*, *Diario Oficial C 315*, de 10.12.2005, p. 2.

³⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), *Diario Oficial L 243*, de 15.9.2009, pp. 1-58.

³⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de abril de 2012, Asunto C-83/12 PPU.

³⁸⁷ OBOKATA, T., ““Trafficking” and “Smuggling” of Human Beings in Europe: Protection of Individual Rights or States’ Interests?”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Núm. 5, 30 de noviembre de 2001, disponible en: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2001/issue5/obok5.html> [última consulta: 31.8.2015].

frontera sobre la protección de los Derechos humanos de los inmigrantes traficados ilegalmente en el territorio de los EEMM, en la mayoría de las ocasiones, en condiciones inhumanas. Esta tendencia a la securitización de la gestión migratoria tiene un efecto perverso: en lugar de acabar con la actividad delictiva de los grupos organizados, refuerza su posición en el tráfico de inmigrantes ilegales, pues cada día es más difícil arribar a las costas europeas, lo que repercute en una organización del trayecto más compleja, costosa y, por tanto, en “pasajes” más caros³⁸⁸.

8. *Ciberdelincuencia: la incursión de las organizaciones delictivas en el mundo virtual*

El rápido desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha ofrecido un sinnúmero de oportunidades de negocio y de gestión de los recursos para las empresas y la banca, a través del comercio electrónico, el *e-management* o el *home-banking*, así como nuevas formas de relacionarse en Internet o de disfrutar del tiempo libre. Sin embargo, al mismo tiempo, ha creado un nuevo escenario virtual para la comisión de delitos, tanto por personas de manera individual como por grupos organizados o terroristas, afectando negativamente al desarrollo e integridad de diferentes bienes jurídicos, como el patrimonio y la intimidad personal y familiar, o a la seguridad del comercio electrónico, de los equipos informáticos y de las comunicaciones, cuando no se utilizan directamente para atacar los sistemas de información del Estado. Así, han aparecido nuevos tipos de delitos y defraudaciones mediante el uso de Internet o contra las TIC, entre los cuales el acoso escolar (*bullying*), la adquisición de información de forma fraudulenta (*phishing*), ataques a la seguridad de las TIC (*hacking*) o quiebra de la seguridad de un sistema informático o de un sistema anticopia (*cracking*) y la explotación de la vulnerabilidad del software de los servidores (*pharming*), los fraudes en las apuestas en línea (*live betting*), o, incluso, los ciberataques a gran escala contra las infraestructuras críticas de información³⁸⁹. A estos

³⁸⁸ A este respecto, *vid.* VÉLEZ ALCALDE, F. J., “Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África...”, *loc. cit.* en Nota 180.

³⁸⁹ En cuanto a este último tipo de delitos, que no serán objeto de este apartado, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre protección de infraestructuras críticas de información - «Proteger Europa de ciberataques e interrupciones a gran escala: aumentar la preparación, seguridad y resistencia»*, COM (2009) 149 final, Bruselas, de 30.3.2009.

delitos hemos de añadir, igualmente, otras oportunidades de negocio ilícito, como la venta *online* de productos farmacéuticos falsificados o la publicación de contenidos ilegales, que afectan tanto a la seguridad y salud públicas como a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Además, quedan por resolver muchas cuestiones en torno a la efectiva protección de los datos personales introducidos en bases de diversa procedencia y con distinta finalidad; dudas técnicas y legales sobre la privacidad y seguridad de las redes sociales; o incertidumbres legales sobre el acceso de terceros a dichas bases de datos o la inspección de correos electrónicos privados por parte de empleadores. Las instituciones internacionales y nacionales han respondido a estas incertidumbres legales y delitos, caso por caso, en un terreno que avanza mucho más deprisa que el Derecho, en áreas de particular complejidad (legal y tecnológica) y especialmente cambiantes, dada la rapidez con la que aparecen nuevas TIC ³⁹⁰.

Asumiendo la normativa internacional y regional establecida por otros organismos para hacer frente a estos nuevos delitos e infracciones ³⁹¹, la UE ha adoptado varias medidas, con carácter sectorial, tanto desde el ámbito de la prevención como de la represión, principalmente basadas en la protección de los intereses financieros comunitarios y del mercado interior. Teniendo presente que la *delincuencia informática* no ha sido un ámbito recogido entre las disposiciones de la CPJP hasta su inclusión en el actual artículo 83 TFUE, la Unión ha planteado la cuestión, esencialmente, como un aspecto más de la protección de los intereses financieros

³⁹⁰ *Vid.*, para un análisis general, GERCKE, M., “Europe’s legal approaches to cybercrime”, *Europäische Rechts Akademie (ERA) Forum (2009)*, Núm. 10, Springer, septiembre de 2009, pp. 409-420; GILMOUR, S., “Policing Crime and Terrorism in Cyberspace: An Overview”, *The European Review of Organised Crime*, Vol. 1, Núm. 1, 2014, pp. 143-159; IFRAH, L., *Cybercrime: Current Threats and Trends*, Discussion Paper, Economic Crime Division, Council of Europe, 13.3.2008, disponible en: <http://www.coe.int/fr/web/cybercrime/home> [última consulta: 31.8.2015]; RUEDA MARTÍN, M. Á., “Los ataques contra los sistemas informáticos: conducta de hacking. cuestiones político-criminales”, *Revista Jurídica*, Edición 26, 2009, disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/> [última consulta: 31.8.2015].

Con carácter general sobre la ciberseguridad, *vid.* INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, “Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio”, *Cuadernos de Estrategia*, Núm. 149, Ministerio de Defensa, Madrid, diciembre de 2010; EUROPOL, *Threat Assessment (Abridged). Internet Facilitated Organized Crime (iOCTA)*, disponible en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

³⁹¹ Por su importancia para Europa y los numerosos Estados terceros firmantes, *vid.* CONSEJO DE EUROPA, *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (ETS 185), Budapest, abierto a firma el 23.11.2001 y en vigor desde el 1 de julio de 2004.

Igualmente, Protocolo adicional a la Convención sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos (ETS 189), Estrasburgo, de 28.1.2003. Para más información: www.conventions.coe.int [última consulta: 31.8.2015].

comunitarios frente al uso de las TIC como medio para la falsificación del euro y otros medios de pago y de otros productos u otras defraudaciones a través de Internet, así como, con carácter general, de la protección del mercado interior (Art. 114 TFUE, *ex* 95 TCE). En este sentido, en 2004, estableció la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, reformada en 2013 por un nuevo Reglamento ³⁹², para “contribuir a un nivel elevado de seguridad de la información [...] y a fin de sensibilizar a la sociedad y desarrollar y promover en ella una cultura de la seguridad de las redes y de la información en beneficio de los ciudadanos, los consumidores, las empresas y las organizaciones del sector público de la Unión, contribuyendo así a la realización y al correcto funcionamiento del mercado interior”, si bien carente de competencias en otras áreas relacionadas con la seguridad pública y defensa de los EEMM, así como de las “actividades del Estado en ámbitos del Derecho penal” (Art. 1 del Reglamento de la Agencia), por tanto, fuera de los ámbitos cubiertos por el ELSJ. Conjuntamente con la Agencia, la Unión ha desarrollado una estrategia para una sociedad de la información segura ³⁹³ y un marco jurídico regulador de las comunicaciones electrónicas bastante amplio ³⁹⁴, con el objetivo de mejorar el acceso y la seguridad de las redes en el mercado interior, en particular respecto de la protección de datos de los consumidores y usuarios de las TIC, dentro del marco general de la

³⁹² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento 526/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo a la Agencia de Seguridad de las Redes de la Información de la Unión Europea (ENISA) y por el que se deroga el Reglamento 460/2004, *Diario Oficial L 165*, de 18.6.2013, pp. 41-58.

Entre las funciones de este órgano asesor está el prestar asistencia a los EEMM y a la Comisión, además de cooperar con el sector privado, para el establecimiento y desarrollo de normas comunitarias, apoyar la creación de capacidades y para que se cumplan los requisitos en materia de seguridad de las redes y de la información, facilitando así el correcto funcionamiento del mercado interior y la confianza de los consumidores. Igualmente, podrá emitir recomendaciones sobre la seguridad de la red a la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, según el Reglamento de esta última [, Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *Diario Oficial L 180*, de 23 de junio de 2013, pp. 1-30].

³⁹³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 22 de marzo de 2007, sobre una estrategia para una sociedad de la información segura en Europa, 24.3.2007, *Diario Oficial C 68*, pp. 1-4.

³⁹⁴ Puede consultarse el siguiente enlace para obtener más información: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/trust-and-security> [última consulta: 31.8.2015].

En este estudio, no pretendemos ser exhaustivos en el análisis de los instrumentos legales adoptados en el seno de la Unión relativos a la protección de datos, del comercio electrónico y de los sistemas de pago o de la regulación de los derechos de autor y otros derechos afines. Por el contrario, nos referimos únicamente a aquellos aspectos ligados a la prevención y lucha contra el COT en el seno de la arquitectura de seguridad interior de la UE.

liberalización del sector de las telecomunicaciones y de la promoción de una *sociedad de la información europea*.

Estrictamente en el terreno de la CPJP y en relación con la política “común” de lucha contra el COT, el Consejo adoptó en 2013 la Directiva relativa a los ataques contra los sistemas de información, con un alcance claramente más amplio que el marco anterior ³⁹⁵. Con el objetivo último de evitar que las TIC sean utilizadas fraudulentamente por la delincuencia organizada o los grupos terroristas, la Directiva proyecta que los EEMM tipifiquen como delitos tres tipos de conductas relativas a los ataques contra los sistemas de información, cuando sean cometidos intencionalmente y en ausencia de autorización, por orden de gravedad: *a*) el acceso ilegal a un sistema de información (Art. 3); *b*) interferencia ilegal en los sistemas de información (Art. 4); y, *c*) interferencia ilegal en los datos (Art. 5). Adicionalmente, como en anteriores instrumentos contra el COT, los EEMM han de tipificar la inducción, la complicidad o la tentativa de cometer estos delitos (Art. 8) y la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para sancionar penalmente la producción intencional, venta, adquisición para su uso o distribución de programas informáticos y contraseñas para cometer este tipo de delitos (Art. 7). La Directiva establece, además, agravantes para cuando los daños causados sean de mayor gravedad, se cometan contra el sistema de información de una infraestructura crítica o los delitos se produzcan en el marco de una organización delictiva (Art. 9, § 4). Por último, también se reproduce el modelo de declaración de responsabilidad respecto de las personas jurídicas establecido en anteriores instrumentos y los tradicionales criterios de competencia jurisdiccional de los EEMM. Por todo ello, fruto de la nueva competencia de la UE para abordar la delincuencia informática en su multitud de manifestaciones delictivas tras su inclusión en el artículo 83 TFUE, por

³⁹⁵ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 218*, de 14.8.2013, pp. 8-14.

La base jurídica escogida para la adopción de la anterior Decisión marco [*Diario Oficial L 69*, de 16.3.2005, pp. 67-71] indicaba la complejidad de la asunción de competencias en este ámbito, puesto que este instrumento aludía, al mismo tiempo, a los artículos 29 (objetivo de ofrecer seguridad en el ELSJ), 30, § 1.a (cooperación policial operativa), 31, § 1.e (adopción de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos en los ámbitos de la delincuencia organizada) y 34, § 2.b. (decisiones marco para la aproximación de legislaciones) *ex* TUE, mientras que, en función del actual marco legislativo, se hace uso del artículo 83 TFUE. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esta Directiva alude únicamente al artículo 83 TFUE, que, a diferencia de los anteriores tratados, incluye expresamente entre los ámbitos de armonización objeto de las Directivas la lucha contra la delincuencia informática.

medio de esta Directiva se incorporan finalmente en el marco interno de la Unión algunas actividades delictivas tipificadas por el Derecho convencional del Consejo de Europa ³⁹⁶.

Progresivamente, la Unión ha completado este marco en otros ámbitos relacionados con la delincuencia informática, intentando incorporar al marco legal interno niveles similares a los recogidos por la normativa internacional y paneuropea, no solamente atentatorios contra los intereses financieros de la Comunidad ³⁹⁷, sino también aquellos relacionados con la ilegalidad del contenido o que quebrantan los Derechos fundamentales de la persona, como la intimidad e identidad personal, la protección de datos personales o del patrimonio. En particular, la intervención de la Unión ha estado centrada en dos ámbitos bien distintos: por un lado, se ha querido proteger a la infancia de la nueva delincuencia informática y de las tradicionales organizaciones delictivas que utilizan las TIC para cometer delitos relacionados con la pornografía y la explotación sexual de menores; por otro, se ha buscado la incorporación de otras medidas de armonización de la protección de los derechos de propiedad intelectual ante la falsificación y la piratería, como elemento esencial para la protección del mercado interior frente a las actividades ilícitas de las organizaciones delictivas.

Además del marco relativo a la trata de seres humanos, que incluye entre sus disposiciones la lucha contra explotación sexual de los menores en todas sus formas y su consideración como víctimas especialmente vulnerables, el enfoque penal específico de la protección del menor ante la delincuencia informática viene recogido en la

³⁹⁶ Con la Decisión marco anterior las disposiciones adoptadas en el seno de la Unión resultaban bastante más limitadas y sectoriales que las acordadas a nivel paneuropeo. Por ejemplo, no se contemplaba la tipificación de los ataques a la integridad de los datos o del sistema, recogidos en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, ni los delitos relativos al abuso de los dispositivos. No obstante, la Directiva sigue sin abarcar los delitos de pornografía infantil u otros delitos relacionados con el contenido —principalmente, los delitos contra la propiedad intelectual o la pornografía infantil—, sino en instrumentos separados. Igual ocurre con el Convenio relativo a la protección de los menores contra la explotación sexual y los abusos (CETS Núm. 201, Lanzarote, 25.10.2007), a pesar de los avances incorporados al Derecho europeo por la nueva Directiva en esta materia (*vid.* Nota 395).

³⁹⁷ En la Decisión marco 2001/413/JAI [*Diario Oficial L 149*, de 2.6.2001, pp. 1-4] se obliga a los EEMM a adoptar medidas para tipificar como delitos penales la posesión de programas informáticos para la comisión de los delitos de fraude y falsificación o de otros delitos informáticos enumerados en su artículo 3, completado así las disposiciones relativas de la presente Directiva sobre los ataques a los sistemas de información.

Directiva sobre explotación sexual de menores y la pornografía infantil, de 2011 ³⁹⁸. Este texto busca mejorar la cooperación policial y judicial a nivel de la Unión mediante la aproximación de las legislaciones penales en materia de definiciones, delitos tipificados, sanciones, circunstancias agravantes, protección de las víctimas y reglas de jurisdicción, siguiendo las pautas de otros instrumentos vistos anteriormente. Así, establece la obligatoriedad de tipificar determinadas actividades delictivas relacionadas con la explotación sexual de los menores y los delitos relacionados con la pornografía infantil, como la producción, difusión, ofrecimiento o facilitación, distribución y adquisición o posesión de pornografía infantil; es decir, el marco europeo obliga a tipificar y sancionar tanto la pedofilia como la pederastia, así como el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, los abusos sexuales, las páginas *web* con contenido pornográfico infantil y la publicidad relativa al “turismo sexual infantil”, novedades respecto del marco anterior ³⁹⁹. Asimismo, esta Directiva incorpora al ordenamiento comunitario circunstancias agravantes —entre ellas, la comisión del delito en el seno de una organización delictiva (Art. 9.d) — que dan lugar a sanciones adicionales, como, por ejemplo, la inhabilitación para el ejercicio de profesiones vinculadas con el cuidado de menores (Art. 10). Como en el caso de la trata y de otras víctimas en el procedimiento penal, los menores (y, cuando resulte necesario y apropiado, sus familiares) disfrutan de un estatuto particular y han de recibir especial atención, al mismo tiempo que la Directiva determina que las investigaciones y enjuiciamientos no han de estar sujetos a la previa denuncia o acusación de la víctima

³⁹⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 335*, de 17.12.2011, pp. 1-14.

[Corrección de errores de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 18*, de 21.1.2012, p. 7]

También existe un régimen especial de protección de los menores en Internet y de prevención del acoso a través de sistemas informáticos o de otro tipo (por ejemplo, por medio de mensajes de texto), tanto por parte de adultos como menores. Dicho régimen establece la protección de datos, de la intimidad y la responsabilidad de los proveedores de servicios. *Vid.*, entre otras medidas específicas relacionadas con este régimen especial de protección ante los riesgos de Internet, PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 118-127.

³⁹⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, *Diario Oficial L 13*, de 20.1.2004, pp. 44-48.

(Art. 15) o, con carácter opcional, el no enjuiciamiento ni imposición de penas a los menores víctimas que se hayan visto obligadas a cometer actividades delictivas como consecuencia de los delitos tipificados con arreglo a esta Directiva (Art. 14). Dada la situación de especial vulnerabilidad de los menores, su consentimiento no exime de la responsabilidad penal de las personas físicas o jurídicas y toda circunstancia eximente ha de ser interpretada restrictivamente ⁴⁰⁰.

Por último, a la salvaguarda de los Derechos fundamentales de las personas contra la comisión de determinados delitos informáticos relacionados con el racismo y la xenofobia (por ejemplo, el *hackeo* de páginas *web* para la difusión de contenidos racistas o xenófobos ⁴⁰¹), se suman otras iniciativas de la Unión para luchar contra la delincuencia informática que van mucho más allá de lo estrictamente relacionado con las organizaciones delictivas, aunque hayan sido justificadas por el Consejo para tales fines, como es la cuestión de la protección de los derechos de propiedad intelectual, aunando en un mismo debate argumentos, cuando menos, de dudosa rigurosidad ⁴⁰². En los últimos años, la Unión ha debatido ampliamente sobre el uso de las plataformas

⁴⁰⁰ Artículo 8

“Actos de carácter sexual consentidos

1. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4 [presencia de actos sexuales, sin participación del menor, y actos de carácter sexual con menores], será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos.

2. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si artículo 4, apartado 4 [asistencia a espectáculos pornográficos con menores, a sabiendas], será aplicable a un espectáculo pornográfico que tenga lugar en el contexto de una relación consentida cuando el menor haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación y que no medie dinero u otras formas de remuneración o contraprestación a cambio del espectáculo pornográfico.

3. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 5, apartados 2 y 6 [adquisición y posesión de pornografía infantil y producción de pornografía infantil], será aplicable a la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos.”

Sin embargo, la edad del consentimiento del menor para establecer relaciones sexuales varía de un Estado miembro a otro, no siendo necesariamente coincidente con los dieciocho años o con la edad por la que un menor se considera responde penalmente de sus actos.

⁴⁰¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *Diario Oficial L 328*, de 6.12.2008, pp. 55-58.

⁴⁰² Uno de los ejemplos más recientes ha sido la discusión en el seno del Consejo de la adopción de medidas penales en ámbitos tan dispares como la represión de la pornografía infantil o la difusión de mensajes racistas o xenófobos a través de Internet y la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a ataques “que pone[n] en peligro la actividad creadora”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *¿Cómo combatir las violaciones de la propiedad intelectual y los contenidos xenófobos y racistas y de pornografía infantil en internet?*, 6692/10, DROIPEN 16, Bruselas, 19.2.2010, p. 2.

peer-to-peer (P2P) como posible “instrumento delictivo” y de otras TIC para la violación de los derechos de propiedad intelectual y ha planteado la protección efectiva en el seno de la UE de los derechos de autor y otros derechos afines, relativamente homogéneos tras la intervención comunitaria justificada para la salvaguarda del correcto funcionamiento del mercado interior⁴⁰³. Por último, la Unión también ha establecido un marco legal general para la protección de la propiedad intelectual por medio de sanciones civiles y administrativas, por ejemplo contra la falsificación y la piratería de determinados productos, complementario a las medidas contra el fraude⁴⁰⁴, incluyendo propuestas desde el Derecho penal finalmente desechadas⁴⁰⁵, cuando dichas infracciones sean cometidas con fines comerciales. Puesto que, a la hora de aprobar el actual marco legal (civil), no se tuvo en cuenta “el aumento excepcional de las oportunidades de infringir estos derechos que ofrece Internet”, la Comisión lanzó en diciembre de 2010 un período de de consulta pública para pedir la opinión de otras instituciones europeas, EEMM y agentes privados y adoptar una normativa más acorde con los últimos avances tecnológicos y la inclusión de otras cuestiones pertinentes⁴⁰⁶. Sin embargo, otras defraudaciones a través de las TIC, relacionadas directa o indirectamente con las organizaciones delictivas, como el fraude informático, el robo de

⁴⁰³ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *Diario Oficial L 167*, de 22.06.2001, pp. 10-19.

Esta Directiva obliga a establecer las sanciones y medidas preventivas para crear un marco jurídico de protección de los derechos de autor y otros afines ante cualquier violación, especialmente frente a uso indebido mediante “medidas tecnológicas”, regulando los derechos de reproducción, comunicación al público y de distribución de sus obras, así como las excepciones y limitaciones.

⁴⁰⁴ Entre otras medidas, PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 157*, de 30.4.2004, pp. 45-86; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, *Diario Oficial L 111*, de 5.5.2009, pp. 16-22; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo, de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior, *Diario Oficial C 56*, de 6.3.2010, pp. 1-4.

⁴⁰⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*, COM (2006) 168 final - COD 2005/0127, Bruselas, 26.4.2006; y la *Propuesta de decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual*, COM (2005) 276 final - COD 2005/0128, Bruselas, 12.7.2005 [retirada por la Comisión, *Diario Oficial C 71*, de 25.3.2009, pp. 17-18].

⁴⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, COM (2010) 779 final, Bruselas, 22.12.2010, p. 2.

identidad y otros abusos, presentes en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, no han recibido la misma atención en el marco comunitario, claramente más restrictivo que en el seno de la Organización paneuropea. Posiblemente, dado el carácter expansivo de la actividad de la Comisión en Asuntos de Interior y el impulso que, sin duda, dará el Centro Europeo del Cibercrimen, creado en el seno de Europol⁴⁰⁷, la UE cubra las lagunas identificadas en muchos sectores de la delincuencia informática, guiada por la *Estrategia de ciberseguridad* adoptada en febrero de 2013⁴⁰⁸.

9. La lucha contra la piratería marítima, ¿un nuevo subtipo de delincuencia organizada?

En los últimos años, los actos de piratería y “robo a mano armada”, en particular frente a las costas de Somalia, han sido objeto de una especial atención por parte de la Comunidad Internacional⁴⁰⁹. Como analizamos en el primer Capítulo, nos encontramos ante una nueva dimensión de una vieja amenaza a la seguridad internacional, reconocida por la propia EES y el IAEES como un aspecto del COT, y frente a la que la Unión ha ejercido un importante liderazgo, principalmente, a través de la *Operación Atalanta* y la misión de entrenamiento de las fuerzas de seguridad somalíes en Uganda, en el marco de la PCSD⁴¹⁰. Sin embargo, los últimos acontecimientos y la búsqueda de una respuesta coordinada a nivel internacional, con la propuesta de crear un Tribunal especializado, junto al tímido desarrollo del marco comunitario, hace pensar en un “deslizamiento” gradual de este tipo de delitos hacia un ámbito represivo más próximo a la cobertura de los delitos competencia del Tribunal Penal Internacional como se ha promovido para el caso del terrorismo internacional⁴¹¹. Por ello, el carácter de la lucha

⁴⁰⁷ <https://www.europol.europa.eu/ec3> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE DE LA UE PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: un ciberespacio abierto, protegido y seguro*, JOIN (2013) 1 final, Bruselas, 7.2.2013.

⁴⁰⁹ BACAS FERNÁNDEZ, J. R., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 2009; JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional”, *ARI*, Núm. 61, febrero de 2009, pp. 16-19; TREVES, T., “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, Núm. 2, 2009, 399-414; TREVIÑO RUIZ, J. M., “La seguridad marítima y la piratería”, *ARI*, Núm.51, 2010, de 17.3.2010.

⁴¹⁰ Para más información, puede consultarse el siguiente enlace de las misiones y operaciones de la PCSD: <http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴¹¹ *Vid.*, por ejemplo, DUTTON, Y. M., “Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *One Earth Future Foundation Discussion*

contra la piratería marítima ha adquirido, progresivamente, un matiz más próximo al Derecho internacional penal que a los delitos transnacionales cubiertos por el Derecho transnacional penal, al mismo tiempo que la respuesta de la Unión ante este crimen transfronterizo ha estado centrada, esencialmente, en desarrollar iniciativas bajo el “paraguas” de la PCSD; un instrumento de la acción exterior europea que la lógica securitaria envolvente ha puesto al servicio de la arquitectura de seguridad interior, como analizaremos con mayor detalle en el próximo Capítulo, y, en particular, como un instrumento más de la implementación de la vertiente exterior de la política “común” contra el COT.

En el ámbito específico comunitario y, aunque con carácter general, en el marco del ELSJ, los actos de piratería y “robo a mano armada” han encontrado una tímida respuesta en el terreno de la *política marítima integrada* (PMI)⁴¹². La protección de la seguridad marítima, entendida en sentido amplio, se plantea como uno de los ejes centrales de la PMI, planteada por la Comisión por primera vez en octubre de 2007, junto a la respuesta comunitaria a otros desafíos relacionados, tal que las consecuencias negativas relativas al cambio climático y la degradación del medio ambiente marino, la protección de los recursos y la seguridad y sostenibilidad energéticas. En cuanto a la represión de este fenómeno delictivo, la Unión se ha mostrado cauta a la hora de trasponer internamente el Derecho internacional en materia de piratería, aunque sí ha instado activamente a los EEMM a que ratifiquen los Convenios internacionales

Paper, febrero de 2010, disponible en: <http://oneearthfuture.org/research/publications/bringing-pirates-justice-case-including-piracy-within-jurisdiction> [última consulta: 31.8.2015]; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *ARI*, Núm. 73, de 8.5.2009; SECRETARIO GENERAL, *Informe del Secretario General sobre las posibles opciones para lograr el objetivo de enjuiciar y encarcelar a las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia, incluidas, en particular, opciones para crear salas nacionales especiales, posiblemente con componentes internacionales, un tribunal regional o un tribunal internacional, y las correspondientes disposiciones en materia de encarcelamiento, teniendo en cuenta la labor del Grupo de Contacto sobre la piratería frente a las costas de Somalia, la práctica vigente sobre el establecimiento de tribunales internacionales y mixtos, y el tiempo y los recursos necesarios para obtener resultados sustantivos y mantenerlos*, S/2010/394, de 26 de julio de 2010.

⁴¹² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una política marítima integrada para la Unión Europea*, COM (2007) 575 final, Bruselas, 10.10.2007.

Tanto la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación [*Diario Oficial C 279 E*, de 19.11.2009, pp. 30-35], como la posterior Comunicación de la Comisión *Desarrollo de la dimensión internacional de la Política Marítima Integrada de la Unión Europea* [COM (2009) 536 final Bruselas, 15.10.2009] abordan expresamente la piratería y los robos a mano armada como un desafío a la seguridad marítima y al comercio internacional.

correspondientes e integren sus disposiciones en sus respectivos ordenamientos estatales para perseguir los delitos de piratería o robo a mano armada ⁴¹³, además de intensificar los esfuerzos para prevenir y luchar contra la delincuencia organizada, beneficiaria de estas acciones delictivas, particularmente en el ámbito del tráfico ilícito de ALPC ⁴¹⁴.

Ante la ausencia de un pabellón comunitario o de una efectiva protección diplomática europea, la sanción de los actos cometidos por los piratas somalíes ha correspondido a cada Estado miembro afectado de manera individual. Si bien ha sido de aplicación el estatuto jurídico tradicional de protección pasiva de los nacionales, responsabilizándose directamente cada Estado miembro de la salvaguarda de sus propios intereses, en 2009 la Unión acordó con Kenia el enjuiciamiento en dicho país de los piratas somalíes capturados por naves de los EEMM ⁴¹⁵. Este particular “acuerdo”, al que se le han sumado otros con las islas Mauricio y las Seychelles ⁴¹⁶, permite que aquellos EEMM que, en el transcurso de la *Operación Atalanta*, apresen a sospechosos de haber cometido estos delitos los entreguen a Kenia para su enjuiciamiento. Prácticamente todos los EEMM han recurrido a esta opción, ante las dificultades (logísticas y legales) de incoar un proceso en su territorio por actos delictivos cometidos a miles de kilómetros. En España, por ejemplo, hasta la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 5/2010, no existía tipificación penal del delito de piratería, si bien los tribunales españoles tenían reconocida dicha capacidad por medio del artículo 23, § 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; cuestión, empero, criticada desde la doctrina ⁴¹⁷. Sin embargo, no se previeron suficientemente las consecuencias de este “acuerdo”, puesto que Kenia encontró numerosas dificultades debido al “éxito” de las diferentes iniciativas internacionales para acabar con la piratería

⁴¹³ El delito de piratería ha sido recientemente incluido en el Código Penal español (Art. 616 *ter* y *quáter*), tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010 (*vid.* Nota 124).

⁴¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2008, sobre los actos de piratería en el mar, *Diario Oficial C 15 E*, de 21.12.2010, pp. 61-64, en particular los puntos 9, 12, 20 y 22.

⁴¹⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa al Canje de Notas entre la Unión Europea y Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega, *Diario Oficial L 79*, de 25.3.2009, pp. 47-59.

⁴¹⁶ Pueden consultarse los diferentes acuerdos en el siguiente enlace: http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eu-navfor-somalia/background-material/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴¹⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La represión del crimen internacional de piratería...”, *loc. cit.* en Nota 411.

en la región y sus escasos recursos administrativos y humanos para enjuiciarlos en su territorio. Ante la sensación de abandono por parte de la Comunidad Internacional y de la propia UE, el país invocó su finalización el 4 de octubre de 2010, incapaz de proceder a su renovación, por lo que en la actualidad se transfieren caso por caso ⁴¹⁸.

En realidad, en el planteamiento comunitario nos hemos encontrado tradicionalmente ante una respuesta propia del Derecho internacional clásico que solamente en el último lustro parece cambiar de signo y apostar tímidamente por una respuesta europea. La Unión no ha mostrado un particular interés en incorporar la lucha contra la piratería como uno de los ámbitos de actuación dentro de la arquitectura de seguridad interior de la UE y, en concreto, de su política contra el COT, posiblemente debido a la falta de una estrategia clara y global sobre piratería marítima hasta junio de 2014, cuando fuera finalmente adoptada por el Consejo ⁴¹⁹. Además de la opción escogida para enjuiciar a los sospechosos de cometer estos delitos apresados por las fuerzas y cuerpos de seguridad de los EEMM, los instrumentos por los que se rige la represión de estos delitos (más cerca de ser consideradas “crímenes internacionales” que actividades delictivas del COT) están marcados por el Derecho internacional penal tradicional y por la cooperación europea en el marco intergubernamental de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), en particular la PCSD, a pesar de las tímidas menciones en la instauración de la PMI y la ampliación de las competencias y funciones de la Agencia Europea de Seguridad Marítima. En consecuencia, la piratería marítima y los “robos a mano armada”, tal que actualmente definidos a nivel internacional y europeo, quedarían fuera del ámbito del CPJP y, por definición, de la arquitectura de seguridad interior de la UE en materia de prevención y represión del COT, excepto para aquellos casos en los que existe relación directa de las organizaciones delictivas en el aprovisionamiento de armamento de manera ilícita, que pasaría a regirse por el ordenamiento comunitario en materia de tráfico ilícito de ALPC (*vid. supra*). Prueba de ello es la ausencia de competencia en este particular ámbito de los actores del ELSJ, pese a las últimas revisiones de sus funciones, y, en general, de disposiciones en el

⁴¹⁸ Para más información: <http://edition.cnn.com/2010/WORLD/africa/10/04/kenya.eu.pirates/> y http://eeas.europa.eu/piracy/judicial_cooperation_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴¹⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de Seguridad Marítima de la Unión Europea*, 11205/14, Bruselas, 24.6.2014.

Para una visión general de la ausencia de estrategia, *vid.* ARA, B., « Sécurité maritime : vers l'élaboration d'une stratégie européenne », *Note d'Analyse du GRIP*, 9.5.2014, www.grip.org [última consulta: 31.8.2015].

Derecho de la UE que obliguen a los EEMM a tipificar como delito estas actividades ilícitas, remitiéndose a documentos externos —principalmente, resoluciones del Consejo de Seguridad al respecto—, por lo que la lucha contra la piratería marítima, si bien fue incorporada entre las actividades ilícitas cometidas por el crimen organizado en la EES y la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE —no así en la ESI—, no ha sido objeto de regulación a nivel interno en el marco de la pretendida política “común” de lucha contra el COT.

Dicho lo anterior, la creciente conexión entre los crímenes propiamente internacionales y los delitos relacionados con el COT que coadyuvan en su agravación a nivel regional—especialmente en el continente africano— ha imposibilitado cualquier separación estanca entre ambos ámbitos. Esta interrelación ha provocado un cambio igualmente en la respuesta de la UE, que se ha aprecia igualmente en el ámbito de la lucha contra los tráfico ilícitos de ALPC y diamantes. Así, en el último lustro, la Unión se ha servido de la PCSD como elemento de externalización de sus objetivos de seguridad y, por ende, de refuerzo de la arquitectura de seguridad interior en la lucha contra el COT. Es más, las operaciones y misiones de la PCSD sirven de instrumento de extraterritorialización del Derecho de la UE y de los estándares europeos en materia de prevención y represión del COT en zonas remotas, como analizamos en el Capítulo III con mayor detalle, por lo que, a pesar de las dificultades e impedimentos institucionales y carencias normativas derivadas de la “pilarización” de las competencias de la Unión en la materia, la política “común” de lucha contra el COT adquiere en la práctica una globalidad mayor en determinados aspectos de la que se pudiera pensar a simple vista, aunque no sea de manera sistemática ni esté mínimamente institucionalizada. Tímida prueba de ello es que Europol ha empezado a intercambiar inteligencia sobre piratería marítima y las conexiones con otros delitos y asiste a las autoridades de los EEMM en sus investigaciones ⁴²⁰, mientras que, desde 2009, Eurojust organiza periódicamente reuniones de coordinación para facilitar el intercambio de información entre fiscales

⁴²⁰ “La implicación de Europol se centra en la identificación de los principales infractores, los bienes logísticos y los flujos financieros relacionados con la actividad criminal. La inteligencia sugiere que la piratería *podría* tener conexiones con otro crimen organizado, como el tráfico ilícito de seres humanos, armas y drogas”. EUROPOL, *Europol Review. General Report on Europol Activities*, La Haya, 2013, p. 63 (traducción propia; énfasis añadido), disponible en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

encargados de casos de piratería marítima ⁴²¹, a pesar de haber desaparecido de la Estrategia de Seguridad Interior “renovada” como amenaza específica al orden europeo ligada al COT.

5. La incidencia de la lucha contra el crimen organizado transnacional en el Derecho procesal. Los medios especiales de investigación y persecución del delito

Una de las principales aportaciones de la Decisión marco contra el crimen organizado —al igual que la Convención de Palermo e instrumentos convencionales similares— ha sido la relativa “revolución” que ha traído en la normativa procesal de los EEMM. La significación de la tipificación de la participación en organización criminal no radica solamente en el hecho de que, a partir de su implementación a nivel estatal, el sujeto es individualmente responsable ante el juez por su simple pertenencia a una organización delictiva, independientemente de la comisión de un delito concreto en su seno; sino que, además, faculta al ordenamiento estatal para desplegar toda una serie de medidas procesales excepcionales (desde el punto de vista de los principios, garantías y presupuestos del procedimiento judicial “clásico”) y técnicas de investigación policial “proactivas” destinadas a prevenir la comisión del delito o, al menos, a acelerar el enjuiciamiento del inculcado para evitar futuros delitos. Tímidamente enunciado ya en el Plan de Acción contra el COT de 1997, el Derecho de la UE ha impulsado avances en este ámbito de la integración, apelando a la urgente necesidad de una respuesta conjunta más integrada que la mera cooperación judicial internacional, si bien con un grado de armonización mucho más tenue (aún) que el alcanzado en materia penal.

La adopción de estas medidas especiales de investigación —instigadas directa e indirectamente por el Derecho de la UE—, sumadas a las circunstancias atenuantes de la pena en caso de arrepentidos que colaboren con la justicia como dispone la referida Decisión marco, suponen un giro en la visión tradicional del Derecho procesal penal estatal y demandan un enfoque alternativo al puramente garantista seguido por el constitucionalismo europeo en la segunda mitad del siglo XX. El discurso

⁴²¹ EUROJUST, *Anual Report 2013*, La Haya, 2014, p. 41, disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

eminentemente securitario que ha marcado la política “común” contra el COT en las dos últimas décadas ha supuesto un recurso continuo al Derecho penal en materia de protección de la seguridad —identificándolo con la política criminal— que ha repercutido negativamente en la protección de los derechos del acusado, pues, como elementos más evidentes, ha supuesto la inversión de la carga de la prueba y la prolongación de los períodos de incomunicación y detención preventiva, visible especialmente en algunos EEMM pioneros en este terreno represivo y en algunos instrumentos normativos comunitarios ⁴²². Sólo en el último lustro se está procediendo a la aproximación de los derechos procesales del inculcado en un proceso transnacional, con la adopción de varias Directivas que guardan alguna relación —indirecta en la mayor parte de los casos— con la lucha contra el COT. Si bien analizamos la incidencia de esta normativa en la salvaguarda de las garantías procesales del inculcado, el centro de nuestro análisis en las líneas que siguen, no obstante, pivota en torno a la consideración de la repercusión que ha tenido el discurso securitario de las instituciones y agencias del ELSJ en el embrionario “Derecho procesal penal” de la Unión, sustento junto a la aproximación material de la cooperación judicial y policial europea.

1. Cuestiones introductorias. El principio de reconocimiento mutuo como piedra angular del espacio judicial europeo

La lucha contra el COT y, en concreto, las medidas en el orden procesal que ésta acarrea, plantean retos al *orden constitucional europeo* que difícilmente pueden ser resueltos con la mera adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como iremos analizando a lo largo del presente epígrafe, son necesarias reformas más estructurales del espacio judicial europeo. En primer lugar, la progresiva “europeización” que ha experimentado el Derecho penal y procesal de los EEMM ⁴²³

⁴²² Para un estudio en profundidad del Derecho procesal de la UE, *vid.*, FLORE, D., *Droit pénal européen...*, *op. cit.* en Nota 3; y PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, *op. cit.* en Nota 289, en particular pp. 675-749.

Para un análisis crítico desde el Derecho comparado, *vid.* CESONI, M. L., (Coord.), *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles. Une législation sous influence?*, Academia Press, Gante, 2005. Adicionalmente, CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *loc. cit.* en Nota 120. En el caso de España, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson – Ministerio del Interior, Madrid, 2005; GONZÁLEZ RUS, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español...”, *loc. cit.* en Nota 214.

⁴²³ NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, Núm. 61, 2004, pp. 13-104; SATZGER, H., “La europeización del

con la incorporación del marco normativo contra el COT analizado anteriormente no ha venido acompañada de un refuerzo de las garantías procesales constitucionalmente reconocidas tanto en el ordenamiento estatal como en el seno de la Unión. Más bien al contrario, determinados actos de implementación del Derecho comunitario fueron “puestos en cuarentena” por órganos de control interno por considerar que no se adecuaban a las garantías procesales reconocidas constitucionalmente, cuestionando — directa o indirectamente— la norma comunitaria objeto de transposición, como ha sucedido con la trasposición de la OEDE. Además, en los términos actuales (Art. 276 TFUE ⁴²⁴), los tribunales comunitarios (general o, en su caso, especiales) no tienen competencia sobre la revisión judicial de los actos de las fuerzas y cuerpos del orden estatal, por lo que la incompleta comunitarización del ELSJ impide el control jurisdiccional de las medidas adoptadas por las fuerzas del orden público con incidencia en el ámbito procesal (*inter alia* detención, entrega vigilada, agente encubierto, incomunicación, etc.) más que, indirectamente, por medio del control judicial de las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) y de su acervo ⁴²⁵ o en el marco de la verificación de la legislación comunitaria del artículo 267 TFUE. Finalmente, los principios vertebradores que articulan el espacio judicial penal europeo ⁴²⁶, si bien se han consolidado con las últimas reformas de los Tratados y representan los únicos indicios reales de que se está gestando un verdadero *Derecho procesal penal europeo*, se muestran insuficientes a la hora de abordar en su conjunto la salvaguarda de las garantías procesales de las personas inculpadas y/o investigadas en la lucha contra el COT. Ante este panorama, provocado por una errática “política criminal común” seguida por las instituciones y actores del ELSJ, el modelo garantista o constitucional que ha prevalecido en Europa desde el final de la Segunda Guerra Mundial está abocado a una forzada evolución para “normalizar” la evidente

Derecho Penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Penal*, julio de 2012.

⁴²⁴ “[...] el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

⁴²⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acervo de Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, *Diario Oficial L 239*, 22.9.2000, pp. 1-473.

⁴²⁶ NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales...”, *loc. cit.* en Nota 423.

europización del Derecho penal procesal, cuyo análisis excede nuestro objeto de estudio ⁴²⁷.

Entre los principios vectores de este espacio judicial europeo con incidencia directa en el Derecho procesal, uno de los más criticados ha sido, sin duda, el principio de reconocimiento mutuo ⁴²⁸, formalmente instaurado en el Tratado de Lisboa como cardinal en el espacio judicial penal europeo ⁴²⁹. En virtud del mismo, cualquier decisión judicial (sentencia u otra resolución previa) tomada por un órgano judicial en un Estado miembro deberá ser reconocida y ejecutada en cualquier otro Estado miembro. El principio de reconocimiento mutuo implica, pues, un alto grado de confianza (mutua) entre órganos judiciales estatales de diferentes ordenamientos, que, en la lucha contra el COT, se plasma en la creencia de que en otros EEMM se garantizan mecanismos de protección de derechos procesales frente a medios especiales de intervención e investigación similares a los establecidos en el nivel interno en cuanto a la defensa del acusado, la intervención de las comunicaciones, los períodos de detención, la obtención de la prueba, etc.; es decir, en ámbitos de la intervención contra el COT que han “encallado” en la integración comunitaria, vista desde un punto de vista de la armonización legislativa pretendida ⁴³⁰.

⁴²⁷ En esta tesis, SATZGER, H., “La europeización del Derecho Penal...”, *loc. cit.* en Nota 423.

⁴²⁸ *Vid.*, por ejemplo, BANTEKAS, I., “The principle of mutual recognition in EU criminal law”, *European Law Review*, Vol. 32, 2007, pp. 365-385; FLORE, D., *Droit pénal européen*, *op. cit.* en Nota 3, pp. 525 y ss.; HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 22, septiembre-diciembre de 2005, pp. 807-842; NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales...”, *loc. cit.* en Nota 423; SANZ MORÁN, A. J., “La Orden Europea de Detención y Entrega: algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación Judicial penal en la UE...*, *op. cit.* en Nota 223, pp. 79-121.

⁴²⁹ Artículo 82, § 1 TFUE

“La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos [procesal y penal sustantivo]”.

En España, este principio —y la normativa europea que de él se deriva— se ha incorporado al ordenamiento interno por medio de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 282, de 21.11.2014, pp. 95437-95593.

⁴³⁰ En virtud del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal [*Diario Oficial C 12*, de 15.1.2001, pp. 10-22] y del posterior Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea [COM (2003) 75 final, Bruselas, 17.2.2003] se adoptaron varias iniciativas legislativas en materia procesal que no llegaron a ver la luz por las continuas reticencias de los EEMM a integrar este ámbito. La más destacada fue la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE [COM (2004) 328 final – CNS 2004/0113] que fuera retirada finalmente por la Comisión. En cambio, otras medidas legislativas

Es opinión extendida entre la doctrina y la práctica considerar que este principio ha sido planteado, hasta cierto punto, como alternativa ⁴³¹ a una armonización legislativa procesal que se ha mostrado a todas luces difícil de profundizar y que, en los términos actuales, se circunscribe a tres ámbitos concretos: admisibilidad de la prueba, derechos de las personas durante el procedimiento penal y derechos de las víctimas (Art. 82, § 2 TFUE). Esto es así porque la armonización legislativa reconocida en los Tratados reviste un carácter meramente instrumental y de mínimos ⁴³², complementario y subsidiario del ordenamiento estatal, y, en la actualidad, se ha planteado como una vía de escape ante el *impasse* observado en los últimos años en torno a propuestas relacionadas con la salvaguarda de los derechos de las víctimas y de los sospechosos en el proceso penal.

Si bien la Unión ha adoptado otras normas que hacen uso de este principio (*vid. infra*), la orden europea de detención y entrega (OEDE) ⁴³³ representa uno de los hitos

incluidas en el Programa y previas a éste, como la OEDE y la DM sobre el exhorto europeo para la obtención de pruebas, aunque criticadas durante su tramitación, sí fueron aprobadas por el Consejo gracias a un acuerdo de mínimos.

Para un análisis de estas iniciativas, *vid.* GALLEGO-CASILDA GRAU, Y., “El Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2004, pp. 235-256; ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

Puede consultar el siguiente enlace para ver las propuestas actuales en este terreno: http://ec.europa.eu/justice/criminal/law/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴³¹ “El principio de reconocimiento mutuo ha permitido superar el obstáculo de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, haciendo prevalecer la idea que la armonización de las legislaciones penales no puede preverse que a largo plazo”. MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l’espace judiciaire pénal européen... », *loc. cit.* en Nota 14, párrafo 30 (traducción propia). En el mismo sentido, FLORE, D., *Droit pénal européen...*, *op. cit.* en Nota 3, pp. 111-112.

⁴³² Art. 82, § 2 TFUE: “*En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario*” (énfasis añadido).

⁴³³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 13 de junio de 2002, *Diario Oficial L 190*, de 18.7.2002, pp. 1-18.

BLEKXTOON, R. y BALLEGOOIJ, W. van, *Handbook on the European Arrest Warrant*, Asser Press, La Haya, 2005; CARTIER, M-E. (Dir.), *Le mandat d’arrêt européen*, Bruylant, Bruselas, 2005; DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la UE”, CGPJ, *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2004, pp. 281-380; UK JUSTICE DEPARTMENT, *European Arrest Warrants. Ensuring an effective defence*, Londres, 2012, disponible en: www.justice.org.uk [última consulta: 31.8.2015]; KOMÁREK, J., *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, Jean Monnet Working Paper 10/05, New York University School of Law, NY, 2005; MARTÍN MARTÍNEZ, M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm, 10, 1er semestre de 2006, pp. 179-200; SATZGER, H. y POHL, T., “The German Constitutional Court and the European Arrest

más importantes en la consolidación del reconocimiento mutuo, al mismo tiempo, como principio cardinal en el espacio judicial europeo y como medio para obviar la (lenta) armonización legislativa, en particular en el terreno procesal. También ha sido uno de los pasos en la integración más cuestionados por los órganos constitucionales internos, indirectamente, a través de los instrumentos nacionales de trasposición y criticados por la doctrina ⁴³⁴. Por medio de la OEDE, con arreglo a una lista de 32 *eurodelitos* previamente armonizados por la normativa europea —entre los que se incluye la pertenencia a organización delictiva y la mayor parte de los delitos analizados en epígrafes anteriores— fueron eliminados del procedimiento de extradición principios tradicionales de la cooperación judicial internacional, como la exigencia de doble tipificación, la reciprocidad y la clásica prohibición de extradición de nacionales, reconociéndose la validez de la orden emitida por la autoridad judicial para el enjuiciamiento del acusado o el cumplimiento de condena del declarado culpable en el Estado miembro de emisión. Al emitir una OEDE, se somete todo el proceso a la iniciativa de instancias judiciales, con una somera supervisión de la autoridad de ejecución de la misma, agilizando la entrega y acortando los tiempos.

En la práctica, la implantación de la OEDE ha tenido una clara repercusión en la lucha contra el COT. Las autoridades de los EEMM han hecho uso de este medio para reprimir las actividades criminales de las organizaciones delictivas, invocando en las OEDE dictadas la pertenencia a estos grupos para poder ejercitar acciones de investigación o ejecutar sentencias. Por ejemplo, en el período 2004-2008, en España se solicitó la entrega de nacionales de otros EEMM o de terceros países por razón de participación en organización delictiva en numerosas ocasiones, siendo junto al tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas una de las categorías más frecuentemente empleadas por las autoridades españolas tanto a la hora de emitir como de ejecutar una OEDE, muy por encima de países de nuestro entorno, como Portugal, Italia y Países Bajos ⁴³⁵. En realidad, se convierte en una especie de categoría delictiva recurrente o “cajón de sastre” para proceder a la entrega entre EEMM con el fin de proceder al enjuiciamiento

Warrant. Cryptic signals from Karlsruhe”, *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 4, 2006, pp. 686-701.

⁴³⁴ Vid. Nota anterior para referencias.

⁴³⁵ SOUSA SANTOS, B. (Coord.), *The European Arrest Warrant in Law and in Practice...*, op.cit. en Nota 249. Asimismo, GÓRSKI, A. y HOFMANSKI, P., *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union*, Varsovia, 2008, disponible en: http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/other/220_EAW.pdf [última consulta: 31.8.2015].

de la persona inculpada, pues en la práctica judicial seguida por las autoridades de emisión se suele relacionar la participación/pertenencia con otros delitos específicos en una misma OEDE, especialmente en Portugal, si bien también se observa esta tendencia en España, Alemania, Países Bajos, Italia y Bélgica. En otros casos, en particular en países como Lituania, Rumania, Bulgaria o Eslovenia, por medio de una OEDE se ha procedido a la entrega por delitos “menores”, no relacionados con el COT o con un umbral de penas inferior al establecido en un principio para este tipo de instrumentos especiales de cooperación judicial reforzada, redundando en una disminución de las garantías procesales del inculpado y de la confianza mutua entre autoridades judiciales de los EEMM. A estas cuestiones, que indican la heterogeneidad de la práctica seguida por la judicatura, se suma el hecho de que los legisladores estatales no han procedido a una definición precisa de las categorías delictivas listadas en la OEDE —reconvirtiéndolas en verdaderos tipos penales—, sino, más bien, se han limitado a transcribir literalmente en Derecho interno la Decisión Marco, o simplemente, no han estimado oportuno contemplar algunos aspectos de la participación en organización delictiva, como la ley danesa, que no prevé la entrega por mera pertenencia pasiva al no estar tipificado penalmente en su ordenamiento ⁴³⁶.

Es de destacar, por último, que si bien la UE ha instaurado un procedimiento judicializado de extradición más ágil que el marco internacional, ésta no ha ahondado en otras posibilidades ofertadas por la Convención de Palermo en el ámbito del Derecho procesal. Así, determinadas innovaciones en materia procesal relacionadas con los procedimientos especiales de investigación —recogidas en el Art. 20 de la Convención— siguen quedando al arbitrio de los EEMM, ya que la mayoría han sido relegadas a instrumentos convencionales que no todos han ratificado ni implementado eficazmente, como vemos en el apartado siguiente. Asimismo, las Decisiones marco adoptadas en este sentido han quedado en nada a la hora de su transposición en Derecho interno, pues, como ha informado la Comisión periódicamente, los EEMM bien no le han transmitido información, bien no las han implementado en su totalidad. Es

⁴³⁶ Además de las referencias en Nota 433, puede consultar los últimos avances en la implementación práctica de la OEDE en: COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document Accompanying document to the third Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* [SEC (2011) 430 final], Bruselas, 11.4.2011.

especialmente relevante el caso del establecimiento de la jurisdicción, cuya regulación no dista mucho de lo dispuesto en la Convención de Palermo y de otros convenios internacionales.

2. *La búsqueda de una mejora en la cooperación judicial intracomunitaria en materia procesal. Especial referencia a la jurisdicción para conocer de los delitos*

A. *Primeros pasos hacia la integración comunitaria en materia de obtención y transferencia de pruebas, reconocimiento de sanciones y detención*

En el espacio judicial europeo, la aceptación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales implica la asunción como plenamente válidas de las pruebas planteadas en el Estado miembro de origen de la decisión judicial, incluso si las normas difieren de un ordenamiento a otro. Como afirma Helmut Satzger, esto puede socavar la supervisión judicial del procedimiento en el país emisor de la decisión:

cuando el medio de prueba se obtenga de un país con una reglamentación amplia y sea utilizado en un proceso penal en un Estado que no contemple ninguna prohibición de pruebas, se mina el control del Estado de Derecho por medio de la combinación de dos sistemas de fondo impecables. Por supuesto [...], debe decirse que esto muestra como el principio del reconocimiento mutuo soporta un verdadero peligro inminente ⁴³⁷.

A pesar de estos riesgos, reales o aparentes, la Unión ha seguido avanzando en la facilitación de los medios de prueba entre autoridades de los EEMM. Así, en 2014, el Consejo adoptó la Directiva relativa a la orden europea de investigación (OEI) en materia penal, destinada a implementar el principio de reconocimiento mutuo en las decisiones judiciales de obtención de pruebas en los procesos iniciados en los EEMM ⁴³⁸ y sustituir, progresivamente, el complejo marco normativo existente, compuesto por, de un lado, aquellos instrumentos comunitarios basados en el principio del reconocimiento mutuo y, de otro, los convenios que se apoyan en el clásico principio de

⁴³⁷ SATZGER, H., “La europeización del Derecho Penal...”, *loc. cit.* en Nota 423, p. 54.

⁴³⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, *Diario Oficial L 130*, de 1.5.2014, pp. 1-36.

asistencia mutua ⁴³⁹. Desde entonces, una autoridad judicial puede emitir una OEI para obtener pruebas existentes y en manos de las autoridades de otro Estado miembro relacionadas con cualquier objeto, documento o dato que estime necesario para incoar o continuar un proceso determinado, atendiendo a criterios de proporcionalidad en la emisión de una OEI. Asimismo, a diferencia de las limitaciones impuestas por el marco comunitario anterior, se podrá solicitar que la autoridad de ejecución lleve a cabo una o varias medidas de investigación para la obtención de pruebas —siempre según lo que establezca en cuanto a formalidades y procedimientos la autoridad emisora del Estado requirente (Art. 9, § 2)— y, en caso de estimarse necesario, proceder al traslado temporal del inculcado para dichos fines tanto al Estado emisor como ejecutor, establecer medidas cautelares para la conservación de la prueba o, incluso, desplegar autoridades del Estado emisor en el de ejecución para facilitar la obtención de pruebas.

En cuanto a la lucha contra el COT, la Directiva dispone que en ningún caso la ejecución de la OEI esté sujeta a la verificación de la doble tipificación si la autoridad emisora alega en la misma el delito de pertenencia a organización delictiva del sujeto en cuestión. Esta Directiva incorpora igualmente novedades al marco comunitario en relación a las técnicas especiales de investigación, como veremos en el epígrafe siguiente, si bien no son específicas para la lucha contra las organizaciones delictivas, pues —al igual que la OEDE— cubre otros delitos tipificados tradicionalmente en los EEMM o *euroidelitos* incorporados progresivamente conforme a normas comunitarias.

En la práctica, el marco legal anterior se había mostrado complejo y fragmentado en materia de obtención de pruebas, tal y como reconocieron los propios

⁴³⁹ Desde su adopción, según su artículo 34, la Directiva sustituye a la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, *Diario Oficial L 350*, de 30.12.2008, pp. 72-92. Asimismo, sustituye a las disposiciones correspondientes de 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, *Diario Oficial L 196*, de 2.8.2003, pp. 45-55.

Según el mismo precepto, a partir del 22 de mayo de 2017 (fecha límite para su transposición en Derecho interno), la Directiva sustituirá, entre otros, a los siguientes convenios: Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C 197*, de 12.7.2000, pp. 3-23; y Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

EEMM en su propuesta legislativa ⁴⁴⁰, por lo que —al menos, en teoría— la adopción de la Directiva relativa a la OEI supone un serio avance que deberá ser analizado cuando tenga cierto recorrido. Esta complejidad, no obstante, se aprecia igualmente en otros instrumentos legislativos en los que se ha querido aplicar el reconocimiento mutuo para evitar demoras derivadas de la armonización legislativa procesal en el marco del espacio judicial europeo, como en la ejecución de sentencias y sanciones pecuniarias. En los últimos años, la Unión ha adoptado varios instrumentos legislativos relativos al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas y medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional ⁴⁴¹, al que se suma el marco referente a las sanciones pecuniarias ⁴⁴². En virtud de la normativa europea, la pertenencia a organización delictiva es uno de los delitos que da lugar al reconocimiento de la sentencia y a la ejecución de la condena impuesta, sin control de la doble tipificación, al igual que para las sanciones pecuniarias, “[s]iempre que el Estado de emisión las castigue y según las defina la legislación del Estado de emisión”.

La implementación de esta normativa en Derecho interno ha resultado, no obstante —como en los anteriores instrumentos comunitarios—, claramente lenta y deficitaria, imposibilitando en la práctica la aplicación de las disposiciones comunitarias ⁴⁴³. En realidad, estamos ante cuestiones ligadas directamente al *ius puniendi* del Estado

⁴⁴⁰ Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de... relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal, *Diario Oficial C 165*, de 24.6.2010, pp. 22-39.

⁴⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, *Diario Oficial L 327*, de 5.12.2008, pp. 27-46; Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, *Diario Oficial L 337*, de 16.12.2008, pp. 102-122; y Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, *Diario Oficial L 294*, de 11.11.2009, pp. 20-40. Adicionalmente, Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, *Diario Oficial L 220*, de 15.8.2008, pp. 32-34.

⁴⁴² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, *Diario Oficial L 76*, de 22.3.2005, pp. 16-30.

⁴⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación, por los Estados miembros, de las Decisiones Marco 2008/909/JAI, 2008/947/JAI y 2009/829/JAI, relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales por las que se imponen penas*

y la efectiva salvaguarda de los derechos procesales constitucionalmente reconocidos que minan cualquier intento de integrar en el corto plazo, vía reconocimiento mutuo, determinadas medidas en el ámbito procesal: por un lado, en cuanto al nivel de penas establecido por cada ordenamiento, que puede divergir considerablemente entre los EEMM y para lo cual la normativa comunitaria prevé expresamente equiparaciones o reducciones de condena en el Estado de ejecución en caso de que ésta sea superior en el país de emisión ⁴⁴⁴, consciente de que tal extremo es necesario si se quiere progresar a través del atajo del reconocimiento mutuo; y, por otro lado, cualquier ejecución de una sentencia por otro Estado miembro distinto del de la nacionalidad que ostenta el acusado conlleva una serie de medidas que afectan de manera directa a principios arraigados en el orden (constitucional) interno que trascienden al caso concreto —y a nuestro objeto de estudio—, relacionados, por ejemplo, con la finalidad meramente punitiva, protección del orden público y del arraigo o de reinserción social del sistema penal en cuestión ⁴⁴⁵.

u otras medidas privativas de libertad, medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas y medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, COM (2014) 57 final, Bruselas, 5.2.2014; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión basado en el artículo 20 de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias*. COM (2008) 888 final, Bruselas, 22.12.2008.

⁴⁴⁴ Artículo 8, *Reconocimiento de la sentencia y ejecución de la condena* [Decisión Marco 2008/909/JAI *Diario Oficial L 327, de 5.12.2008*]

“2. En caso de que la condena, por su duración, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá tomar la decisión de adaptar la condena únicamente cuando supere la pena máxima contemplada por su legislación nacional para delitos del mismo tipo. La duración de la condena adaptada no podrá ser inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para delitos del mismo tipo.

3. En caso de que la condena, por su naturaleza, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá adaptarla a la pena o medida contemplada en su propia legislación para delitos similares. Esta pena o medida deberá corresponder siempre que sea posible a la condena impuesta en el Estado de emisión y por consiguiente la condena no podrá transformarse en una sanción pecuniaria.

4. La condena adaptada no podrá agravar por su naturaleza o por su duración la condena impuesta en el Estado de emisión.”

⁴⁴⁵ Esta fue precisamente una de las razones esgrimidas por el Tribunal alemán en el caso de la ley de transposición interna de la Decisión Marco relativa a la OEDT. Frente a la norma europea, el tribunal alegó que:

“Para el individuo procesado, el traslado al sistema legal de otro Estado miembro, incluso si ha sido aproximado por la integración europea, no solamente significa una discriminación en Derecho procesal, que puede consistir en obstáculos legales, diferencias culturales y diferentes derechos procesales y posibilidades de defensa. Tal traslado liga en último lugar al procesado a un Derecho penal sustantivo respecto al cual no han existido medios democráticos para que él o ella participen de su creación, el cual él o ella —a diferencia del Derecho penal alemán— no necesita saber y el cual, en muchos casos, debido a la falta de familiaridad con el contexto nacional respectivo, no le permite como lego en la materia una evaluación comparativa suficientemente segura”. Judgment of the Second Senate of 18 July 2005 – 2 BvR 2236/04 – “European Arrest Warrant Act case”, disponible (en inglés) en:

B. La resolución de conflictos de jurisdicción en el seno del espacio judicial europeo. Normas mínimas, viejos problemas

En el terreno procesal, una de las mejoras más relevantes de la Decisión Marco de lucha contra el COT ha sido la inserción en el Derecho de la UE de una disposición relativamente más clara para dirimir posibles conflictos de jurisdicción, si bien sujeta a precisiones a la hora de su trasposición a nivel interno. La regla básica de la que parte el artículo 7 de la citada Decisión Marco es el principio clásico de *territorialidad*, completada por el de *personalidad* (activa y pasiva) ⁴⁴⁶. De esta forma, obligatoriamente, todos los EEMM han de establecer sus competencias para conocer de los delitos de participación en organización delictiva o el acuerdo, cometidos total o parcialmente en su territorio, con independencia del lugar en el que la organización criminal tenga su base, opere o blanquee los productos del delito. Asimismo, con carácter no vinculante, la Decisión Marco permite la extensión extraterritorial de la

http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2005/07/rs20050718_2bvr223604en.html [última consulta: 31.8.2015].

Vid., para el análisis de la jurisprudencia de varios países en referencia a las leyes de implementación interna de la OEDT, MARTÍN MARTÍNEZ, M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención...”, *loc. cit.* en Nota 433.

⁴⁴⁶ Artículo 7, *Competencia y coordinación de las actuaciones judiciales*

“1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos [de participación en organización delictiva o acuerdo] cometidos:

- a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas;
- b) por sus nacionales, o
- c) en beneficio de alguna persona jurídica establecida en el territorio de dicho Estado miembro.

Todo Estado miembro podrá decidir si aplica o no, y si solo las aplica en casos o circunstancias determinados, las normas de competencia contempladas en las letras b) y c) en el supuesto de que los delitos a que se refiere el artículo 2 se cometan fuera de su territorio.

2. Cuando uno de los delitos a que se refiere el artículo 2 sea competencia de más de un Estado miembro y cualquiera de estos Estados pueda legítimamente iniciar acciones judiciales por los mismos hechos, los Estados miembros implicados colaborarán para decidir cuál de ellos emprenderá acciones judiciales contra los autores del delito con el objetivo de centralizar, en la medida de lo posible, dichas acciones en un único Estado miembro. Con este fin, los Estados miembros podrán recurrir a Eurojust o a cualquier otro órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones. Se tendrán especialmente en cuenta los siguientes elementos:

- a) el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos;
- b) el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente;
- c) el Estado miembro de origen de las víctimas;
- d) el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor.

3. Todo Estado miembro que, con arreglo a su legislación, todavía no extradite o entregue a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia y, en su caso, iniciar acciones judiciales respecto del delito a que se refiere el artículo 2 cuando lo cometa uno de sus propios nacionales fuera de su territorio.

4. El presente artículo no excluye el ejercicio de una competencia en materia penal establecida en un Estado miembro de conformidad con su legislación nacional”.

jurisdicción del Estado en cuestión mediante dos opciones: la competencia personal (principio clásico de personalidad activa) o cuando el delito se haya cometido “en beneficio de alguna persona jurídica establecida en el territorio de dicho Estado miembro”; es decir, en el caso de que los delitos se hayan cometido fuera de sus fronteras, los EEMM pueden, si así lo desean y lo permiten sus ordenamientos (constitucionales o procesales), establecer su competencia para conocer de dichos delitos o negarse a ello, limitando su jurisdicción a su ámbito estrictamente territorial, como sucede con la respectiva disposición de la Convención de Palermo.

En realidad, el alcance de esta disposición sobre la obligatoriedad de la jurisdicción es menor que el de la Acción común. Esta última requería de la autoridad judicial del Estado miembro una actuación si existía un nexo de territorialidad, independientemente de que hubiese cualquier otra conexión con su ordenamiento, si bien planteaba posibles conflictos positivos de jurisdicción ⁴⁴⁷. Por ello, la mejora introducida por la Decisión Marco reside en el establecimiento de una regla (de mínimos) para dirimir posibles concurrencias de jurisdicciones, más operativa que la respectiva disposición de la Convención de Palermo al introducir la colaboración previa entre autoridades judiciales con el oportuno concurso de Eurojust u otros actores con competencia, como pudiera ser en el caso de la instauración de la FPE. No obstante, aparte del hecho de que hubiera sido deseable que hiciera referencia expresa a los delitos graves y no al de participación, su aplicación en la práctica depende mucho de la voluntad de cooperación de las partes al dejarles un amplio margen de apreciación en cuanto a los canales y obligatoriedad de los medios y resultados de colaboración. Así, en caso de que dos o más EEMM estén legitimados para iniciar acciones judiciales por los mismos hechos, éstos “colaborarán” con el objetivo de determinar qué Estado miembro está en mejores condiciones para emprender acciones judiciales y centralizar así dichas acciones en un único procedimiento (Art. 7, § 2). Para facilitar esta tarea, los EEMM “podrán” recurrir a Eurojust o “cualquier otro órgano o mecanismo” creado en

⁴⁴⁷ Artículo 4 de la Acción común 98/733/JAI:

“Los Estados miembros garantizarán que los comportamientos [...] que se hayan producido en su territorio queden sometidos a la acción de la justicia sea cual fuere el territorio de los Estados miembros en el que la organización tenga su base o ejerza sus actividades delictivas, o sea cual fuere el lugar en que se ejecute la actividad que sea objeto de la concertación [...].

Cuando varios Estados miembros sean competentes para conocer de actos de participación en una organización delictiva, dichos Estados se consultarán para coordinar su acción a fin de lograr un procesamiento efectivo, teniendo en cuenta en particular la localización de los diferentes componentes de la organización en el territorio de los Estados miembros afectados”.

la Unión con el mismo objetivo —por ejemplo, la FPE en caso de crearse finalmente—, aunque no sea obligatorio el recurso a dicho organismo, ni sus resoluciones sean vinculantes para las partes. Adicionalmente, para tomar tal consideración, se tendrán en cuenta —se supone, en este orden, aunque nada se especifica—, los siguientes elementos: *a)* el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos; *b)* el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente; *c)* el Estado miembro de origen de las víctimas; *d)* el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor. En realidad, se trata de títulos habilitantes clásicos del Derecho penal para enjuiciar a un delincuente (territorialidad, personalidad activa y pasiva), cuyo funcionamiento en la práctica, en última instancia, dependerá de la buena voluntad de los EEMM en cuestión —siguiendo la tónica general en el enfoque comunitario respecto de la jurisdicción⁴⁴⁸—, dado el tono utilizado por la Decisión Marco y los amplios márgenes de apreciación en su transposición.

Los dos últimos apartados de este artículo, incluidos durante la tramitación del texto, completan el alcance de las disposiciones anteriores. En primer lugar, el apartado tercero estipula que aquellos EEMM que, de acuerdo con su legislación interna, no entreguen o extraditen a sus nacionales —pensando, posiblemente, en el plazo dado para la transposición de la OEDE⁴⁴⁹—, han de establecer obligatoriamente su competencia y, en su caso, iniciar acciones judiciales cuando los delitos contemplados sean cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. Por último, el apartado cuarto matiza el alcance de los dos primeros párrafos, pues no se excluye “el ejercicio de una competencia en materia penal establecida en un Estado miembro de conformidad con su legislación nacional”. Por ello, además de los principios habilitantes anteriormente indicados, la Decisión Marco no descarta la posibilidad que un Estado miembro pueda ejercer acciones penales, por ejemplo, en caso de protección de un nacional, víctima de uno de los delitos contemplados (personalidad pasiva) aunque otro Estado miembro

⁴⁴⁸ “El enfoque de la Unión acerca de los principios de jurisdicción sirve principalmente los intereses de los Estados miembros individualmente considerados. No hay voluntad visible de mirar la jurisdicción desde el ángulo del interés común de la Unión Europea por combatir el crimen [...]”. KLIP, A., *European Criminal Law...*, *op. cit.* en Nota 3, p. 187 (traducción propia).

⁴⁴⁹ En su informe de 2007 sobre la implementación de la orden europea de detención y entrega (euro-orden), la Comisión destacaba el “éxito” en la transposición de la Decisión marco, si bien señalaba todavía algunas carencias, en particular respecto de la entrega de nacionales. *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión relativo a la aplicación, desde 2005, de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, COM (2007) 407 final, Bruselas, 11.7.2007.

haya emprendido acciones judiciales, reduciendo considerablemente el carácter “conciliador” o de coordinación introducido en esta disposición.

Este panorama general es completado por la Decisión Marco sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales ⁴⁵⁰, así como por las disposiciones específicas de otros instrumentos esbozados anteriormente, como la OEDT y la Decisión Eurojust ⁴⁵¹. En virtud de dicha Decisión Marco, cuando la autoridad competente de un Estado miembro tenga “motivos razonables” para creer que se está tramitando un proceso penal paralelo en otro Estado miembro, se pondrá obligatoriamente en contacto con la autoridad competente de ese otro Estado miembro para verificar la existencia de dicho procedimiento. En caso de confirmarse que dos instancias judiciales están inmersas en tales procedimientos paralelos, las autoridades competentes entablarán consultas directas para consensuar una solución eficaz y evitar, así, posibles consecuencias adversas de la continuación de dos procesos en distintos EEMM con un mismo objeto. Esta conciliación podrá, si procede, llevar a la concentración de los procesos penales en un Estado miembro, para lo cual podrán solicitar la asistencia de Eurojust —de “naturaleza eminentemente negociadora” ⁴⁵²— y determinar qué instancia se encuentra en mejor disposición de continuar con el expediente. Sin embargo, al igual que anteriores instrumentos en los que el reconocimiento mutuo toma protagonismo, la presente Decisión Marco ha sido escasa y

⁴⁵⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, *Diario Oficial L 328*, de 15.12.2009, pp. 42-47.

⁴⁵¹ Según su Decisión reguladora, Eurojust es competente para solicitar intervenir, si bien no hay obligación de que los EEMM acudan a este órgano para dirimir posibles conflictos de jurisdicción. Con el fin de mejorar las reglas en este ámbito, Eurojust adoptó una guía (no vinculante) que establece un número de criterios a tener en cuenta, como el territorio donde se desarrolló la mayor parte de los hechos, la localización del acusado, la capacidad de extraditar/entregar al acusado o la asistencia y protección de víctimas y testigos. *Vid.* EUROJUST, *Informe Anual 2003. Anexo Criterios para decidir “¿Qué jurisdicción debe ser competente?”*, La Haya, febrero de 2004.

En 2013, Eurojust fue requerido para dirimir en 20 casos en los que se sucedieron conflictos de jurisdicción en la investigación transfronteriza de delitos, cifra que supone el 8% del total para ese ejercicio, en virtud del artículo 13, § 7, letra a) de la Decisión Eurojust. EUROJUST, *Informe Anual de 2013*, La Haya, 2014, disponible en: www.eurojust.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵² “La naturaleza eminentemente negociadora de [Eurojust] puede llegar a ubicarla en un puesto relevante para solucionar conflictos de jurisdicción, frecuentes en los supuestos de criminalidad transnacional”. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “De la «asistencia» judicial penal en Europa a un «espacio común de justicia europeo», ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación Judicial penal en la UE...*, *op. cit.* en Nota 223, p. 45.

Atendiendo a los escasos resultados obtenidos por Eurojust en materia de resolución de conflictos de jurisdicción, según apuntábamos en la Nota anterior, este optimismo inicial ha dado paso a un reconocimiento moderado a su labor en el espacio judicial europeo como órgano conciliador.

deficitariamente implementada por los EEMM ⁴⁵³, dificultando más si cabe la puesta en práctica de las (contadas) innovaciones introducidas por el marco comunitario en materia procesal, que precisa de una mayor integración si quiere evitar conflictos de jurisdicción que desencadenen en la odiosa práctica del *fórum shopping* y garantizar la aplicación uniforme de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en el consabido *orden constitucional europeo* que se supone la integración en el ámbito penal pretende proteger frente a las actividades ilícitas del COT. En este caso en concreto, esta ralentización de la integración supone una merma de la protección de los derechos procesales de los inculpados:

La inaplicación de las Decisiones marco por algunos Estados miembros plantea problemas, porque los Estados miembros que han aplicado correctamente las Decisiones marco no pueden beneficiarse de sus disposiciones [...]. En efecto, el principio de reconocimiento mutuo [...] no puede funcionar si no se aplican correctamente los instrumentos en todos los Estados miembros afectados. Como consecuencia de ello, al cooperar con un Estado miembro que no ha aplicado a tiempo, incluso los Estados miembros que sí lo hicieron tendrán que depender de la asistencia judicial tradicional en materia penal, práctica aleatoria y a menudo dilatada, sin una garantía fiable de que se detecten oportunamente los casos de *bis in idem*, lo que debería producirse en las fases iniciales de los procesos penales. Tal práctica aumenta significativamente el riesgo de doble condena penal. ⁴⁵⁴

3. *La lenta aproximación de los derechos procesales del inculpado. La asignatura pendiente de la integración comunitaria*

La lucha contra el COT ha afectado a la protección de los derechos procesales de los inculpados e investigados tanto a nivel estatal como en el seno de la UE ⁴⁵⁵. Sin

⁴⁵³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Implementation of the Council Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009 on prevention and settlement of conflicts of exercise of jurisdiction in criminal proceedings - Information provided to the General Secretariat*, 5881/15, Bruselas, 4.2.2015; COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2009/948/JAI, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales*, COM (2014) 313 final, Bruselas, 2.6.2014.

⁴⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2009/948/JAI, ...*, *op. cit.* en Nota 453, pp. 5-6.

⁴⁵⁵ “Cuando el Derecho penal tiende a estructurarse —y, en perspectiva, a instituirse— sobre la base de un principio de eficacia, esto revierte no en limitar ocasionalmente y de manera justificada el disfrute de los derechos y libertades individuales, sino en negar el papel fundador de estos derechos y

duda, éste es el terreno de la integración comunitaria en el que menor ha sido la armonización operada ⁴⁵⁶, agravada por una mala praxis del legislador nacional en la implementación de algunos instrumentos comunitarios, como la OEDE ⁴⁵⁷. Pese a este panorama general, bastante limitado en cuanto a la protección efectiva de los derechos de los inculpados en los procesos transfronterizos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido a suplir determinados vacíos legales que, solamente con posterioridad, han ido siendo cubiertos por la normativa comunitaria. El primero y más relevante de los pasos dados en este ámbito ha sido el reconocimiento de la obligación,

libertades en relación a los sistemas democráticos y, en consecuencia, en el largo plazo a denegar los fundamentos mismos de toda democracia”. CESONI, M. L. (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *op. cit.* en Nota 120, p. 53 (traducción propia).

En el caso concreto de la UE, “la cuestión de saber hasta qué punto la OEDE garantiza verdaderamente un buen equilibrio entre la eficiencia y los derechos humanos parece lejos de tener una respuesta positiva. De hecho, la UE carece todavía hoy de un marco para la protección homogénea de la seguridad jurídica de los derechos procesales para los sospechosos, acusados, procesados y condenados por delitos penales. [...] La existencia de un dominio legal para las garantías procesales debe ser visto como una cuestión de interés de la Justicia”. APAP, J. y CARRERA, S., “European Arrest Warrant – A good testing ground for mutual recognition in the enlarged EU?”, *CEPS Policy Brief*, Núm. 46, febrero de 2004, p.11 (traducción propia), disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵⁶ Además de las iniciativas legislativas baldías, como la Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales [COM (2004) 328 final, de 28.4.2004] y la Propuesta de Decisión marco relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales [COM (2009) 338 final, de 8.7.2009], el Tratado de Lisboa contiene determinadas disposiciones que limitan el alcance de la integración europea en materia procesal. Así, el artículo 85, § 2 TFUE estipula:

“En el contexto de las acciones penales contempladas en el apartado 1 [relativas al inicio de investigaciones por Eurojust y otras tareas de apoyo], y sin perjuicio del artículo 86 [en relación a la protección de los intereses financieros de la UE], los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes”.

A pesar de estas reticencias, con el Tratado de Lisboa, se han dado pasos en la dirección de introducir garantías procesales para acusados y sospechosos en los últimos años. Así, a las ya adoptadas Directivas relativas a la interpretación y traducción [2010/64/UE, *Diario Oficial L 280*, pp. 1-7] y derecho a la información en los procedimientos judiciales [2012/13/UE, *Diario Oficial L 142*, pp. 1-10], se añaden otras propuestas legislativas en este ámbito publicadas por la Comisión en noviembre de 2013. Para más información: http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵⁷ “La ley española es la más partidaria de apoyarse en la discrecionalidad de las autoridades de ejecución, siendo la menos prescriptiva de las leyes analizadas en relación a los derechos y garantías que solicita para la entrega. Es la única que no aplica controles de doble tipificación para los delitos no contemplados en el catálogo de la OEDE, dejando la entrega a la discreción de los tribunales españoles, de tal modo que el juez español es el único que tiene la posibilidad de entregar a la persona requerida incluso por delitos fuera del catálogo de la OEDE que no son delito en el Derecho interno [...] Todos los motivos de denegación son optativos, con una ligera diferencia en la decisión del Estado ejecutor de ejecutar una sentencia por sí misma en lugar de entregarlo [...] España no está obligada a tomar tal decisión para los nacionales españoles (pero no para los residentes o personas que permanezcan en el territorio, como en la DM), excepto si éstos consienten en cumplir la sentencia en el extranjero [...] En cuanto a las garantías exigidas, solamente es obligatoria la revisión de las penas de privación de libertad a perpetuidad. La garantía de retorno tras la entrega a efectos de enjuiciamiento es optativa para los jueces españoles; no se menciona la exigencia y garantía de la repetición del juicio en caso de juicios *in absentia*, lo cual induce a pensar que los jueces españoles no pueden denegar la entrega alegando tales motivos [...]. No se admite ningún recurso a la decisión de entrega”. SOUSA SANTOS, B. (Coord.), *The European Arrest Warrant in Law and in Practice...*, *op.cit.* en Nota 249, p. 42.

por parte de la autoridad judicial competente, del respeto del principio de *ne bis in idem* en todo proceso penal. Desde su Sentencia en los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge*⁴⁵⁸, el Tribunal de Justicia, partiendo del artículo 54 CAAS⁴⁵⁹, ha sentado las bases de la protección jurisprudencial del inculpado en el espacio judicial europeo con una jurisprudencia constante, garantizando que, tras la emisión de una sentencia o cualquier otra decisión absolutoria dictada por un juez de un Estado miembro —incluso en caso de sobreseimiento por acuerdo entre las partes—, no pueda volver a entablarse un nuevo proceso penal por los mismos hechos. Esta garantía procesal, que, para algunos autores, es corolario lógico del principio de reconocimiento mutuo⁴⁶⁰, ha sido posteriormente “constitucionalizada” mediante su incorporación en el Art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales, integrada en el Tratado de Lisboa y objeto de desarrollo lento y parcial en el seno de la Unión⁴⁶¹.

Desde la adopción del Programa de Estocolmo y del Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales celebrados en la Unión⁴⁶², en 2009, tímidos han sido los avances legislativos en este sentido, a pesar de la numerosa normativa penal sustantiva aprobada en el último lustro. A la reforma de la OEDE con el fin de reforzar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales dictadas en ausencia de la persona

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de febrero de 2003, en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge (asunto C-385/01), *Diario Oficial C* 83, de 5.4.2003, p. 5.

Para un análisis de la evolución de este principio y de su reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en diferentes sentencias posteriores, *vid.* VERVAELE, J. A. E., *Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*, *InDret*, 1/2014, Barcelona, enero de 2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1027.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵⁹ “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

⁴⁶⁰ NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales...”, *loc. cit.* en Nota 423.

⁴⁶¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, *Diario Oficial L* 220, de 15.8.2008, pp. 32-34.

⁴⁶² CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo...*, *op. cit.* en Nota 40; Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, *Diario Oficial C* 295, de 4.12.2009, pp. 1-3.

En la preparación del próximo programa plurianual en el marco del ELSJ, sin embargo, tanto la Comisión como el Consejo Europeo ambas instituciones obvian este tema, salvo una alusión genérica de este último a la necesidad de asegurar el mismo nivel de garantías procesales a los solicitantes de asilo. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura...*, *op. cit.* en Nota 54; CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

imputada (o juicios *in absentia* ⁴⁶³), se le suman determinadas mejoras procesales en el espacio judicial europeo que abren un atisbo de esperanza sin por ello indicar un cambio de tendencia en la “política penal comunitaria”. Así, por ejemplo, contra la emisión de una OEI, la persona en cuestión podrá interponer un recurso ante las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución una vez que la Directiva forme parte del ordenamiento interno de todos los EEMM ⁴⁶⁴. Asimismo, con carácter general, la Unión ha adoptado varias Directivas relativas a los derechos a interpretación y traducción, a ser informado debidamente de sus derechos y obtener asistencia letrada en los procesos penales ⁴⁶⁵, a las que se le suman otras iniciativas en preparación ⁴⁶⁶ y el Libro Verde

⁴⁶³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, *Diario Oficial L 81*, de 27.3.2009, pp. 24-36.

⁴⁶⁴ Artículo 14 OEI, *Vías de recurso*

“1. Los Estados miembros velarán por que las vías de recurso equivalentes a las existentes en un caso interno similar sean aplicables a las medidas de investigación indicada en la OEI.

2. Los motivos de fondo por los que se haya emitido la OEI únicamente podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado de emisión, sin perjuicio de las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución.

3. Si ello no socava la confidencialidad de una investigación [...] las autoridades de emisión y de ejecución tomarán, las medidas necesarias para velar por que se facilite información sobre las posibilidades, de conformidad con el Derecho nacional, de emprender las vías de recurso cuando estas sean aplicables y en tiempo oportuno para permitir su ejercicio efectivo.

4. Los Estados miembros velarán por que todos los plazos para emprender las vías de recurso sean los mismos que los previstos en casos internos similares y se apliquen de forma que quede garantizada la posibilidad del ejercicio efectivo de estas vías de recurso para las partes interesadas.

5. Las autoridades de emisión y de ejecución se informarán mutuamente sobre los recursos interpuestos contra la emisión, reconocimiento o ejecución de la OEI.

6. La impugnación no suspenderá la ejecución de la medida de investigación, a menos que esté previsto en casos internos similares.

7. Toda impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI será tenida en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio Derecho interno. Sin perjuicio de las normas procesales internas, los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales en el Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de la OEI”.

⁴⁶⁵ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, *Diario Oficial L 280*, de 26.10.2010, pp. 1-7; Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, *Diario Oficial L 142*, de 1.6.2012, pp. 1-10; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, *Diario Oficial L 294*, de 6.11.2013, pp. 1-12.

Para un estudio pormenorizado de las diferentes Directivas e iniciativas y del proceso recorrido hasta la fecha, *vid.* GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General Derecho Constitucional*, Núm. 16, abril de 2013, pp. 1-40.

⁴⁶⁶ Entre las propuestas más significativas en materia de lucha contra el COT: COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan*

relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el campo de la detención ⁴⁶⁷. Es precisamente en este último ámbito en el que se han centrado las críticas más recientes del Parlamento Europeo, al considerar que el hacinamiento carcelario, el incremento de casos de muertes y suicidios en la población reclusa, el retraso en la celebración de los juicios o el aumento de presos en prisión preventiva — medida excepcional muy extendida en la UE— minan la confianza mutua del espacio judicial europeo e, indirectamente, la implementación del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Tras estos negativos datos, los eurodiputados recomendaron ya hace unos años aplicar unas normas penitenciarias comunes mínimas de privación de libertad en todos los EEMM, como las adoptadas por el Consejo de Europa, además de exhortar a las autoridades estatales a que garantizaran que “la prisión preventiva sea una medida excepcional a utilizar bajo estrictas condiciones de necesidad y proporcionalidad y por tiempo limitado, en cumplimiento del principio fundamental de la presunción de inocencia y del derecho a la no privación de libertad” ⁴⁶⁸; garantías procesales que han sido minusvaloradas en beneficio de la supuesta búsqueda de la eficiencia de las actuaciones judiciales y policiales en la erradicación de las actividades criminales de las organizaciones delictivas en el seno de la UE.

La lucha contra el COT ha repercutido de tal forma en las salvaguardas procesales que necesitan de reformas de mayor calado a fin de que se garantice la protección de los derechos fundamentales del inculpado tanto a nivel europeo como estatal. En particular, en la prevención y represión de la actividad criminal de las organizaciones delictivas, las autoridades estatales han procedido a aplicar períodos de detención provisional más prolongados que en los procesos corrientes, dada la supuesta mayor complejidad de la investigación y justificación de los elementos de la prueba;

ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales [COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD)] y *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea* [COM/2013/0824 final - 2013/0409 (COD)].

Puede consultar las diferentes propuestas legislativas en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo - Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención*, COM (2011) 327 final, Bruselas, 14.6.2011.

⁴⁶⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP)), *Diario Oficial C 168 E*, de 14.6.2013, pp.82-87.

una práctica que ha recibido críticas por parte, por ejemplo, de Naciones Unidas ⁴⁶⁹. Asimismo, la posibilidad de que los arrepentidos vean disminuidas o, incluso, se les eliminen las penas en caso de colaborar “sustancialmente” con la investigación y el enjuiciamiento de miembros de la organización delictiva puede repercutir negativamente en todo el proceso, limitando el alcance real de las garantías del inculpado a un juicio justo y a la presunción de inocencia —como recientemente ha reconocido la propia Comisión ⁴⁷⁰—, pues se procede a declaraciones, por regla general, no verificadas con pruebas fehacientes, como ya indicamos en el correspondiente apartado (*vid. supra*, epígrafe tercero). Además, en la lucha contra el COT se ha tendido a abusar de las medidas excepcionales, invirtiendo la carga de la prueba y sometiendo a restricciones particulares la comunicación con el abogado en la fase de instrucción, incluso con la normativa comunitaria actual, haciendo uso genérico de las razones de urgencia y necesidad de la medida de incomunicación temporal ⁴⁷¹. No obstante, en el

⁴⁶⁹ En el caso de España, “la Ley de enjuiciamiento criminal permite la detención incomunicada por delitos particularmente graves cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes [...] En este contexto, el Relator Especial, en sintonía con las opiniones expresadas por los tribunales y órganos regionales de derechos humanos y con las resoluciones adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos, recuerda que la detención incomunicada prolongada puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante [...] Según la información recibida [...], con arreglo al marco normativo vigente antes de la aprobación de la Ley orgánica Nº 13/2003, el juez podía decretar la incomunicación durante la detención preventiva por un período que no estaba claramente definido, con el resultado de que la incomunicación podía durar un período de tiempo indeterminado. [...] El Relator Especial recibió información fidedigna que le induce a creer que, aunque la tortura y los malos tratos no son sistemáticos en España, el sistema de detención practicado permite casos de tortura o malos tratos, en particular de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas. [...] Preocupa también al Relator Especial que los detenidos incomunicados no puedan hablar en privado con el abogado de su elección, ni siquiera con el abogado designado de oficio”. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL – COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención – Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Adición: Visita a España (Resumen)*, E/CN.4/2004/56/Add.2, 6.2.2004.

⁴⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document – Impact Assessment accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings*, SWD (2013) 478 final, Bruselas, 27.11.2013.

⁴⁷¹ Art. 3, § 6: “En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 [relativos a la asistencia de letrado, por ejemplo, en careos, reconstrucción de los hechos y ruedas de reconocimiento] en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:

a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;

b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”.

Es, por ello, necesario poner en relación esta disposición con el Art. 8, que condiciona estas medidas de urgencia: “Las excepciones temporales previstas [...] a) deberán ser proporcionadas y

terreno procesal “ninguna excepción se puede basar exclusivamente en el tipo o en la gravedad del delito y la concesión de cualquier excepción requiere la evaluación individual del caso concreto por parte de la autoridad competente”⁴⁷²; cuestión que casa mal con la práctica de la lucha contra el COT seguida en el espacio judicial europeo, donde la incriminación del individuo por mera pertenencia a organización delictiva ya condiciona todo el proceso seguido contra su persona. Por ello, como ya indicara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han de reforzarse las garantías concretas para que estas medidas “excepcionales” y “provisionales” se apliquen de manera proporcionada e individualizada, caso por caso, confirmando la tesis de Montserrat de Hoyos sobre la corresponsabilidad del juez nacional en la protección de los derechos y libertades fundamentales en el espacio judicial europeo⁴⁷³:

Toda excepción al disfrute de este derecho debe estar claramente circunscrita y su aplicación estrictamente limitada en el tiempo. Estos principios revisten una importancia particular en el caso de infracciones graves, porque es frente a las penas más graves, cuando el derecho a un proceso equitativo debe ser asegurado en el grado más alto posible por las sociedades democráticas⁴⁷⁴.

6. El papel de las autoridades de aplicación de la ley en la represión del crimen organizado transnacional. Hacia un cambio de modelo en la gestión de la seguridad

Junto a la progresiva instauración de un Derecho penal de la UE para reprimir ciertas actividades ilícitas relacionadas tradicionalmente con los grupos delictivos organizados, el otro ámbito esencial en la consolidación de la política “común” de lucha contra el COT ha sido el refuerzo de la cooperación policial y entre otras autoridades estatales a nivel europeo con funciones coercitivas. De esta forma, las diferentes iniciativas destinadas a facilitar la cooperación policial transfronteriza han servido de

limitarse a lo estrictamente necesario; b) estarán rigurosamente limitadas en el tiempo; c) no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción, y d) no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo”.

⁴⁷² GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., “La armonización de los derechos procesales en la UE...”, *loc. cit.* en Nota 465, p. 33.

⁴⁷³ HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales...”, *loc. cit.* en Nota 428.

⁴⁷⁴ Sentencia del TEDH, de 27 de noviembre de 2008, en el asunto *Salduz/Turquia*, Demanda Núm. 36391/02, párrafo 54.

complemento indispensable al ingente Derecho penal adoptado en la última década. No obstante, a medida que ha evolucionado el fenómeno, la política “común” de lucha contra el COT ha ido a la par y se ha vuelto más compleja, requiriendo un nuevo enfoque, más prospectivo, integrador y europeo, con la finalidad de mejorar su efectividad y capacidad de anticiparse a los acontecimientos tanto desde el plano estratégico como operacional y operativo ⁴⁷⁵. Para ello, no solamente se ha impulsado la aprobación de medidas destinadas a reforzar el elemento preventivo de la respuesta policial con la aprobación de prioridades *européas* en la lucha contra el COT y la mejora de los instrumentos de cooperación policial y de intercambio de datos e información —un cambio fundamental en el modelo reactivo anterior—, sino que la responsabilidad en el mantenimiento del orden y la seguridad públicos se ha extendido a otros actores estatales no necesariamente ligados con estos ámbitos, como los agentes de aduanas y el sector financiero, además de verse ampliado al sector privado (compañías aéreas y de flete marítimo o transporte terrestre, profesionales del Derecho, casinos, agentes inmobiliarios, etc.).

En este cambio de modelo que se ha pretendido implantar para completar la política “común” de lucha contra el COT de la UE, el intercambio de datos e inteligencia ha sido erigido como pieza central del “rompecabezas” institucional y jurídico en el que se basa la cooperación en el seno de la Unión entre las autoridades de aplicación de la ley, esta vez, entendido en su sentido más amplio. Este modelo preventivo, basado en un *mercado interior de libre circulación de datos*, ha incluido al sector privado, que se ha visto obligado a cooperar con las autoridades de aplicación de la ley europeas por una normativa comunitaria recientemente considerada por el Tribunal de Justicia una “injerencia de especial magnitud y gravedad en los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos de carácter personal” ⁴⁷⁶, dando la razón a la doctrina más crítica con la tendencia a la

⁴⁷⁵ En nuestra opinión, existen ligeras diferencias entre los conceptos *operacional* y *operativo*. Mientras que las autoridades policiales realizan actuaciones coercitivas sobre el terreno —es decir, operativas—, los actores del ELSJ llevan a cabo acciones de coordinación y análisis estratégicos en el nivel operacional relacionados con la inteligencia (estratégica u operacional).

⁴⁷⁶ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (*Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*), de 8 de abril de 2014. En su Sentencia, el Tribunal de Justicia considera intrusiva la norma comunitaria de retención de datos personales, la Directiva 2006/24/CE [*Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp. 54-63], juzgándola ilegal por ir más allá de lo estrictamente necesario y declarándola inválida a todos los efectos.

normalización de la excepción que ha seguido el Derecho penal de la UE en la última década en la lucha contra el COT y el terrorismo.

1. El cambio de paradigma en la represión del crimen organizado transnacional y otras amenazas a la seguridad: el modelo de inteligencia penal europeo

La UE ha convertido el intercambio de información y datos en uno de los pilares fundamentales de la arquitectura de seguridad interior y, en consecuencia, del valor añadido de su intervención a la gestión multinivel de la seguridad ante amenazas comunes como el COT. Estos intercambios no solamente han permitido la represión *a posteriori* de las actividades delictivas del COT por parte de las autoridades de los EEMM, mejorando la cooperación policial en el seno de la UE; sino que, asimismo, este ámbito es el eje central sobre el que se asienta la intervención propiamente preventiva de la Unión, complementada con otras iniciativas que tienen un carácter meramente subsidiario en diversas áreas de competencia compartida de apoyo a las instancias estatales, como la prevención de las toxicomanías y la salud pública (*vid. infra*, epígrafe sexto). Para llegar hasta aquí, diversas iniciativas se han sucedido en los últimos años para impulsar el intercambio de información y datos entre las autoridades estatales encargadas del mantenimiento del orden y la seguridad públicos y de aplicación de la ley en otros ámbitos complementarios relacionados, tradicionalmente reacias a intercambiar datos e información con sus homólogas europeas. Estas iniciativas han querido romper esa tendencia “aislacionista” en materia de intercambio de datos e información, precisamente, porque el nuevo paradigma europeo de seguridad interior, patrocinado por la ESI, depende de esa ruptura y de la adopción de un cambio en la metodología de la intervención de la Unión comenzando por el establecimiento de prioridades de actuación contra el COT a nivel europeo, que, se supone, han de ser algo más que la suma de las preferencias geoestratégicas de los EEMM.

En primer lugar, la UE ha dado un paso esencial en la configuración de una nueva etapa de la cooperación policial europea, rompiendo así con la visión más tradicional: adoptar una nueva metodología en la intervención de la Unión, basada en el modelo de *intelligence-led policing* británico. En concreto, la UE ha puesto en marcha

un modelo de inteligencia penal ⁴⁷⁷ europeo (*European Criminal Intelligence Model*, ECIM) destinado a la prevención de la criminalidad a nivel de la Unión y a la lucha contra las formas de delincuencia más graves. Adoptado por el Consejo en 2005, a iniciativa del Reino Unido —Estado miembro que ostentaba la Presidencia rotatoria del Consejo—, el ECIM se fundamenta en los análisis estratégicos de riesgo, principalmente los Informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado (*Organized Crime Threat Assessment*, OCTA) realizados por Europol ⁴⁷⁸. Este modelo, propuesto por el Reino Unido pero presente en otros EEMM, se basa en tres ejes prioritarios interconectados: 1) la recopilación de información y datos; 2) el análisis de dicha información (*inteligencia*); y 3) la centralización de las actuaciones en los ámbitos prioritarios a nivel europeo, es decir los grupos criminales más graves con capacidad transnacional que puedan alterar el orden público europeo y perjudicar la seguridad interior. Como alegara el Consejo en defensa de la adopción de este nuevo paradigma, posteriormente confirmado por la ESI:

Sin un buen conocimiento es improbable que la respuesta resulte efectiva en la identificación y la lucha contra los riesgos más graves. Para mejorar nuestra respuesta global, por lo tanto, primero hemos de mejorar nuestro conocimiento del crimen organizado y grave y, entonces, usarlo para centrar el esfuerzo de inteligencia y operativo en las áreas de mayor prioridad. ⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Existen varios tipos de inteligencia, según el órgano encargado de recopilar, procesar, analizar y producir *inteligencia*: de los servicios exteriores, internos, militares o penales. Además, dentro de la inteligencia criminal encontramos la inteligencia operativa y estratégica. *Vid.* SCHREIER, F., “Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations”, *Occasional Papers*, Núm. 16, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009, Ginebra, pp. 52-57, disponible en: www.dcaf.ch/publications [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁷⁸ Europol, en ocasiones con el oportuno concurso de Eurojust y/o FRONTEX, también realiza otros informes de evaluación específicos, como los Informes de tendencias y situación del terrorismo (*Terrorism Situation and Trend Report*, TE-SAT) o, por el momento, de manera puntual, el informe conjunto de los tres actores sobre la situación de la seguridad interior, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2010/aug/eu-council-eurojust-europol-frontex-int-sec-9359-10.pdf> [última consulta: 31.8.2015]. Por su parte, FRONTEX también realiza los *Analysis Risks Assessment* (ARA) sobre la situación en las fronteras exteriores y las amenazas a la seguridad interior de la UE.

Para un estudio pormenorizado de los OCTA, *vid.* MORENO, F., “Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado...”, *loc. cit.* en Nota 88.

⁴⁷⁹ UK Presidency of the EU 2005, *Annex – A European Criminal Intelligence Model* (traducción propia).

Los Países Bajos también presentaron un modelo alternativo, aunque con similitudes, al ECIM británico que fue discutido en el seno del Consejo. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Strengthening the EU operational police co-operation*, 13075/1/04, REV. 1, Bruselas, 27.10.2004.

El ECIM pretende convertir el *conocimiento* en una actuación efectiva a través de la gestión de un ciclo de inteligencia ⁴⁸⁰, estableciendo las áreas prioritarias de actuación de la Unión por medio del análisis de los riesgos y de una mejor comprensión del fenómeno delictivo. Así, este modelo procura servir de estrategia *evolutiva*, cíclica, que se adapta al nuevo escenario de las amenazas según cambien éstas, al mismo tiempo que constituye la base para la actuación represiva conjunta de las autoridades nacionales responsables. Este modelo se divide en cuatro pasos. En primer lugar, las autoridades nacionales competentes comparten información e inteligencia con Europol, quien elabora un análisis de riesgos (OCTA) y señala las principales amenazas ligadas a los grupos criminales, así como las principales deficiencias en la información disponible por Europol. Basándose en dicho análisis, el Consejo adopta las que han de ser las prioridades estratégicas de actuación. A partir de dichas prioridades, los EEMM articulan operaciones conjuntas contra los grupos criminales y reenvían a Europol la información e inteligencia resultante de las operaciones transfronterizas llevadas a cabo, completando el ciclo de inteligencia. Por lo tanto, el ECIM teóricamente aúna tanto la visión estratégica como la actuación operativa contra las amenazas transfronterizas detectadas, coordinada por los Jefes de Policía de la UE y apoyada por Eurojust y Europol.

Siguiendo el ciclo propuesto por el ECIM, el Consejo aprobaría, en junio de 2011, ocho prioridades estratégicas en la lucha contra el COT para el período 2011-2013 (*Harmony Policy Cycle*), destinadas a proteger la seguridad interior ⁴⁸¹ y sentar las

⁴⁸⁰ UK Presidency of the EU 2005, *Annex...*, *loc. cit.* en Nota 479, p. 1.

⁴⁸¹ “i. debilitar la capacidad de los grupos delictivos organizados activos o basados en África occidental para traficar cocaína y heroína hacia, y dentro de, la UE;

ii. mitigar el papel de los Balcanes occidentales como región de tránsito y de almacenaje para el tráfico de bienes ilícitos destinados a la UE y centro logístico para los grupos organizados, incluyendo las agrupaciones delictivas albanófonas;

iii. debilitar la capacidad de los grupos delictivos organizados para facilitar la inmigración irregular hacia la Unión, particularmente a través de las fronteras Sur, Sureste y del Este de Europa y, particularmente, la frontera greco-turca, y en áreas de crisis del Mediterráneo cercanas al Norte de África;

iv. reducir la producción y distribución en la UE de drogas sintéticas, incluyendo nuevas sustancias psicoactivas;

v. perturbar el tráfico hacia la UE, particularmente en containers, de bienes ilícitos, incluyendo cocaína, heroína, cannabis, productos falsificados y cigarrillos;

vi. combatir todas las formas de trata de seres humanos y de tráfico de personas dirigiendo la actuación sobre los grupos delictivos organizados, en particular en los focos regionales delictivos del Sur, Suroeste y Sureste de la UE;

vii. reducir la capacidad general de los grupos delictivos organizados itinerantes de cometer actividades criminales;

bases del nuevo modelo estratégico en la UE. Estas prioridades fueron recogidas posteriormente en los *Serious and Organized Crime Threat Assessment (SOCTA)* realizados por Europol que dan continuidad a este ciclo estratégico ⁴⁸² y que ha servido para identificar las nuevas prioridades del período 2014-2017. Así, según el Consejo, la Unión habrá de abordar en el próximo período:

- i. Poner trabas a los grupos de delincuencia organizada implicados en la facilitación de la inmigración ilegal y que operan en los países de origen, en los principales puntos de entrada en la UE en las rutas principales y, siempre que haya pruebas, en canales alternativos, y reducir la utilización ilegal por dichos grupos de los canales legales para la migración, incluida la utilización de documentos fraudulentos como medio para facilitar la inmigración ilegal.
- ii. Poner trabas a los grupos de delincuencia organizada implicados en la trata de seres humanos dentro de la UE y a partir de los países externos de origen más conocidos a efectos de explotación laboral y sexual, incluidos los grupos que utilizan estructuras empresariales legales para facilitar u ocultar sus actividades delictivas.
- iii. Poner trabas a los grupos de delincuencia organizada implicados en la producción y distribución de productos falsificados que violan la reglamentación relativa a la salud pública, la seguridad y la alimentación, y a los grupos que producen bienes que no cumplen la normativa correspondiente.
- iv. Minar la capacidad de los grupos de delincuencia organizada y de los especialistas implicados en el fraude en el ámbito de los impuestos especiales y

viii. intensificar la lucha contra la ciberdelincuencia y el abuso delictivo de Internet por parte de los grupos delictivos organizados”.

Para cada una de estas prioridades, diferentes grupos de expertos establecieron objetivos estratégicos, aprobados por el Comité Permanente de Seguridad Interior (COSI) y traducidos en planes de acción operacionales. Este planteamiento plurianual constituye la parte operacional de la agenda establecida por la ESI. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia organizada entre 2011 y 2013*, 11050/11, Bruselas, 6.6.2011. Adicionalmente, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales relativo a los trabajos del Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior durante el período comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2012*, 7282/13, Bruselas, 7.3.2013.

Para mayor información: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/operational-cooperation/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁸² El primero de ellos se adoptó en 2013 y conformaría el ciclo para el período 2013-2017. EUROPOL, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA 2013)*, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

Puede consultarse más información sobre cómo funciona este ciclo político y estratégico en: <https://www.europol.europa.eu/content/eu-policy-cycle-empact> [última consulta: 31.8.2015].

en el fraude intracomunitario (conocido como fraude "del operador desaparecido").

- v. Reducir la producción de drogas de síntesis en la UE y poner trabas a los grupos de delincuencia organizada implicados en el tráfico de dichas drogas.
- vi. Reducir el tráfico de cocaína y heroína hacia la UE y poner trabas a los grupos de delincuencia organizada que facilitan su distribución en la UE.
- vii. Luchar contra los delitos informáticos cometidos por los grupos de delincuencia organizada y que generan importantes beneficios fraudulentos, como el fraude en línea y con tarjetas de pago, los delitos informáticos que causan importantes daños a sus víctimas, como la explotación sexual infantil en línea, y los ataques informáticos que afectan a infraestructuras críticas y a servicios de información de la UE.
- viii. Reducir el riesgo de las armas de fuego para los ciudadanos, por ejemplo luchando contra el tráfico ilegal de dichas armas.
- ix. Luchar contra la delincuencia organizada contra la propiedad cometida por grupos móviles de delincuencia organizada ⁴⁸³.

El ECIM tiene, empero, varios puntos débiles. Por una parte, el modelo europeo es altamente dependiente de la voluntad de colaboración de las autoridades nacionales correspondientes, pues la mayor parte de los datos, información e inteligencia manejados por Europol proviene de las autoridades policiales de los EEMM. Esta deficiencia es conocida desde la primera propuesta británica y ha sido confirmada posteriormente con la práctica. Si bien algunos EEMM son altamente cooperativos y apuestan por el papel central de Europol en la investigación criminal y la lucha contra las amenazas transnacionales, otros EEMM se muestran mucho más reacios a cooperar, proporcionando al organismo escasa o nula información con la que trabajar en la elaboración de los OCTA. Además, Europol recibe información e inteligencia sesgadas, pues las autoridades estatales "filtran" la información remitida a Europol, quien repite el proceso para elaborar productos (OCTA) que se manifiestan terciados o incompletos ⁴⁸⁴,

⁴⁸³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia grave y organizada entre 2014 y 2017*, 12095/13, Bruselas, 26 de julio de 2013.

⁴⁸⁴ MORENO, F., "Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado...", *loc. cit.* en Nota 88.

además de excesivamente centrados en los “extranjeros”⁴⁸⁵ y que tienden a retroalimentar el sistema institucional con justificaciones en exceso difusas y repetitivas que ahondan en el continuum securitario oficial, como demuestran las prioridades políticas aprobadas para el período 2014-2017. Por otro lado, aunque pretende ser un modelo eminentemente preventivo, dada la tradición jurídica (europea continental) de la mayor parte de los EEMM, las actuaciones policiales y judiciales se rigen principalmente por el principio de culpabilidad. Ello restringe el voluntarismo de algunos EEMM a aplicar un modelo pensado, principalmente, para el sistema de investigación penal anglosajón, en el que los cuerpos y fuerzas de seguridad ejercen el papel principal y no están sujetos a esta imposición legal de la tradición jurídica europea continental.

Otro de los grandes desafíos a los que ha de responder el ECIM y, en general, la cooperación policial en la UE en el terreno operativo es la efectiva protección de los datos personales almacenados y transferidos por las autoridades estatales responsables de la implementación de la ley, así como por determinadas entidades privadas sujetas a imperativo legal de colaborar en el mantenimiento de la seguridad interior contra el COT. Esta normativa de intercambio de información y datos por parte del sector privado, que incluye la controvertida Directiva sobre retención de datos⁴⁸⁶, ha sido duramente criticada tanto por la doctrina como por algunos tribunales nacionales⁴⁸⁷ y,

⁴⁸⁵ FIJNAUT, C., “Controlling organized crime and terrorism...”, *loc. cit.* en Nota 86, p. 245; SHEPTYCKI, J., BEN JAFFEL, H. y BIGO, D., *International organized crime in the European Union*, *loc. cit.* en Nota 86.

⁴⁸⁶ La Directiva sobre transmisión de Información Anticipada sobre los Pasajeros (*Advance Passenger Information*, API) [*Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, pp. 24-27] obliga a las aerolíneas a transmitir electrónicamente datos sobre los pasajeros, entre otros, a los servicios de aduanas e inmigración, permitiendo a las autoridades competentes del Estado miembro de llegada procesar la información antes del aterrizaje del vuelo en su territorio.

Por su parte, la Directiva sobre retención de datos requiere que los operadores retengan ciertas categorías de datos relativos a la identificación de los clientes y a las llamadas realizadas o correos electrónicos enviados, excluyendo su contenido, por un período que va desde los seis meses a los dos años y, a su solicitud, ponerlos a disposición de las autoridades de aplicación de la ley con el fin de investigar, detectar y reprimir el terrorismo y la delincuencia grave. PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp. 54-63

⁴⁸⁷ La normativa relativa a la protección de datos personales en el ámbito del extinto “tercer pilar” viene regida por la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal [*Diario Oficial L 350*, de 30.12.2008, pp. 60-71]. Por su parte, en el ámbito comunitario, las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, tal como queda modificada por la Directiva 2006/24/CE [*Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp. 54-63], regulan, respectivamente, la protección y conservación de los

en abril de 2014, por el propio Tribunal de Justicia, que terminara por invalidar dicha Directiva ⁴⁸⁸. Además, el intercambio de los datos de los pasajeros (*Passenger Name Record*, PNR) con Estados terceros, como Estados Unidos y Australia ⁴⁸⁹, y la propuesta de creación de un banco de datos PNR a nivel europeo ⁴⁹⁰, al igual que otras medidas similares de control de viajeros relacionadas directamente con la gestión de las fronteras exteriores ⁴⁹¹, han concentrado la atención de los medios y las críticas sobre la

datos personales. Este marco de la UE es completado por los instrumentos del Consejo de Europa, particularmente, la Convención Núm. 108, de 1981.

Las Cortes rumana y alemana han declarado inconstitucionales sendas leyes de implementación nacionales de la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos personales, cuestionando la norma europea. Incluso en el momento de adoptar la Directiva, numerosos fueron los EEMM que decidieron aplazar su aplicación (ver las Declaraciones anejas a la Directiva), conscientes de las dificultades constitucionales a las que habrían de verse enfrentadas las normas de implementación. Según la Comisión, la implementación de la Directiva ha sido prácticamente nula. Ante tales dificultades, la Comisión estudia actualmente revisar este marco general de la UE relativo a la conservación de datos [COM (2011) 225 final, de 18.4.2011]. Asimismo, la Comisión estudia modificar la legislación vigente sobre protección de datos personales, en particular la Directiva de 1995, para adaptarla a las nuevas tecnologías e introducir entre otras novedades el “derecho al olvido”. *Bulletin Quotidien Europe* n° 10250, 5.11.2010, pp. 9-10. Igualmente, en la página web de la Dirección General Justicia de la Comisión: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

Para un análisis de la protección de datos y el intercambio de información en la UE, *vid.* BUNYAN, T, “The principle of availability”, *Statewatch analysis*, disponible en www.statewatch.org [última consulta: 31.8.2015]; HERT, P. De y RIEHLE, C., “Data protection in the area of freedom, security and justice. A short introduction and many questions left unanswered”, *Europäische Rechtsakademie Forum*, Vol. 11, Núm. 2, Springer, 2010, pp. 159-167; SYMEONIDOU-KASTANIDOU, E., “Towards a New Definition of Organized Crime...”, *loc. cit.* en Nota 21. Adicionalmente, HERNÁNDEZ LORENTE, A., FOJÓN CHAMORRO, E. y COLOM PIELLA, G., “Vigilados por defecto”, *Documento de Opinión*, Núm. 34/2014, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 4.4.2014, disponible en: www.ieee.es [última consulta: 31.8.2015]; ABC, “De los atentados del 11-S a Snowden, la seguridad como excusa”, 9.4.2014.

⁴⁸⁸ *Vid.* Nota 476.

⁴⁸⁹ Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, *Diario Oficial L 215*, de 11.8.2012, pp. 5-14 (sustituye al Acuerdo PNR 2007); y Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, *Diario Oficial L 186*, de 14.7.2012, pp. 4-16.

⁴⁹⁰ Este PNR interno cubriría tanto datos proporcionados por aerolíneas como por compañías de transporte marítimo y terrestre. COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves*, COM (2011) 32 final – 2011/0023 (COD), Bruselas, 2.2.2011.

⁴⁹¹ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Sistema de Entrada/Salida (EES) para registrar los datos de entrada y salida de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, COM (2013) 95 final – 2013/0057 (COD), Bruselas, 28.2.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 en lo que respecta a la utilización del Sistema de Entrada/Salida (EES) y el Programa de Registro de Viajeros (RTP)*, COM (2013) 96 – 2013/0060 (COD), Bruselas, 28.2.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Programa de Registro de Viajeros*, COM (2013) 97 final – 2013/0059 (COD), Bruselas, 28.2.2013.

expansión de la lógica securitaria de la UE ⁴⁹², en detrimento del viejo objetivo comunitario de la libertad de circulación sin fronteras interiores, que sigue siendo objeto de polémica en relación a millones de ciudadanos rumanos y búlgaros en la actualidad y prácticamente una utopía para aquellos extracomunitarios que quieren moverse libremente en el seno del *espacio Schengen* sin relación laboral predeterminada.

Asimismo, el ECIM ha de responder en un futuro cercano a la excesiva “compartimentalización” de la información e inteligencia disponible en distintas bases o ficheros automatizados o de la panoplia de canales disponibles para la transmisión de datos e inteligencia ⁴⁹³. Aunque la Comisión afirmara que esta estructura permite una mejor protección de los datos personales, frente a las ventajas que pudieran derivarse de una o varias bases de datos centralizadas ⁴⁹⁴, el panorama resulta bastante complejo en cuanto a su operatividad y la interoperabilidad de las distintas bases, además del posible solapamiento o duplicación de la información que pudiera ocasionar dicho carácter compartimentado y el hecho adicional de que no siempre están conectadas las bases de datos de las autoridades policiales con las agencias de aduanas ⁴⁹⁵. En particular, esta compartimentalización se aprecia en el caso de los instrumentos centralizados de intercambio de información y datos personales, que responden a finalidades concretas, pero que incorporan datos similares o idénticos en diferentes bases y que pueden ser igualmente utilizados para la lucha contra el COT aunque no fuera éste su fin primigenio, como ha ocurrido finalmente con la ampliación de la base de datos EURODAC ⁴⁹⁶. Independientemente de la cuestión de la efectiva protección de los

⁴⁹² *Vid.* Nota 487.

⁴⁹³ En la actualidad, existen toda una serie de bases de datos y canales de intercambio de información a disposición de las autoridades con carácter general o específico, como, por ejemplo, la Red S-TESTA (servicios transeuropeos seguros de telemática entre administraciones), SIENA (*Secure Information Exchange Network Application*), la Red Sirene, el Sistema de Información Schengen (SIS y SIS II), el iARMS (para el registro de armas robadas) y el Sistema de Información Aduanera, que sirve igualmente para controlar el tráfico ilícito de armas y drogas, la mayoría de los cuales son actualmente gestionados por la Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁴⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (2010) 385 final, Bruselas, 20.7.2010, p. 4.

⁴⁹⁵ Para un análisis de estas dificultades en la fluidez del intercambio de información y datos, *vid.* MORAL TORRES, A. del, “La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo europeo de inteligencia criminal”, *ARI*, Núm. 50/2010, 17.3.2010.

⁴⁹⁶ En mayo de 2012, la Comisión Europea propuso modificar la base de datos de EURODAC, destinada a la recogida de huellas dactilares de los solicitantes de asilo, para utilizar esa información en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad grave siguiendo un esquema *hit-no hit*. Según la propuesta:

datos personales, existe un problema de conexión e interoperabilidad en todas sus dimensiones (técnica, semántica, funcional y administrativa) entre las diferentes bases de datos, en algunas ocasiones dentro de un mismo Estado miembro, que afectan a la coherencia e interoperabilidad del conjunto y que la nueva Agencia de gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud del ELSJ ha de resolver, al ser la entidad encargada de gestionar Eurodac, VIS y SIS II, así como otras bases de datos que puedan surgir en un futuro próximo⁴⁹⁷. Sin embargo, la mayoría de los casos responde, más que

“Lo que ahora se pretende es que los cuerpos de seguridad puedan consultar EURODAC con fines de prevención, detección e investigación de los delitos de terrorismo y otros delitos graves. Se trata de que puedan solicitar la comparación de datos dactiloscópicos con los almacenados en la base de datos central EURODAC cuando tratan de determinar la identidad exacta u obtener más información sobre una persona sospechosa de haber cometido un delito grave o sobre una víctima de la delincuencia.” COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «EURODAC» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° [.../...], [por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida], y a las solicitudes de comparación con los datos EURODAC presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (Versión refundida)*, COM (2012) 254 final – 2008/0242 (COD), Bruselas, 30.5.2012, p. 4.

En caso de respuesta positiva, o *hit*, las autoridades policiales podrían utilizar otros medios existentes si consideran que necesitan información adicional, como la Decisión marco 2006/960/JAI, relativa al intercambio de información e inteligencia [*Diario Oficial* l 386, de 29.12.2006, pp. 89-100].

Finalmente, la propuesta de Reglamento fue adoptada en junio de 2013, reconociendo expresamente el cambio de su finalidad originaria (Considerando 13) y permitiendo el acceso a este tipo de datos en casos de lucha contra el terrorismo y delitos graves, según los delitos recogidos en la euroorden. PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición), *Diario Oficial L 180*, de 23 de junio de 2013, pp. 1-30.

⁴⁹⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1077/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, por el que se establece una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, *Diario Oficial L 286*, de 1.11.2011, pp. 1-17; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de

a una falta de competencias, interés o voluntad de los actores implicados, a la especialización de los cuerpos y fuerzas de seguridad estatales según sus diversas funciones (policía de investigación criminal, administrativa, de seguridad ciudadana, aduanas, etc.), distribución territorial (policía nacional, autonómica o regional, local) y organización interna (centralizada o descentralizada); cuestiones que todavía no han sido abordadas con detenimiento en la UE por falta de consenso y afectar directamente a las soberanías nacionales.

A pesar de las deficiencias potenciales o reales del ECIM, la cooperación policial (e, indirectamente, judicial) descansa en gran medida en el intercambio de información, datos e inteligencia penal a nivel de la Unión. Por ello, con el fin de garantizar el buen funcionamiento de la política “común” contra el COT, la Unión ha adoptado diversas iniciativas en los últimos años destinadas a agilizar el intercambio de información e inteligencia penal e, incluso, rendirlo obligatorio en determinados casos de especial gravedad, con el fin último de crear lo que podríamos denominar un verdadero *mercado interior* de información y datos que completa el marco previsto para el sector privado y pretende agilizar la cooperación policial en la prevención y represión de las actividades delictivas ligadas a los grupos organizados, así como el terrorismo ⁴⁹⁸.

gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición), *Diario Oficial L 180*, de 23 de junio de 2013, pp. 1-30.

⁴⁹⁸ Existen numerosos instrumentos e iniciativas legislativas encaminadas a la mejora del intercambio de información e inteligencia penal entre las autoridades competentes de los EEMM y entre éstas y los actores del ELSJ, tanto generales (libre circulación o gestión de fronteras) como específicos en la lucha contra el terrorismo y el COT. Dichos instrumentos pretenden la puesta en marcha del modelo europeo de actuación policial basado en inteligencia propugnado por el ECIM por medio de la mejora de la fluidez del intercambio de información entre las autoridades competentes, tanto a nivel estratégico (preventivo) como operativo (reactivo). Según el propósito de dichos instrumentos e iniciativas, podemos dividirlos en dos grandes grupos. Por una parte, encontramos toda una serie de instrumentos, principalmente de carácter centralizado, tendentes a reforzar el espacio Schengen y las aduanas comunitarias; y, por otra, las iniciativas encaminadas primordialmente a la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia transfronteriza, facilitando el intercambio *ad hoc* de datos entre las autoridades nacionales de manera descentralizada y bilateral. Además, los actores del ELSJ y los acuerdos internacionales, como tendremos oportunidad de ver en el último Capítulo, son otros instrumentos de transmisión e intercambio de información e, incluso, de creación de inteligencia genuinamente europea (Europol y Frontex).

Por su importancia para el establecimiento de ese *mercado interior* de la información y los datos, son de destacar la Decisión marco 2006/960/JAI, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 386*, de 29.12.2006, pp. 89-100 (conocida como la “Iniciativa Sueca”); la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, *Diario Oficial L 210*, de 6.8.2008, pp. 1-11 (“Decisión Prüm”); y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la

En este contexto, el Programa de Estocolmo consagra el *principio de disponibilidad*⁴⁹⁹, para cuya implementación el Consejo había identificado previamente seis áreas prioritarias que habrían de ser desarrolladas por los diferentes instrumentos legislativos adoptados en estos años atrás y cuya finalidad trasciende considerablemente del marco de lucha contra el COT: ADN, huellas dactilares, balística, matriculación de vehículos, números de teléfono e identificación de personas⁵⁰⁰. Asimismo, este Programa señaló la necesidad de una mayor coherencia y consolidación de los intercambios de información

cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, *Diario Oficial L 210*, de 6.8.2008, pp. 12-72 (“Decisión de implementación de Prüm”).

Dada la multitud de iniciativas y la complejidad del panorama actual, haremos referencia únicamente a aquellos instrumentos relacionados directamente con la seguridad interior y el COT, especialmente en los apartados siguientes sobre la cooperación policial y aduanera. Con carácter general, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Panorama general de la gestión de la información....*, *op. cit.* en Nota 494.

Para un estudio en profundidad de iniciativas particulares, *vid.* DEHOUSSE, F. y SIFFLET, D., *Les nouvelles perspectives de la coopération de Schengen: le Traité de Prüm*, disponible en <http://aei.pitt.edu/9091/01/Prum.pdf> [última consulta: 31.8.2015]; BALZACQ, T., BIGO, D. y CARRERA, S. y GUILD, E., *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm and the Management of Threats*, Center for European Policy Studies, Bruselas, 2006, disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015]; CÁMARA VILLAR, G., “Las garantías de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 97-118.

⁴⁹⁹ CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo...*, *op. cit.* en Nota 40, p. 18.

Este principio fue introducido por el Programa de La Haya [*Diario Oficial C 53*, de 3.3.2005, pp. 1-14] con un carácter más rotundo que en su posterior implementación en el Derecho de la UE, en particular en la “Iniciativa Sueca”, que se limita a incluir una obligación de *acceso equivalente*; es decir, la obligación de no imponer unas condiciones más estrictas a las autoridades estatales de otro país que a las nacionales. En concreto, el principio de disponibilidad establecía que:

“[...] en todo el territorio de la Unión, un funcionario de policía de un Estado miembro que necesite información para llevar a cabo sus obligaciones pueda obtenerla de otro Estado miembro y que el organismo policial del otro Estado miembro que posea dicha información la facilitará para el propósito indicado [...]” (p. 7).

A pesar de la posible identificación con el principio de disponibilidad proclamado en el Programa de La Haya, ambos son diferentes en cuanto a su alcance. El principio de acceso equivalente pretende equiparar las condiciones aplicables al intercambio de información entre las autoridades de los EEMM, rindiéndolas no más exigentes que para el caso del acceso doméstico. Por el contrario, el principio de disponibilidad pretendía el acceso a toda base de datos disponible, no solamente los instrumentos o canales de intercambio existentes, por lo que su alcance ha quedado algo más restringido que previsto inicialmente.

⁵⁰⁰ El Consejo de Asuntos de Justicia e Interior, en su reunión de 14 de abril de 2005, acordó que se presentara, antes de finales de ese año, un primer informe sobre las modalidades técnicas para la aplicación del principio de disponibilidad respecto de seis tipos de información: ADN, huellas dactilares, balística, matriculación de vehículos, números de teléfono e identificación de personas. Para ello, creó un grupo de expertos, que presentó un primer informe en octubre. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Report by the Friends of the Presidency on the technical modalities to implement the principle of availability*, 13558/05, Bruselas, 24.10.2005.

La mayor parte de este tipo de información y datos personales es objeto de intercambio entre las autoridades de los EEMM en virtud de las disposiciones de la Decisión Prüm (*vid.* Nota 498). Sí estaban recogidas, no obstante, estas seis áreas en la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad [COM/2005/0490 final - CNS 2005/0207], que fuera retirada por la Comisión para negociar la que posteriormente sería la Decisión Prüm.

e inteligencia penal en el seno de la UE, dando paso a una segunda fase en la que se pretende valorar la adecuación de los instrumentos actualmente en vigor⁵⁰¹, por medio de un ejercicio de evaluación de los mecanismos existentes, denominado por los servicios de la Comisión “modelo europeo de intercambio de información” (*European Information Exchange Model, EIXM*)⁵⁰².

Es clara, pues, la complejidad que supone la instauración de este “mercado interior” de la información e inteligencia penal a nivel de la UE, dada la maraña de iniciativas sectoriales que se han ido sucediendo en el último lustro y que, poniendo como excusa la mejora de la eficacia de la política “común” de lucha contra el COT, han redundado en un considerable aumento del alcance de estas medidas, supuestamente de excepción y último recurso, al ampliar el ámbito material y subjetivo de la normativa vigente hasta entonces, en la mayoría de los casos implicando la inclusión de perfiles en estas bases de datos que en nada tienen que ver con las organizaciones delictivas, como las personas entradas ilegalmente en la UE o que residen de manera irregular en territorio comunitario. No obstante, como afirmara la propia Comisión en una Comunicación “ni el espacio de Schengen ni el mercado interior de la UE podrían funcionar hoy día sin el intercambio transfronterizo de datos”⁵⁰³ y el modelo de cooperación policial establecido en la última década —a nivel de coordinación estratégica (ECIM) y de colaboración operativa, sustentada en el intercambio de datos e información— quedaría vacío de contenido. Por ello, en los próximos años es previsible un desarrollo considerable de los actuales instrumentos de intercambio de información e inteligencia penal, así como de protección de datos personales⁵⁰⁴ para adaptarlo a las

⁵⁰¹ “Estas evaluaciones permitirán determinar si dichos instrumentos funcionan según lo previsto inicialmente y se adecuan a los objetivos de la Estrategia de gestión de la información”. CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo...*, *op. cit.* en Nota 40, p. 18.

⁵⁰² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Refuerzo de la cooperación en materia de aplicación de la ley en la UE: el Modelo Europeo para el Intercambio de Información (EIXM)*, COM (2012) 735 final, Bruselas, 7.12.2012. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de Conclusiones del Consejo tras la comunicación de la Comisión sobre el Modelo Europeo para el Intercambio de Información (EIXM)*, 9811/13, Bruselas, 24.5.2013.

⁵⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Panorama general de la gestión de la información...*, *op. cit.* en Nota 494, p. 2.

⁵⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI*, COM (2012) 9 final, Bruselas, 25.1.2012; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)*, COM (2012) 11 final – 2012/0011 (COD), Bruselas, 25.1.2012; *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo*

críticas recibidas y a la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia relativa al “derecho al olvido”⁵⁰⁵, en la dirección apuntada por la *Estrategia de la gestión de la información para la seguridad interior de la UE* del Consejo⁵⁰⁶ y por la propia Comisión⁵⁰⁷, que tenga en cuenta al mismo tiempo los resultados de ese ejercicio conjunto de evaluación del marco vigente impulsado por los servicios de la Comisión (EIXM) y las posibilidades ofertadas por el Tratado de Lisboa⁵⁰⁸.

2. El progresivo refuerzo de la cooperación policial contra el crimen organizado transnacional. La introducción de medios de investigación policial “proactiva” del delito

Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, con la integración del acervo Schengen en el marco de la UE⁵⁰⁹, la cooperación policial en la Unión ha

relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, COM (2012) 010 final - 2012/0010 (COD), Bruselas, 25.1.2012.

⁵⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, en el Asunto C-131/12.

⁵⁰⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de gestión de la información para la seguridad interior de la UE - Conclusiones del Consejo*, 16637/09, 30.11.2009. Más que una “estrategia” en sentido estricto este documento ha de entenderse como una propuesta de metodología, pues ha de ser aplicado en conjunción con las prioridades establecidas a nivel de la UE.

⁵⁰⁷ http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/police/police_eixm_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁰⁸ El artículo 16 TFUE es más amplio que su predecesor (Art. 286 TCE), pues añade a los EEMM como entes responsables del cumplimiento de la normativa europea en materia de protección de datos y de su intercambio, si bien diferencia esta legislación de aquella establecida específicamente en el marco de la PESC:

“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea [relativo al intercambio de datos en el marco de la PESC]”.

⁵⁰⁹ Para un estudio en profundidad de la historia de la cooperación policial en el seno de la UE, *vid.* CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière...*, *op. cit.* en Nota 12, pp. 115-180. Adicionalmente, GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm. 10, 1er semestre de 2006, pp. 201-218; KLOSEK, J., “The Development of International Police Cooperation within the EU and between the EU and Third Party States: A Discussion of the Legal Bases of Such Cooperation and the Problems and Promises Resulting Thereof”, *American University International Law Review*, Vol. 14, Núm. 3, 1999, pp. 599-656.

evolucionado considerablemente en los últimos años, hasta el punto de que algunos autores hablan de “mutación”⁵¹⁰. Especialmente, esta cooperación se ha reforzado tras la adopción de las diferentes iniciativas legislativas para la simplificación del intercambio de información y datos en el seno de la UE, entre las cuales destacan la Decisión marco 2006/960/JAI sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los EEMM (“Iniciativa sueca”) y la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (“Decisión Prüm”)⁵¹¹. Ambos instrumentos suponen el desarrollo del acervo Schengen, tras destacar el Consejo, después de los ataques terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid, la necesidad de fomentar la cooperación policial en el terreno operativo y de intercambio de inteligencia (proactiva o preventiva)⁵¹².

Los datos revelan, no obstante, razones para la cautela. En los términos actuales, existen diversas razones para cuestionar este excesivo optimismo acerca de la ruptura de los modelos tradicionales de cooperación policial en la UE, pues sigue primando un enfoque bilateral o —como mucho— multilateral en el plano operativo. Todo ello a pesar de que se hayan adoptado iniciativas legislativas en el ámbito penal y procesal que han redundado en una disminución de las reticencias de las autoridades policiales y judiciales a cooperar entre ellas —reseñadas tiempo atrás por la doctrina⁵¹³—, al

Vid., para un análisis de la articulación jurídica del acervo Schengen en el Tratado de Ámsterdam, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, *loc. cit.* en Nota 95, pp. 685-707.

⁵¹⁰ BARBE, E., “La mutation de la coopération policière dans l’Union européenne : de la réaction à l’anticipation”, *Études européennes*, marzo de 2011, disponible en: www.etudes-europeennes.eu [última consulta: 31.8.2015].

⁵¹¹ *Vid.* Nota 498. Asimismo, la Decisión del Consejo sobre el robo transfronterizo de vehículos, que pretende mejorar la cooperación policial en la UE para prevenir y combatir la delincuencia transfronteriza relacionada con automóviles (Art. 2), relacionada con otros tráfico ilícitos según su articulado. En realidad, la cooperación prevista por el texto comunitario comprende únicamente la prevención de la comisión de los delitos de robo y el comercio ilícito de vehículos en el seno de la UE. Así, por ejemplo, se prevé el intercambio de información y *buenas prácticas*, la creación de una red de puntos de contacto o la remisión de información a Europol por parte de las autoridades judiciales y policiales estatales en el ámbito de sus competencias.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2004/919/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos, *Diario Oficial L 389*, de 30.12.2004, pp. 28-30.

⁵¹² CONSEJO EUROPEO, *Declaración sobre la lucha contra el terrorismo*, 25 de marzo de 2004. Asimismo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Strengthening the EU operational police co-operation*, 13075/1/04, REV. 1, Bruselas, 27.10.2004.

⁵¹³ “Existe una ausencia de armonización legal en el Derecho penal y procesal en un número de niveles diferentes. En primer lugar, hay una falta de armonización semántica. Entre los [EEMM] existe una amplia discrepancia en las definiciones legales de la actividad delictiva. Esto podría tener numerosas

introducir *eurocrímenes* y normas comunes de intercambio de datos e información ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De hecho, una de las principales limitaciones que ha impedido la instauración de un modelo policial supranacional o próximo al “federal” más operacional que el vigente ha sido el énfasis que la Unión ha puesto en la mejora de los instrumentos de recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de “información pertinente” (a juicio de cada Estado miembro), al envío de oficiales de enlace y a la formación del personal, especialmente en técnicas comunes de investigación —una cuestión todavía pendiente de desarrollar en profundidad⁵¹⁴—, en comparación con el escaso impulso dado a las medidas de cooperación operativa entre autoridades del orden público, si bien todas estas áreas venían ya recogidas en el artículo 30 *ex TUE* y en las respectivas disposiciones del CAAS.

En consecuencia, la cooperación policial en el seno de la UE ha estado basada principalmente en los preceptos del CAAS, en particular su Título III, *Policía y Seguridad*, en principio, objeto de desarrollo en el marco de la Unión según las disposiciones de los Tratados, tal y como recogía el Protocolo Núm. 2 anejo al anterior TUE (actual Protocolo Núm. 19). En materia de lucha contra el COT, estas disposiciones amplían considerablemente los poderes de investigación policial y regulan la asistencia entre las autoridades policiales en materia de investigación y prevención de delitos, incluyendo, en su caso, la aportación de la información facilitada como prueba en un proceso judicial (Art. 39 CAAS); la vigilancia discreta de un sospechoso en el territorio de otra Parte contratante, incluso sin necesidad de autorización previa por razones urgentes en caso de la comisión de, entre otros delitos, falsificación de moneda,

implicaciones negativas. Si los Estados miembros no comparten las definiciones básicas de los términos legales comunes en el ámbito de la justicia penal, será profundamente difícil lograr avances sustanciales en mayores niveles de cooperación. [...] En segundo lugar, hay problemas de armonización de las definiciones operacionales en la práctica de la cooperación policial transnacional. Esto hace referencia a las enormes diferencias que existen a menudo entre los procesos penales nacionales [...]. Las diferencias procesales existen en cuanto a cómo realizar las investigaciones, obtener pruebas, arrestar a los sospechosos, participar en una persecución en caliente, realizar los interrogatorios y llevar a cabo las investigaciones preliminares. Además, existen importantes diferencias entre los Estados miembros en la conducción de los juicios penales. Las reglas sobre los testigos, pruebas, alegaciones e interrogatorios difieren [...]. Tales diferencias infieren, en última instancia, en la conducta de los oficiales de policía a la hora de llevar a cabo sus obligaciones y pueden presentar obstáculos a mayores niveles de cooperación policial internacional. En tercer lugar, hay una ausencia de armonización de las reglas sobre asistencia y auxilio judicial [...]. Finalmente, la organización del control judicial internacional de las actividades policiales es crucial”. KLOSEK, J., “The Development of International Police Cooperation within the EU...”, *loc. cit.* en Nota 509, p. 650 (traducción propia).

⁵¹⁴ GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial...”, *loc. cit.* en Nota 509, pp. 212-213.

tráfico ilícito de estupefacientes y armas y tráfico ilegal de inmigrantes ⁵¹⁵ (Art. 40 CAAS); la persecución en caliente de esos y otros delitos, con las limitaciones pertinentes a su capacidad operativa en el territorio de la Parte requerida en la que se desarrolla la operación (Arts. 41 a 43 CAAS); el intercambio, a iniciativa propia de una de las Partes, de información relevante para prevenir infracciones y peligros al orden público de otro Estado miembro (Art. 46 CAAS); y el envío de oficiales de policía en el territorio de las otras Partes, con el fin de “fomentar y acelerar la cooperación entre las Partes contratantes” (Art. 47 CAAS). A este marco hemos de sumarle determinadas disposiciones relativas a la mejora de la asistencia y cooperación policial contenidas en el Convenio de Asistencia Judicial entre EEMM, de 2000 ⁵¹⁶, cuyo artículo 20, por ejemplo, regula la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro, igualmente de escasa implementación en los ordenamientos internos y subordinada a su compatibilidad con los principios constitucionalmente reconocidos en cada Estado miembro.

El CAAS, sin embargo, ha sido infrautilizado. Si bien “la Comisión no dispone de datos comparables para determinar el grado de aplicación” de estas disposiciones, ni si ha habido actuaciones policiales basadas en la información intercambiada con arreglo a las mismas —por tanto, careciendo de valor real en la práctica multilateral de los EEMM—, el CAAS “ha sido la base de gran número de acuerdos bilaterales entre los Estados de Schengen” ⁵¹⁷. Estos acuerdos han desarrollado y completado las disposiciones del CAAS en aspectos concretos, como las limitaciones en el tiempo y el espacio de la persecución en el territorio de una de las Partes o la creación de comisarías

⁵¹⁵ En la versión castellana del CAAS se cita *tráfico de seres humanos*, si bien en la inglesa se habla de *trafficking in human beings* y la francesa de *trafic d'êtres humains*. Dada la naturaleza eminentemente transfronteriza del delito de tráfico ilícito de migrantes, entendemos que es mejor quedarnos con este término, para no confundirlo con el fenómeno delictivo de la trata de seres humanos y evitar incongruencias en el uso de los conceptos respecto del resto de este estudio.

⁵¹⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C 197*, de 12.7.2000, pp. 1-23.

Para un análisis de este Convenio y su importancia en el espacio judicial europeo, *vid.* PÉREZ GIL, J., “Capítulo V.1. Convenio de Asistencia Judicial Penal”, JIMENO BULNES, M. (Coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch Editor – Universidad de Burgos, Barcelona 2007, pp. 259-297.

⁵¹⁷ GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial...”, *loc. cit.* en Nota 509, p. 208.

comunes en puestos fronterizos ⁵¹⁸. La cuestión de la actuación de oficiales en el territorio de otra Parte contratante ha sido especialmente problemática, en particular en cuanto a la posibilidad de portar el uniforme nacional y sus armas reglamentarias (y, en su caso, su uso), y ha estado sujeto a desarrollos dispares, basados esencialmente en acuerdos bilaterales que han complementado el CAAS en este controvertido punto ⁵¹⁹, pero sin llegar a dar el salto a la cooperación policial verdaderamente multilateral o supranacional.

Inspirándose en estos acuerdos bilaterales y multilaterales entre Estados de Schengen, se ha abierto tímidamente una nueva etapa en la cooperación policial en el seno de la UE, sin que pueda hablarse de una ruptura de los principios anteriores ⁵²⁰. Finalmente se toman poco a poco en cuenta algunas de las disposiciones del TUE inspiradas en el CAAS que se encontraban en *stand by*, como el artículo 32 *ex TUE* (actual Art. 89 TFUE), relativo a la actuación de agentes el territorio de otro Estado

⁵¹⁸ Sirvan de ejemplo el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre la creación de comisarías comunes en frontera, hecho *ad referendum* en Madrid el 19 de noviembre de 1997, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 231, de 26.9.1998, pp. 32230-32231; y el Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre persecución transfronteriza, hecho *ad referendum* en Albufeira el 30 de noviembre de 1998, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 42, de 18.2.2000, pp. 7336-7337.

El segundo acuerdo permite que los agentes españoles persigan en territorio portugués, y viceversa, “hasta 50 kilómetros de la frontera común o durante un período de tiempo no superior a las dos horas a partir del cruce de la frontera común” (Art. 3). En cuanto a su ámbito material, se limita a referirse al párrafo 4.a del artículo 41 CAAS; es decir, entre otros delitos, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito de estupefacientes y armas y el tráfico ilegal de inmigrantes. Para un breve estudio de la cooperación policial transfronteriza entre ambos países, *vid.* RÍOS CALVO, P., “La cooperación transfronteriza en términos de seguridad. Relevancia de la protección civil”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Dir.), *La asimetría institucional entre España y Portugal en el marco de la cooperación transfronteriza (Andalucía, Algarve y Alentejo)*, Colección Atelier Internacional, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 37-58.

⁵¹⁹ El Convenio de Cooperación Transfronteriza en materia Policial y Aduanera entre el Reino de España y la República Francesa [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 224, de 18.9.2003, pp. 34337-34340] permite que los agentes de ambas Partes porten el uniforme nacional y sus armas reglamentarias “con el único fin de actuar, en su caso, en legítima defensa.” (Arts. 8, § 8 y 11, § 7). Asimismo, su artículo 10 prevé la coordinación de acciones comunes en zona transfronteriza, “en particular para luchar contra la delincuencia fronteriza y prevenir las amenazas contra la seguridad y el orden público; recoger e intercambiar información en materia policial y aduanera”, y su artículo 15 permite que los agentes de ambas Partes sean puestos a disposición de las unidades operativas del otro Estado “por períodos inferiores a” 48 horas para un asunto concreto.

Este Convenio ha sido completado, con la firma, el 5 de diciembre de 2012, de un protocolo de actuación que permite la creación de patrullas conjuntas y controles mixtos en la zona transfronteriza de Canfranc (Huesca), principalmente para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico ilícito de drogas entre ambos países.

⁵²⁰ Para Adán Nieto, frente a una primera generación de cooperación entre EEMM contra la comisión de delitos transfronterizos, identificada con la aprobación del CAAS, con el artículo 30 TUE se produce un deslizamiento hacia la coordinación de una actividad proactiva de prevención de la delincuencia; es decir, se da el tránsito de la *cooperación* a la *coordinación* policial. NIETO MARTÍN, A., “Fundamentos constitucionales...”, *loc. cit.* en Nota 423.

miembro —si bien sin otra concreción en la práctica que las normas mínimas en el desarrollo de las actividades de los agentes desplegados en el marco de un equipo conjunto de investigación⁵²¹— y la posibilidad de emitir una OEI para solicitar la colaboración del Estado de ejecución con el fin de realizar investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas, Art. 29 Directiva OEI). No obstante, en la Unión todavía no se han desarrollado plenamente determinados aspectos de la cooperación en materia de investigación y cooperación policial contra el COT recogidos actualmente en convenios entre EEMM⁵²², controvertidos y de problemática implementación incluso a nivel interno⁵²³, como la entrega vigilada⁵²⁴, el agente encubierto (y provocador)⁵²⁵, registros en domicilios y lugares cerrados o la intervención de correos y conversaciones telefónicas; todas ellas medidas excepcionales debidamente enmarcadas en una investigación penal y sujetas a estrictos controles judiciales y autorizaciones, salvo en los supuestos estrictamente y claramente determinados por la ley.

⁵²¹ “El Consejo establecerá las condiciones y límites con arreglo a los cuales las autoridades competentes referidas en los artículos 30 y 31 podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro en colaboración con las autoridades de dicho Estado y de acuerdo con las mismas”.

Como apuntara la Comisión: “Hasta ahora el artículo 32 no se ha usado como base jurídica para propuestas o iniciativas legislativas. Sin embargo se han adoptado decisiones coincidentes con el espíritu de este artículo, por ejemplo el Convenio europeo de asistencia judicial mutua en materia penal de 2000 y la Decisión marco sobre equipos conjuntos de investigación de 2002”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Reforzar la cooperación policial y aduanera en la Unión Europea*, COM (2004) 376 final, Bruselas, 18.5.2004, p. 32.

El artículo 89 TFUE incorpora íntegramente el texto del marco anterior, pero añade un nuevo límite para el desarrollo de esta disposición, además del requisito de utilizar un procedimiento legislativo especial: “El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.

⁵²² *Vid.*, por ejemplo, PÉREZ GIL, J., “Capítulo V.1. Convenio de Asistencia Judicial Penal”, *loc. cit.* en Nota 495; CESONI, M. L., (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité...*, *op. cit.* en Nota 120; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada...*, *op. cit.* en Nota 422, especialmente pp. 217-254.

⁵²³ *Vid.*, para un análisis desde la práctica policial en España, MAPELLI CAFFARENA, B.; GONZÁLEZ CANO, M. I. y AGUADO CORREA, T. (Coords.), *Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Edición y Comunicación, Sevilla, 2001.

⁵²⁴ EUROJUST, *Implementation Report of the Action Plan on Drug Trafficking. Strategic project: Enhancing the work of EUROJUST in drug trafficking cases - ISSUE IN FOCUS number 1 – FIRST ADDENDUM to the Implementation Report*, La Haya, enero de 2015, disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁵²⁵ En 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que las pruebas obtenidas contra un ciudadano alemán en el marco de una investigación contra un delito de tráfico ilícito de drogas no debían haber sido tenidas en cuenta en el proceso penal por los tribunales de dicho país, al considerar que el inculpado había sido incitado a cometer el delito por los agentes encubiertos desplegados en dicha operación policial. Sentencia TEDH, Gran Sala, *Furcht v. Germany* (Núm. 54648/09), Estrasburgo, 23 de octubre de 2014.

Por tratarse de normas convencionales, es evidente que una mayor integración en la cooperación policial operativa en materia de investigación y represión de actividades delictivas transfronterizas para volverlas realmente proactivas representaría el salto cualitativo que necesita la política “común” de lucha contra el COT y daría justificación a la progresiva armonización legislativa en materia penal (sustantiva y procesal) operada en la última década. A pesar de la lentitud de la integración legislativa en este terreno—agravada por las limitaciones propias del Tratado de Lisboa ⁵²⁶—, es justo admitir que la UE ha avanzado en otros ámbitos conexos que inciden en la cooperación policial y la investigación y prevención de las actividades delictivas de los grupos organizados. Entre otros ámbitos, destacan los avances en la obtención de pruebas a través de la emisión de una OEI y el intercambio de información y datos entre autoridades policiales, aduaneras y el sector privado, así como en los instrumentos de lucha contra el blanqueo de capitales y otras medidas preventivas y cautelares, como el decomiso de los productos del delito (*vid. infra*, epígrafe séptimo). Este incremento de las competencias policiales ha redundado en la ampliación del ámbito subjetivo de la lucha contra el COT a la ciudadanía en general, sin que, por ello, se haya progresado en el establecimiento de unas garantías mínimas en materia procesal —como vimos en el

⁵²⁶ El Tratado de Lisboa exige el uso de un procedimiento legislativo especial y añade la regla de la unanimidad para la adopción de medidas de aproximación de legislaciones en el ámbito de la cooperación policial operativa y el establecimiento de las condiciones y los límites de la actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad de un Estado miembro en el territorio de otro —frente al procedimiento legislativo ordinario para otras áreas de la cooperación policial—. Así, el Art. 87 TFUE estipula:

“2. [...] el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

- a) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente;
- b) el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial;
- c) las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

3. El Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades a que se refiere el presente artículo. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. [...]

Si no hay acuerdo [...], y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de medidas de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, [...] se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

El procedimiento específico establecido en los párrafos segundo y tercero no será de aplicación a los actos que constituyan un desarrollo del acervo de Schengen”.

Artículo 89 TFUE:

“El Consejo fijará, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, las condiciones y límites dentro de los cuales las autoridades competentes de los Estados miembros mencionadas en los artículos 82 y 87 podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro en contacto y de acuerdo con las autoridades de dicho Estado. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.

epígrafe anterior—, ni se haya dado un paso real hacia una cooperación policial supranacional en el seno de la UE que justifique la adopción en el último decenio de todas estas medidas contra las organizaciones delictivas y sus actividades criminales que suponen la merma de los derechos procesales constitucionalmente garantizados.

Precisamente por estas dificultades y basándose en la experiencia de cooperación bilateral entre algunos EEMM, especialmente en la lucha antiterrorista y contra el tráfico ilícito de drogas, la UE ha buscado una alternativa a una mayor integración en el terreno operativo a nivel europeo, incorporando los equipos conjuntos de investigación (*joint investigation teams*, JIT) al escenario de cooperación policial ⁵²⁷. A pesar de su límite temporal y material, los JIT han demostrado enormes ventajas respecto de otros instrumentos bilaterales de cooperación tradicionales o en el seno de las propias agencias de la Unión. En primer lugar, los *miembros destacados* tienen derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en un Estado miembro distinto de aquel de envío, salvo que el jefe del equipo estime lo contrario ⁵²⁸.

⁵²⁷ Los JIT son equipos bilaterales o multilaterales creados para investigar delitos con dimensión transfronteriza, con un objetivo específico y por un período de vigencia circunscrito. Aunque en principio están abiertos a todo tipo de delitos transfronterizos, sin necesidad de que sean especialmente graves, se presta particular atención a combatir con ellos la trata de seres humanos y el tráfico de drogas o como instrumento prioritario para la lucha contra el terrorismo. A pesar de las ventajas relativas que estos equipos conjuntos aportan en la prevención y represión de las actividades ilícitas transnacionales, los JIT siguen reflejando en la complejidad de su creación y funcionamiento las reticencias y disfunciones propias a este ámbito íntimamente ligado al poder coercitivo del Estado, limitando el recurso que las autoridades estatales han hecho a este nuevo instrumento contra el COT.

El concepto de JIT surge con la aprobación de la Convención sobre asistencia judicial en materia penal entre los EEMM para facilitar la lucha contra la delincuencia internacional [*Diario Oficial C 197*, de 12.07.2000, pp. 1-23; entrada en vigor: 23.08.2005]. Ante su lenta ratificación, el Consejo decidió adoptar la Decisión marco sobre los equipos conjuntos de investigación [Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, *Diario Oficial L 162*, de 20.6.2002, pp. 1-3], que reproduce prácticamente las disposiciones relativas del Convenio. Esta Decisión marco dejará de estar en vigor cuando la Convención entre en vigor en todos los EEMM. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de los equipos conjuntos de investigación*, 15790/1/11, Bruselas, 4 de noviembre de 2011.

Según este marco, para ponerlos en marcha es necesario que se concluya un acuerdo entre dos o más EEMM por el que se detalla su creación, composición, duración y funciones específicas, según el ordenamiento interno del Estado miembro en el que se desarrolle la investigación. En particular, los JIT pueden establecerse cuando: *i*) la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones complejas que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros EEMM; o *ii*) varios Estados miembros realicen pesquisas sobre infracciones penales que requieran una actuación coordinada y concertada de los EEMM afectados (Arts. 13 del Convenio de Asistencia Judicial y 1, § 1 de la Decisión marco).

⁵²⁸ “4. A efectos de la presente Decisión marco, se designará a los miembros del equipo conjunto de investigación procedentes de Estados miembros distintos del Estado miembro en que actúa el equipo como "destinados" al equipo.

5. Las personas destinadas al equipo conjunto de investigación tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación. No obstante, por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo

Además, el jefe del equipo puede encomendar a los miembros destacados la ejecución de determinadas medidas de investigación en el Estado miembro en el que ésta se desarrolla o que éstos pidan a sus respectivas autoridades que se tomen medidas de investigación en su Estado miembro de envío, debiendo ser examinadas bajo las mismas condiciones que corresponden a toda pesquisa interna. Con esta disposición se pretende evitar la obligación de solicitar una comisión rogatoria, como es necesario actualmente en el marco de Eurojust o del CAAS. Por último, se posibilita a los miembros nacionales y destinados en los JIT el intercambio de información y pruebas con otros componentes del equipo sin necesidad de requerimientos formales, siempre “de conformidad con el Derecho interno de su país y dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas”⁵²⁹. Es decir, según el ordenamiento interno respectivo, un miembro del equipo puede proporcionar información relevante para el caso a sus compañeros de otros EEMM participantes sin necesidad de dirigirla a través de las autoridades centrales competentes, siempre y cuando sea para los propósitos de la investigación en curso. No obstante, habrá de analizarse en cada supuesto concreto la admisibilidad de las pruebas en el caso de utilizar dicha información como evidencia en un proceso penal o para determinar las oportunas restricciones en la provisión de información derivadas de su ordenamiento de envío, para lo cual es necesario poner en relación este marco policial operativo con la emisión de una OEI para la obtención de pruebas en otro Estado miembro y la (futura) implementación de la correspondiente normativa comunitaria en los EEMM.

podrá decidir lo contrario” [Art. 1 de la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, *Diario Oficial L 162*, de 20.6.2002, pp. 1-3; Art. 13 del Convenio de Asistencia Judicial].

Además de los miembros nacionales y destacados, se prevé la participación en los JIT de miembros de otros EEMM de la UE y terceros Estados, con estatuto de “participante”, diferente de sus miembros —por ejemplo, sin derecho a estar presente en la ejecución de las medidas de investigación requeridas a las autoridades nacionales o a solicitar acciones o información a las autoridades competentes—. Igualmente, el marco legal aplicable a la creación de los JIT consiente la participación de la Comisión (OLAF), Europol y Eurojust en las tareas de los equipos conjuntos, bien por separado, bien conjuntamente en el caso de las dos últimas instancias. Aunque no sea una obligación, la intervención de estos actores en los JIT permite aportar experiencia práctica y asistencia legal, además de poder servir de apoyo administrativo y financiar su puesta en marcha. Sin embargo, a los oficiales de ambos órganos no se les permite la ejecución de medidas coercitivas, pues son un elemento de apoyo al equipo, no miembros del mismo.

⁵²⁹ Art. 1, § 9 de la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, *Diario Oficial L 162*, de 20.6.2002, pp. 1-3; Art. 13, § 9 del Convenio de Asistencia Judicial de 2000.

Por todo ello, frente a las ventajas de los JIT en comparación con los modelos de cooperación policial convencionales, uno de sus mayores inconvenientes es el excesivo componente burocrático y rigidez legal que sigue acarreado su puesta en marcha. En la práctica, las reglas definidas en los acuerdos de creación deben ser lo suficientemente claras como para evitar ambigüedades en determinados ámbitos de especial importancia, particularmente en cuanto al uso de armas por los agentes destacados (cuestión no cubierta por el marco regulador de los JIT ⁵³⁰), la responsabilidad y obligaciones de sus componentes, la admisibilidad de las pruebas en un procedimiento penal y el reparto de los gastos que acarrear los desplazamientos, traducciones e interpretaciones. En consecuencia, además de la ausencia o problemática implementación de la normativa reguladora en algunos EEMM ⁵³¹, pocos han sido los EEMM que han recurrido con relativa frecuencia a este instrumento hasta la fecha, reduciendo el recurso a los JIT a casos de extraordinaria complejidad de una investigación o con varios países implicados, a pesar de las potencialidades de estos equipos en cuanto a la eficacia de las operaciones y las posibilidades de financiación abiertas para sufragar sus gastos ⁵³². Estos inconvenientes reflejan el grado de dificultad de la integración en el terreno operativo, mitigando el relativo optimismo de algunos autores que hablan de “mutación” en este sentido. En particular, además de por las evidentes carencias del marco procesal, porque el modelo de cooperación policial en la UE sigue siendo eminentemente bilateral o multilateral y reactivo a los acontecimientos. Por tanto, para que sea anticipatorio, la UE ha de agilizar necesariamente la cooperación policial operativa con normas mínimas comunes —incluido en el ámbito procesal—,

⁵³⁰ Tampoco aborda el envío entre EEMM de agentes encubiertos, deficientemente regulada en el artículo 14 del Convenio de Asistencia Judicial de 2000. Esta cuestión fue tratada por la Resolución del Consejo, adoptada el 12 de junio de 2007 (6678/3/07 REV 3 CRIMORG 39). *Vid.*, igualmente, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Replies to questionnaire on undercover officers- Discussion paper*, 6323/08, Bruselas, 13.2.2008.

⁵³¹ *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de los equipos conjuntos de investigación*, 15790/1/11, Bruselas, 4 de noviembre de 2011, pp. 5, 17-22.

En España, el Consejo Fiscal también mostró su preocupación por la implementación estatal que se había hecho de la normativa comunitaria. CONSEJO FISCAL, *Informe del Consejo Fiscal en relación con la problemática relativa a los equipos conjuntos de investigación*, de 23.9.2014, disponible en: <https://www.fiscal.es> [última consulta: 31.8.2015].

⁵³² Eurojust pone a la disposición de los Estados miembros interesados un Fondo para la creación de JIT que les permite disfrutar de apoyo financiero y logístico. Para más información: <http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/JITs/Eurojust-JITsFunding/Pages/Eurojust-JITs-funding.aspx> [última consulta: 31.8.2015].

Para un estudio de la implementación de los JIT a nivel europeo y estatal, *vid.* LONG, N., “Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and National Levels”, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, enero de 2009.

integrando en su ordenamiento interno y actualizando a las nuevas posibilidades tecnológicas y medios de investigación las disposiciones del CAAS y de otros instrumentos convencionales ⁵³³, previstos igualmente en la Convención de Palermo ⁵³⁴.

3. Fronteras y aduanas: la gestión integrada de las fronteras exteriores como elemento de lucha contra el crimen organizado transnacional

Especialmente desde las reuniones del Consejo Europeo en Laeken (2001), Sevilla (2002) y Tesalónica (2003), la gestión de las fronteras exteriores ha adquirido una considerable relevancia en la última década en el desarrollo del ELSJ, debido principalmente a dos factores. Por un lado, en palabras de los Jefes de Estado y de Gobierno de los EEMM, se pretendía que una gestión “coordinada e integrada” de las fronteras exteriores contribuyese, “entre otros objetivos, a un mejor control de los flujos migratorios” ⁵³⁵. Esta cuestión está, por tanto, directamente relacionada con las medidas de Derecho penal destinadas a luchar contra la inmigración ilegal puestas en marcha por la Unión, reforzadas por determinadas iniciativas de vigilancia estatales ⁵³⁶, ante la

⁵³³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C* 197, de 12.7.2000, pp. 1-23.

⁵³⁴ Artículo 20 de la Convención de Palermo, *Técnicas especiales de investigación*,

“1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.

⁵³⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio – Conclusiones de la Presidencia*, 13463/02, Bruselas, 24 de octubre de 2002, p. 9.

⁵³⁶ En España, por ejemplo, se puso en marcha el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE), implantado en un primer momento en las provincias de Cádiz y Málaga y extendido al resto de las costas andaluzas, Canarias, Ceuta y, de manera progresiva, al conjunto de la costa mediterránea. Para

arribada de inmigrantes irregulares a las costas de los EEMM mediterráneos a principios de la década. Por otro lado, la inminente ampliación de la Unión a los países del centro y Este de Europa planteaba interrogantes en cuanto a la capacidad de los nuevos EEMM para afrontar las obligaciones derivadas del cumplimiento del acervo Schengen respecto del cruce de fronteras exteriores, además de acercar el *espacio* europeo a zonas de tránsito y origen de inmigración ilegal debido a tensiones socio-económicas y políticas, “conflictos enquistados” y otras cuestiones relacionadas con factores externos a la Unión; zonas que pasaban a formar parte de su entorno geográfico próximo, por lo que demandaban de la UE una actuación más activa en el exterior. En consecuencia, no es de extrañar que el régimen de control fronterizo se haya constituido como una verdadera *política de gestión de fronteras* tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, “en línea con la preocupación actual de los Estados del reforzamiento del cinturón exterior terrestre, marítimo y aeroportuario, que da acceso al «territorio de la Unión»”⁵³⁷.

más información: <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/especiales/sive/index.html> [última consulta: 31.8.2015].

⁵³⁷ VALLE GÁLVEZ, A. del, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, p. 428.

El Capítulo II del Título V del TFUE, relativo a las *Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración* (artículos 77 a 80), recoge las principales novedades del marco de gestión de las fronteras y de los flujos migratorios.

Artículo 77

“1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;

b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;

b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;

c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período;

d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores;

e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. [...].

4. El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional. [...]

Artículo 79

1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. [...].”

Si bien no estamos ante una novedad en el planteamiento de la Unión en este terreno ⁵³⁸, el Programa de Estocolmo confirmó un concepto relativamente novedoso para el control de las fronteras exteriores introducido en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa: la *gestión integrada de las fronteras (Integrated Border Management, IBM)* ⁵³⁹. El objetivo confeso de esta reconceptualización de los planteamientos comunitarios era facilitar la entrada legal de inmigrantes, al mismo tiempo que busca tomar medidas para reforzar los controles en las fronteras exteriores, luchar contra la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza y mantener un nivel elevado de seguridad ⁵⁴⁰. Asimismo, la ESI, posterior al Programa de Estocolmo, ahondaba en la idea de una gestión integrada de las fronteras basada en la información como principal instrumento de prevención, pues afirma que “[a]demás de la lucha contra la inmigración ilegal, la gestión integrada de las fronteras desempeña un papel importante en el mantenimiento de la seguridad” ⁵⁴¹, profundizando, por tanto, en la visión securitaria de los fenómenos migratorios mantenida en el discurso oficial durante más de una década y fin último del establecimiento y desarrollo del IBM.

En concreto, el concepto de gestión integrada de fronteras comprende varias dimensiones, en distintos niveles operativos y estratégicos, tanto con carácter horizontal (entre EEMM) como vertical (UE-EEMM): *a)* el control fronterizo (inspecciones y vigilancia), tal como se define en el Código de fronteras de Schengen, incluyendo análisis de riesgo e inteligencia penal; *b)* la detección e investigación de la delincuencia transfronteriza, en coordinación con todas las autoridades policiales competentes; *c)* el

⁵³⁸ Para un panorama general de las distintas iniciativas, *vid.*, entre otros, CARRERA, S., “Towards a Common European Border Service?”, *Working Document*, Núm. 331, Centre for European Policy Studies, junio de 2010, disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015]; MONAR, J., “The external shield of internal security: the EU’s emerging common external border Management”, BROWN, D. y SHEPHERD, A. (Eds.), *The security dimensions of EU enlargement. Wider Europe, weaker Europe?*, Manchester University Press, Manchester, 2007, pp. 54-68.

⁵³⁹ “El concepto de gestión integrada de las fronteras implica una combinación de mecanismos de control y herramientas que varían en función de los flujos de personas que entran en la Unión. Requiere la adopción de medidas en los consulados de los Estados miembros situados en los terceros países, medidas de cooperación con los países terceros vecinos, medidas en las fronteras propiamente dichas y medidas dentro del espacio Schengen”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europea y al Comité de las Regiones – Preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea*, COM (2008) 69 final, Bruselas, 13.2.2008. p. 3.

⁵⁴⁰ CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *op. cit.* en Nota 40, p. 26.

En la preparación del próximo programa plurianual, el Consejo Europeo insiste en los mismos objetivos. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

⁵⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de Seguridad Interior...*, *op. cit.* en Nota 26, p. 14.

modelo de control de acceso de cuatro niveles, basado en la experiencia de Schengen (medidas en terceros Estados, cooperación con países vecinos, control de fronteras y medidas de control dentro del espacio de libre circulación, incluido el retorno); d) la cooperación entre los distintos organismos de gestión de fronteras (oficiales de fronteras, aduanas, policía, seguridad nacional y otras autoridades competentes) y la cooperación internacional; y e) la coordinación y la coherencia de las actividades de los EEMM y las de las instituciones y demás órganos de la UE ⁵⁴². En la implementación de este modelo multinivel de gestión de las fronteras, los actores del ELSJ recuperan su función originaria de “enlace” entre los distintos niveles de control de las fronteras exteriores y gestión de los flujos migratorios, especialmente la Agencia europea de fronteras exteriores (Frontex), si bien todavía estamos ante un terreno por explorar en todas sus dimensiones.

Las últimas propuestas de la Comisión en el control fronterizo y la gestión de los flujos migratorios han venido a desarrollar y profundizar el IBM con la puesta en marcha de nuevos instrumentos para reforzar la vigilancia de las fronteras exteriores y la prevención de posibles amenazas desde una perspectiva plenamente europea, incluyendo, no obstante, otros ámbitos fuera del marco de aplicación de la política “común” de lucha contra el COT ⁵⁴³. Estrictamente en relación con el control fronterizo,

⁵⁴² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Actualización del Catálogo de Schengen sobre el control de las fronteras exteriores, retorno y readmisión*, 7864/09, Bruselas, 19 de marzo de 2009, p. 8.

⁵⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, COM (2002) 233 final, Bruselas, 7.5.2002; COM (2008) 69 final, *op. cit.* en Nota 539; *Comunicación de la Comisión al Consejo Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*, COM (2006) 733 final, Bruselas, 30.11.2006; y *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR)*, COM (2008) 68 final, Bruselas, 13.2.2008. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Fronteras inteligentes: opciones y camino a seguir*, COM (2011) 680 final, Bruselas, 25.10.2011; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosir) *Diario Oficial L 295*, de 6.11.2013 pp. 11-26.

Las políticas de visados y otras materias ligadas a la entrada y libre circulación de extranjeros y residentes en la UE que no están directamente conectadas con la arquitectura de seguridad interior no serán objeto de análisis por exceder nuestro marco de estudio, por lo que puede consultar, entre otros: LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.* en Nota 19, pp. 99-102; OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 13-48; FERNÁNDEZ SOLA, N., “Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la política de asilo”, *IV Jornadas internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, disponible en: http://www.unizar.es/union_europea/files/asilo_UE.pdf [última

en el marco de la política marítima integrada de la UE ⁵⁴⁴, la Comisión propuso la puesta en marcha de un sistema de vigilancia europeo para evitar el cruce ilegal de fronteras y prevenir la delincuencia transfronteriza en las fronteras marítimas meridionales de la Unión (EUROSUR) ⁵⁴⁵; visión apoyada e impulsada por el Consejo con la aprobación de medidas contra la inmigración ilegal y el refuerzo de las fronteras exteriores ⁵⁴⁶ y la extensión de la competencia de EUROSUR —ya en vigor— al resto de fronteras exteriores marítimas y terrestres e, incluso si el Estado miembro así lo dispone, aéreas, con el objetivo de combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza ⁵⁴⁷. Por último, la Comisión ha propuesto otras medidas destinadas a controlar la entrada y salida en territorio comunitario de viajeros de corta duración y agilizar el tránsito de aquellos que crucen las fronteras exteriores con frecuencia ⁵⁴⁸, a

consulta: 31.8.2015]; PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*, *op. cit.* en Nota 289, en particular pp. 226-294.

⁵⁴⁴ La Política Marítima Integrada, lanzada por la Comisión en octubre de 2007, comprende todos los elementos posibles de la actividad marina, proveyendo a la UE de un enfoque integrado que trate los problemas socio-económicos y de sostenibilidad de la explotación y conservación de los recursos marinos, así como la seguridad marítima y en el trabajo. Para mayor información, *vid.* http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/index_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁴⁵ COM (2008) 68 final, *op. cit.* en Nota 543.

⁵⁴⁶ Además del impulso dado por las sucesivas reuniones del Consejo Europeo desde Tampere y Laeken, el Consejo de la UE aprobó, en junio de 2002, el Plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (10019/02), que propuso una serie de medidas a corto y medio plazo para desarrollar el acervo Schengen, entre las cuales la creación del SCIFA+ (Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo más los jefes de los servicios de control fronterizo de los EEMM) y la instauración de una red de funcionarios de enlace (10917/02) e, incluso, la posibilidad de crear un Cuerpo Europeo de Guardia de Fronteras, además de enfatizar la necesidad de reforzar los instrumentos existentes y en preparación relacionados con el intercambio de información y datos.

⁵⁴⁷ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosir), *Diario Oficial L 295*, de 06.11.2013 pp. 11-26.

Eurosir, operativo desde el 21 de diciembre de 2013, está destinado a establecer un marco común para el intercambio de información y datos entre las autoridades de los EEMM y Frontex y mejorar así el conocimiento de la situación y la vigilancia en las fronteras exteriores con el fin de detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza. Puede consultar más información en: <http://frontex.europa.eu/intelligence/eurosir> [última consulta: 31.8.2015].

Bastante críticos con estas medidas de refuerzo de las “fronteras inteligentes”, HAYES, B. y VERMEULEN, M., “Borderline – The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals”, Heinrich Böll Foundation, junio de 2012, disponible en: www.boell.de [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Sistema de Entrada/Salida (EES) para registrar los datos de entrada y salida de los nacionales de terceros países que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, COM (2013) 95 final – 2013/0057 (COD), Bruselas, 28.2.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 en lo que respecta a la utilización del Sistema de Entrada/Salida (EES) y el Programa de Registro de Viajeros (RTP)*, COM (2013) 96 – 2013/0060 (COD), Bruselas, 28.2.2013; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Programa de Registro de Viajeros*, COM (2013) 97 final – 2013/0059 (COD), Bruselas, 28.2.2013.

imagen de instrumentos similares adoptados en EE.UU., cuyos datos pretende cruzar con bases comunitarias existentes, como el VIS, el CIS o el SIS II.

Asimismo, a estas propuestas para reforzar la gestión compartida de las fronteras exteriores se le suman otras iniciativas para mejorar la cooperación aduanera entre las autoridades de los EEMM. La Comisión ya señaló, en 2003, el papel de las aduanas en la gestión de las fronteras exteriores y la necesidad de potenciar las sinergias entre la policía, los guardias de fronteras y las aduanas, pues “sus objetivos son comunes y sus misiones complementarias y estrechamente interdependientes”⁵⁴⁹. Posteriormente, las sucesivas reformas del Código aduanero comunitario (CAC), dentro del *Programa Aduana 2013*⁵⁵⁰, han ido en este sentido, enfatizando la nueva función que tienen que desempeñar las autoridades aduaneras en la gestión de la seguridad interior contra las actividades delictivas ligadas al COT⁵⁵¹. A esta importante reforma del CAC se le han

⁵⁴⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo – Un entorno simplificado y sin soporte de papel para el comercio y las aduanas; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativa al papel de la aduana en la gestión integrada de las fronteras exteriores*. Adicionalmente, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) n° 2913/92, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario*, COM (2003) 452 final – 2003/0167 (COD), Bruselas, 24.7.2003, p. 41.

En el mismo sentido, COM (2004) 376 final, *op. cit.* En Nota 521.

⁵⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 624/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece un programa de acción para la aduana en la Comunidad (Aduana 2013), *Diario Oficial L 154*, de 14.6.2007, pp. 25-31.

⁵⁵¹ “La realización del mercado interior, la reducción de los obstáculos al comercio y a la inversión internacionales y la necesidad cada vez mayor de garantizar la seguridad y protección de las fronteras exteriores de la Comunidad son factores, todos ellos, que han transformado el papel de las autoridades aduaneras, otorgándoles un protagonismo dentro de la cadena de suministros y [...] haciendo de ellas un importante catalizador de la competitividad de los países y de las empresas. La normativa aduanera debe, pues, reflejar la nueva realidad económica y la nueva función que han de desempeñar las autoridades aduaneras” (Considerando sexto). PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), *Diario Oficial L 145*, de 4.6.2008, pp. 1-64.

Este Reglamento fue sustituido por el Reglamento 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión (refundición), *Diario Oficial L 269*, de 10.10.2013, pp. 1-101, en vigor desde el 30.10.2013.

Pueden consultarse los diferentes actos modificativos y de implementación en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_code/union_customs_code/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

Este papel fundamental de las aduanas en la gestión de los riesgos, además de en la garantía de la competitividad y del buen funcionamiento del mercado interior, ha venido a confirmarse en una Comunicación más reciente de la Comisión. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la estrategia y el plan de acción de la UE para la gestión de los riesgos aduaneros: afrontar los riesgos, reforzar la protección de la cadena de suministro y facilitar el comercio*, COM (2014) 527 final, Bruselas, 21.8.2014.

sumado, progresivamente, otras disposiciones específicas, *inter alia*, en materia de control y supervisión del comercio de precursores fuera de la UE ⁵⁵², prevención del blanqueo ⁵⁵³, lucha contra la importación de productos falsificados y de protección de los derechos de propiedad intelectual ⁵⁵⁴, el control del comercio de especies de flora y fauna silvestres amenazadas ⁵⁵⁵ y exportación de bienes culturales ⁵⁵⁶, todas ellas destinadas a reforzar el papel de las aduanas en la prevención de las actividades ilícitas del COT y de otros delitos transfronterizos.

El Convenio de Nápoles II, firmado en 1997 en el marco del extinto “tercer pilar” ⁵⁵⁷, tiene el objetivo de reforzar la cooperación entre las autoridades aduaneras en la aplicación del CAC y de la normativa de la UE en materia de prevención y lucha contra las actividades ilícitas transfronterizas. En particular, el Convenio de Nápoles II, completado posteriormente por el Convenio relativo al Sistema de Información

⁵⁵² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, *Diario Oficial L 22*, de 26.1.2005, pp. 1-10; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1259/2013, de 20 de noviembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento 111/2005 del Consejo por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, *Diario Oficial L 330*, de 10.12.2013, pp. 30-38; por el que se establecen normas de aplicación para el Reglamento 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, *Diario Oficial L 202*, de 3.8.2005, pp. 7-33.

⁵⁵³ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, *Diario Oficial L 309*, de 25.11.2005, pp. 9-12.

⁵⁵⁴ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento 1383/2003 del Consejo, *Diario Oficial L 181*, de 29.6.2013, pp. 15-34. Adicionalmente, *Resolution on the EU Customs Action Plan to combat intellectual property rights infringements (2013 to 2017)*, Bruselas, 10.12.2012.

⁵⁵⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, *Diario Oficial L 61*, de 3.3.1997, p. 1-69. Pueden consultarse los actos modificativos de este Reglamento en: http://europa.eu/legislation_summaries/customs/111023_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁵⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales (Versión codificada), *Diario Oficial L 39*, de 10.2.2009, pp. 1-7.

⁵⁵⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, *Diario Oficial C 24*, de 23.1.1998, pp. 1-22.

Finalmente, este Convenio ha sido ratificado por todos los EEMM, uno de los objetivos contenidos en el Programa Aduana 2013 ante la lenta ratificación del mismo por los legisladores estatales desde su firma. Este Convenio no regula otros aspectos comunitarios de las aduanas.

Aduanero (Convenio SIA ⁵⁵⁸), permite el intercambio de información y la asistencia entre las autoridades aduaneras, así como la entrega vigilada, la vigilancia transfronteriza y la persecución en caliente, con el fin de prevenir, investigar y reprimir el tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas y de sus precursores, el tráfico ilegal de mercancías sometidas a gravamen con fraude a los intereses financieros de la Unión o de sus EEMM y otros delitos estipulados en la normativa de la UE que sean competencia de las autoridades aduaneras estatales. Ambos convenios se suman a las diferentes iniciativas en el seno de la UE en materia de intercambio de información y datos para la prevención de las actividades ilícitas transnacionales y la represión del COT, que permiten a las autoridades aduaneras, oficiales de policía y agentes de frontera consultar las bases de datos de la UE y estatales para saber si una persona o mercancía supone un riesgo para la seguridad interior. No obstante, dada la multiplicidad de bases de datos, fines, categorías y fundamentos legales utilizados, se precisa una reforma del conjunto, que permita su interoperabilidad y la protección de los datos personales, principales limitaciones para la cooperación entre autoridades (policiales, aduanas y de fronteras) a nivel interno y entre EEMM, junto a la existencia de diferentes prioridades en los servicios y la diversidad de culturas y tradiciones institucionales en esta materia ⁵⁵⁹. En este sentido, además de la creación de la Agencia para la gestión de los sistemas relacionados con el ELSJ, la entrada en funcionamiento del SIS II ha de suponer un salto cualitativo, puesto que, además de ampliar las categorías de datos incorporados a la base (datos biométricos, copias de órdenes de detención y entrega europeas, protección de las personas cuya identidad está siendo usurpada, descripciones de personas buscadas, etc.) e interconectar diferentes alertas, puede ser consultado por un mayor número de autoridades europeas de aplicación de la

⁵⁵⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, *Diario Oficial C 316*, de 27.11.1995, pp. 33-47. Puede consultar los actos modificativos en el siguiente enlace: http://europa.eu/legislation_summaries/customs/133046_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁵⁹ Sobre este asunto, *vid.* MITSILEGAS, V., “Border Security in the European Union: Towards Centralised Controls and Maximum Surveillance”, BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice...*, *op. cit.* en Nota 90, pp. 359-394; CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY, *Better Management of EU Borders through Cooperation. Study to Identify Best Practices on the Cooperation between Border Guards and Customs Administrations working at the External Border of the EU*, Sofía (Bulgaria), 2011, disponible en: www.csd.bg [última consulta: 31.8.2015].

ley: policías, guardias de frontera, aduanas y, parcialmente, por autoridades que expiden visados y permisos de residencia ⁵⁶⁰.

El desarrollo de estas iniciativas de intercambio de información y datos ha recibido, no obstante, numerosas críticas por la pertinencia de la inclusión en estos registros de información relativa a inmigrantes legales (o irregulares) y demandantes de asilo en instrumentos desarrollados o utilizados para la lucha contra el terrorismo internacional y el crimen organizado, como recientemente ocurriera con la ampliación de EURODAC, además de incluir estas diferentes bases de datos entre las competencias de un único actor, la Agencia para la gestión de los sistemas relacionados con el ELSJ ⁵⁶¹, irresponsable políticamente ante el Parlamento Europeo y las asambleas estatales. Otro de los ámbitos que ha suscitado mayor inquietud, junto a la posibilidad de consulta de los datos de solicitantes de asilo e inmigrantes por parte de las autoridades policiales, es la extensión del número de actores con obligación de informar a las autoridades y ayudar al mantenimiento del orden y la seguridad interior europeas, como profesionales liberales, más allá de las correspondientes disposiciones de la Convención de Palermo ⁵⁶², repitiéndose el esquema de ampliación de la normativa de excepción que apreciamos en el ámbito del intercambio de datos con las autoridades policiales y de otros actores creados en otros ámbitos de la seguridad o privados.

⁵⁶⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), *Diario Oficial L 205*, de 7.8.2007, pp. 63-84; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), *Diario Oficial L 381*, de 28.12.2006, pp. 4-23.

El SIS II entró finalmente en funciones el 9 de abril de 2013. Puede encontrarse toda la información relativa al establecimiento del SIS II en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen-information-system/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁶¹ Puede consultarse información sobre la Agencia en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/agency/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁶² Artículos 11, § 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

4. La responsabilidad de las Unidades de Inteligencia Financiera y de los agentes privados en el mantenimiento de la seguridad pública

Con las últimas iniciativas destinadas al intercambio de información y datos, la UE ha extendido considerablemente el ámbito *ratione personae* de autoridades y entes obligados a participar, directa o indirectamente, del refuerzo de la política “común” de lucha contra el COT. Especialmente desde el terreno de la prevención, el número de entes con responsabilidad en el mantenimiento de la seguridad interior se ha visto incrementado sustancialmente en los últimos años, no solamente ampliándose a otros entes públicos, creados con funciones de supervisión del sistema bancario y financiero; sino que las empresas privadas y determinadas categorías de profesionales deben facilitar este tipo de información con el fin de coadyuvar a las autoridades policiales y judiciales en su tarea de prevención y represión del COT. En primer lugar, en el ámbito público, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) han surgido como nuevos actores destinados a garantizar la integridad del sistema financiero y la lucha contra el fraude, siguiendo las pautas marcadas por el GAFI en la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. A estas unidades se le ha venido a sumar la obligación para con los agentes privados de colaborar con las autoridades de aplicación de la ley en diferentes sectores, compartiendo con éstas la responsabilidad de la implementación efectiva de la política “común” de lucha contra el COT.

Dada la laxitud con la que el Grupo Egmont las define ⁵⁶³, las UIF tienen un estatuto ambiguo, dependiente del Derecho interno del país en cuestión. Esto ha provocado un panorama de institucionalización bastante heterogéneo, pudiendo constituirse en departamento dentro de un órgano de investigación o fiscalización o como organismo independiente o autónomo con funciones y estatutos muy diferentes

⁵⁶³ Según la definición adoptada por el Grupo Egmont en su sesión plenaria de noviembre de 1996, en Roma, y modificada en la sesión plenaria de junio de 2004, en Guernsey, para reflejar el papel de estos órganos en la lucha contra el terrorismo, la IUF es una: “Unidad central, nacional encargada de recibir (y, si lo tiene permitido solicitar), analizar y trasladar a las autoridades competentes comunicaciones de información financiera:

(i) relacionadas con fondos de los que se sospeche un origen delictivo y una posible financiación del terrorismo, o

(ii) requeridas por la normativa nacional con el fin de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

Vid., FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, 23 de julio de 2004, disponible en: www.imf.org [última consulta: 31.8.2015]. Puede encontrarse toda la información sobre los estándares internacionales contra el blanqueo de capitales en: www.imolin.org [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁶⁴. Según el GAFI, las UIF deben servir de “centro para recepción y análisis de: a) informes de transacciones sospechosas; y b) otra información pertinentes al blanqueo de dinero, delitos asociados y financiación del terrorismo, y para la diseminación de los resultados de dichos análisis” ⁵⁶⁵. Por ello, deberían “poder obtener información adicional de las entidades informadoras y tener acceso a tiempo a información financiera, administrativa y de aplicación de la ley que requiera para llevar a cabo sus funciones de manera adecuada” ⁵⁶⁶. A pesar de la heterogénea institucionalización de las UIF, no obstante, se aprecian elementos comunes a todas ellas. En primer lugar, estas unidades actúan como autoridades centrales únicas, ejerciendo funciones de recopilación de datos, de información y de análisis. Entre las funciones esenciales de las UIF destacan el análisis e intercambio de información financiera de entidades sospechosas de realizar actividades de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo y la transmisión de datos derivados del uso fraudulento del sistema financiero por los grupos delictivos organizados, además de proceder a la congelación y recuperación de los productos del delito y la implementación de las medidas coercitivas necesarias si así lo estipula su régimen interno.

En el marco de la UE, la Unión ha obligado a los EEMM a implementar esta normativa internacional, con arreglo a una definición común, en línea con la propuesta por el Grupo Egmont y las disposiciones adoptadas en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales, especialmente respecto de la Directiva de 2015:

Una unidad nacional central que, para combatir el blanqueo de capitales, es responsable de recibir (y, si está autorizada para ello, solicitar), analizar y poner en conocimiento de las autoridades competentes la revelación de información financiera relativa a bienes presuntamente derivados de actividades delictivas o requerida por la legislación o normativa nacional. ⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Unidades de Inteligencia Financiera...*, *op. cit.* en Nota anterior.

⁵⁶⁵ Recomendación Núm. 29 del GAFI (traducción propia). Puede consultar las 40 recomendaciones, según su versión revisada de 15 de febrero de 2012, en el siguiente enlace: <http://www.fatf-gafi.org> [última consulta, 13.7.2012].

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

⁵⁶⁷ Artículo 2, § 1 de la Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información, *Diario Oficial L 271*, de 24.10.2000, pp. 4-6.

Asimismo, es de aplicación la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del

En la normativa de la UE, se especifica que los EEMM deben crear autoridades centrales, si bien su institucionalización ha sido diversa: unas UIF ejercen funciones de recogida y análisis de datos, además de investigación, mientras que en otros EEMM se separan por completo la esfera administrativa y policial, perjudicando indirectamente la prontitud de las investigaciones penales, como admitieran los servicios de la Comisión⁵⁶⁸. De esta forma, las UIF podrán enviar y recibir (e, incluso, solicitar) información sobre “operaciones sospechosas” que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales y/o la financiación del terrorismo. Además, siguiendo las disposiciones de la Directiva contra el blanqueo de capitales de 2015, no solamente el sector financiero estará obligado a facilitar esta información, sino que se extiende igualmente a determinadas categorías de profesionales, “que actúen en el ejercicio de su profesión”, *inter alia*, auditores, abogados y otros profesionales del Derecho⁵⁶⁹, sector inmobiliario y casinos⁵⁷⁰. Por todo ello, las UIF juegan un papel esencial en materia de recuperación

seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, *Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 103-105; el Reglamento 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1781/2006 (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 141*, de 5.6.2015, pp. 1-18; y la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 141*, de 5.6.2015, pp. 73-117, en particular sus artículos 32-38.

En 2006, la Comisión Europea puso en marcha la Plataforma de Unidades de Investigación Financiera de la UE con el objetivo de facilitar la cooperación (informal) entre las UIF de los EEMM y debatir la aplicación de los diversos aspectos de la Tercera Directiva (Directiva 2005/60/CE) contra el blanqueo de capitales, por cuyas disposiciones se deben crear las UIF. Asimismo, existe una red informática descentralizada, FIU.NET, que permite el intercambio seguro de datos entre UIF de los EEMM y que, progresivamente, ha ido evolucionando hacia una herramienta multifuncional segura para el intercambio de información, con gestión de casos y estandarización (semi)automática de procedimientos. Para más información: www.fiu.net [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁶⁸ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Decisión del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información (2000/642/JAI)*, COM (2007) 827 final, Bruselas, 20.12.2007.

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), en el asunto C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros v. Consejo de Ministros*, de 26 de junio de 2007.

A este respecto, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*, COM (2012) 168 final, Bruselas, 11.4.2012.

⁵⁷⁰ Artículo 2, § 1 de la Directiva de 2015 contra el blanqueo de capitales:

“1.La presente Directiva se aplicará a las siguientes entidades obligadas:

- 1) las entidades de crédito;
- 2) las entidades financieras;
- 3) las siguientes personas físicas o jurídicas, en el ejercicio de su actividad profesional:

de los productos del delito, así como en la cooperación internacional contra el blanqueo de capitales y la evasión fiscal, si bien este último ámbito está, en los términos actuales, poco desarrollado.

En la lucha contra el COT y el terrorismo, la UE reclama, igualmente, la colaboración de los agentes privados en diferentes sectores de la actividad económica. Por un lado, además de la obligación de determinadas categorías de profesionales de notificar cualquier transacción financiera sospechosa, la controvertida Directiva de retención de datos⁵⁷¹ —anulada recientemente por el Tribunal de Justicia por constituir una injerencia de especial gravedad en la vida privada y la protección de datos⁵⁷²— pretendía armonizar las disposiciones nacionales que obligan a los proveedores de telefonía e Internet a retener los datos de tráfico de comunicación y de localización, para

-
- a) los auditores, contables externos y asesores fiscales;
 - b) los notarios y otros profesionales del Derecho independientes, cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente [...]
 - c) los proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b);
 - d) los agentes inmobiliarios;
 - e) otras personas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10 000 EUR, ya se realicen en una transacción o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación;
 - f) los proveedores de servicios de juegos de azar”.

⁵⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp. 54-63.

La obligación de almacenaje no se refiere al contenido de la información objeto de la comunicación, sino a los datos generados o tratados por los servicios propios de los proveedores necesarios para identificar al usuario o abonado. Así, los proveedores de telefonía e Internet han de conservar, por ejemplo, los datos identificativos de los equipos de origen y destino empleados, del usuario o abonado emisor y receptor, de la fecha y hora o del tipo de comunicación efectuada. Sin embargo, el tiempo establecido para el almacenaje de dichos datos varía entre un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, por lo que introduce un alto grado de discrecionalidad a la hora de su implementación. Por otro lado, la Directiva encuentra límites desde su aprobación, pues no regula ni el acceso ni el uso de los datos retenidos por parte de las autoridades nacionales y ha encontrado numerosas dificultades para su efectiva implementación, especialmente por las trabas desde el ámbito jurisprudencial.

Vid. Nota 487 para más información sobre las críticas vertidas a esta Directiva.

⁵⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de abril de 2014, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, disponible en: <http://curia.europa.eu> [última consulta: 31.8.2015].

Antes de la sentencia de esta jurisprudencia del Tribunal, la Comisión había propuesto una reforma integral de las normas relativas a la protección de datos, incluidas las disposiciones sobre su retención por agentes privados. Queda, no obstante, pendiente de incorporar estos cambios, pues en la propuesta de Directiva la Comisión continúa en la línea criticada por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, si bien incluye demandas sociales como el “derecho al olvido”. Puede consultar la batería de propuestas presentadas en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

el propósito de investigación, detección y persecución del *crimen grave* ⁵⁷³. Asimismo, la Directiva relativa a la transmisión de Información Anticipada sobre los Pasajeros (*Advance Passenger Information, API*) ⁵⁷⁴ obliga a las aerolíneas a transmitir electrónicamente datos sobre los pasajeros, entre otros, a los servicios de aduanas e inmigración, permitiendo a las autoridades competentes del Estado miembro de llegada procesar la información de los pasajeros antes del aterrizaje del vuelo. La actual propuesta de la Comisión en este ámbito —presentada nuevamente en 2011 para adaptarla al Tratado de Lisboa— pretende reforzar esta normativa y obligar a las aerolíneas a transmitir a las autoridades locales competentes datos de los pasajeros que realicen vuelos internacionales (fuera de la Unión), incluyendo su nombre, itinerario, agente de viajes, medio de pago, número de asiento, etc. ⁵⁷⁵. Mediante el análisis de estos datos transmitidos por las aerolíneas, las autoridades locales de implementación de la ley podrán identificar a personas susceptibles de estar implicadas en actividades delictivas ligadas al COT o el terrorismo, si bien previamente les eran “desconocidas” (no sospechosas), yendo, por tanto, más allá de la normativa vigente en la materia (API, SIS II) ⁵⁷⁶. Este sistema, muy criticado ⁵⁷⁷, copia otros acuerdos internacionales concluidos por la UE con Estados terceros para el intercambio de datos de pasajeros (*vid. infra*, Capítulo III).

⁵⁷³ Nuevamente, cada Estado miembro es libre de definir qué entiende por *crimen serio*, principalmente atendiendo a los niveles de penas establecidos en Derecho interno. Aunque las legislaciones penales nacionales pudieran diferir, hemos de tomar como referencia el listado de delitos o actividades delictivas que prevean una pena máxima de al menos cuatro años de privación de libertad, como en el caso de la Decisión marco relativa al crimen organizado, o las categorías delictivas del artículo 2, § 2 de la euro-orden.

⁵⁷⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, *Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, pp. 24-27.

Los datos, que han de ser transmitidos antes del término del embarque, corresponden al número y tipo de documento utilizado para embarcar; nombre y apellidos del pasajero, nacionalidad y otros datos personales; y los datos del embarque. Asimismo, esta Directiva armoniza las sanciones pecuniarias aplicables a los transportistas en caso de incumplimiento de la obligación de transmitir los datos requeridos.

⁵⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves*, COM (2011) 32 final – 2011/0023 (COD), Bruselas, 2.2.2011.

⁵⁷⁶ [http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20150123BKG12902/html/EU-Passenger-Name-Record-\(PNR\)-proposal-what's-at-stake](http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/content/20150123BKG12902/html/EU-Passenger-Name-Record-(PNR)-proposal-what's-at-stake) [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁷⁷ ARGOMANIZ, J., “When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms”, *Journal of European Integration*, Vol. 31, Núm. 1, 2009, pp. 119-136.

Por último, desde que entró en vigor el nuevo CAC, los comerciantes están obligados a suministrar a las autoridades aduaneras información por anticipado sobre las mercancías importadas o exportadas del territorio comunitario; obligaciones que se suman a las existentes en otros ámbitos relacionados con el papel de los actores privados en el refuerzo de la seguridad interna y la lucha contra el COT en sus diferentes dimensiones ⁵⁷⁸. Este papel previsto para los agentes privados en la política contra el COT, tanto en materia preventiva como de investigación de los delitos cometidos por estas organizaciones, plantea todavía muchos inconvenientes que trascienden el objeto de nuestro estudio, principalmente conectados con la privatización de la seguridad y la defensa ⁵⁷⁹. No obstante, es claro que su rol en la gobernanza de seguridad multinivel es cada vez más demandado por las instituciones y actores comunitarios, unilateralmente, sin negociación posible, haciéndole partícipe de la vigilancia a la que estas medidas —supuestamente de excepción, pero que han sido generalizadas o banalizadas en el marco de la lucha contra el COT— someten al conjunto de la ciudadanía; una colaboración que, por otra parte, no es sometida a control democrático por el Parlamento Europeo, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales o agentes externos, como asambleas parlamentarias nacionales, por lo que plantea problemas adicionales en cuanto al uso de los datos personales y la información facilitada por los particulares a estos agentes privados (compañías telefónicas y proveedores de Internet, aerolíneas, empresas de armamento, armadores y exportadores/importadores, etc.) y que éstos han de proporcionar obligatoriamente a las autoridades policiales y aduaneras.

⁵⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 648/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, que modifica el Reglamento 2913/92 del Consejo por el que se aprueba el código aduanero comunitario, *Diario Oficial L 117*, de 4.5.2005, pp. 13-19.

Para más información sobre otras medidas impuestas a los actores privados: http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/policy_issues/customs_security/security_initiatives/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁷⁹ *Vid.*, por ejemplo, BAILES, A., “Private Sector, Public Security”, BRYDEN, A. y CAPARINI, M. (Eds.), *Private Actors and Security Governance*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2006, pp. 41-63; BAYLEY, D. y SHEARING, C., “The Future of Policing”, *Law & Society Review*, Vol. 30, Núm. 3, 1996, pp. 585-606.

7. Las medidas preventivas en la política "común" de lucha contra el crimen organizado

Junto a la incipiente legislación europea en materia de intercambio de información e inteligencia como medida de prevención y lucha contra la delincuencia transfronteriza —el *proactive policing* propugnado por el nuevo paradigma en la cooperación policial europea—, la UE ha adoptado otras medidas destinadas a prevenir la actividad ilícita de los grupos delictivos organizados en diferentes ámbitos. Uno de los principales medios para la prevención del COT ha sido el decomiso de los productos e instrumentos del delito, especialmente tras las reformas de los últimos años. A través del delito, la UE no solamente ha buscado reprimir las actividades ilícitas de los grupos organizados, recuperando el producto de las mismas, sino que, igualmente, ha enfatizado en el uso del decomiso como elemento de una estrategia más amplia de prevención de la comisión de otros delitos, en línea con las disposiciones de la Convención de Palermo y otros textos internacionales al respecto. Esta estrategia comprende, además, medidas en distintos ámbitos de prevención en áreas de competencia compartida claramente subsidiaria o residual, como los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública y la protección y mejora de la salud humana, respectivamente. Asimismo, en particular en los últimos años, diversas propuestas se han hecho hueco en el Consejo para impulsar medidas en otros sectores del tratamiento de la delincuencia en los que la competencia de la Unión es, cuando menos, dudosa, como la prevención de la radicalización violenta —especialmente del terrorismo—, incluyendo igualmente otras conductas supuestamente “predelictivas” que vienen a demostrar, una vez más, el carácter expansivo del Derecho desarrollado en los últimos años. Este enfoque represivo ha perjudicado, directa o indirectamente, las medidas preventivas en otros ámbitos, como ha sucedido con la criminalización del tráfico ilícito de drogas y de conductas consideradas “asociales” en detrimento de la prevención de las drogodependencias.

1. Atajar el beneficio. El decomiso de los productos del delito como elemento clave para prevenir las actividades delictivas de la criminalidad organizada

Privar a las organizaciones delictivas de su fin último, el lucro, ha sido una constante de la respuesta internacional y europea en la lucha contra el COT desde que se aprobase la ley R.I.C.O estadounidense ⁵⁸⁰. A nivel de la Unión, ya el Plan de Acción de 1997 establecía recomendaciones en el ámbito del blanqueo de capitales y el decomiso de los productos del delito, que fueron recogidas y programadas por la Estrategia de la UE para el nuevo Milenio, produciendo un marco normativo europeo que ha ido incorporando prácticamente en su totalidad la normativa paneuropea impulsada por el Consejo de Europa en la década de 1990 ⁵⁸¹. En los últimos años, para completar las evidentes lagunas del Programa de Estocolmo en la materia ⁵⁸², el decomiso de los productos del delito ha sido referido por la Comisión como una prioridad estratégica en la implementación de la ESI ⁵⁸³, proponiendo en marzo de 2012 la revisión en profundidad del marco comunitario existente hasta la fecha ⁵⁸⁴ y el refuerzo del modelo

⁵⁸⁰ Para un análisis general, *vid.* por ejemplo, VERVAELE, J. A. E., “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos”, *Actualidad Penal*, 1999, pp. 291-315.

Asimismo, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Novedades legislativas en materia de decomiso y de recuperación de activos”, *Revista de Derecho Penal*, Núm. 34, 2011, pp. 91-116.

⁵⁸¹ Convenio europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (ETS 141), abierto a firma en Estrasburgo el 8.11.1990 y en vigor desde el 1.9.1993.

Con posterioridad, el decomiso de los productos del delito y las técnicas de investigación previstas para ello se han hecho extensibles a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, adoptándose en 2005 el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, y a la financiación del terrorismo (CETS 198).

⁵⁸² El Programa de Estocolmo únicamente hace una referencia al decomiso, en concreto al Convenio de 1990 del Consejo de Europa, dentro del punto 4.4.5. *Delincuencia económica y corrupción*. CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *op. cit.* en Nota 40, p. 23.

⁵⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*, COM (2010) 673 final, Bruselas, 22.11.2010, pp. 6-7.

⁵⁸⁴ Los cinco instrumentos normativos adoptados por la UE en materia de decomiso de los productos del delito hasta la aprobación de la nueva Directiva eran la Decisión marco 2001/500/JAI 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, *Diario Oficial L 182*, de 5.7.2001, pp. 1-2; 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, *Diario Oficial L 196*, de 2.8.2003, pp. 45-55; la 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, *Diario Oficial L 68*, de 15.3.2005, pp. 49-51; la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, *Diario Oficial L 328*, de 24.11.2006, pp. 59-78; 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, *Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 103-105.

europeo para adaptarlo a las necesidades de la actuación (preventiva y represiva) de la Unión y responder así a determinados obstáculos observados durante las investigaciones transfronterizas, en palabras de los servicios del Ejecutivo comunitario, principalmente derivados de la falta de uso de los instrumentos disponibles ⁵⁸⁵.

En la última década, no solamente el ámbito de aplicación internacional del decomiso se ha visto ampliado desde la introducción del concepto en la Convención de 1988 hasta abarcar en la actualidad otros delitos no necesariamente relacionados con el tráfico ilícito de drogas (trata de seres humanos, tráfico de inmigrantes ilegales o de armas, etc.), ni con el COT, como la corrupción. Asimismo, la lógica del decomiso del delito ha sufrido una importante transformación en la última década en cuanto su función en la respuesta penal y policial contra el COT, tanto en la normativa comunitaria como en los sistemas penales nacionales, adquiriendo una incuestionable componente preventiva. Así, como señala Francisco Jiménez-Villarejo:

El contenido de la confiscación, y las medidas de aseguramiento que le preceden, ha desplazado el acento [...] de su inherente y relativamente sencilla finalidad de conservación de elementos probatorios [...] hacia la más compleja finalidad de obtener y recuperar la propiedad de los bienes procedentes de las ganancias del delito (*productum sceleris*). Con ello, se ha introducido una investigación independiente y separada de la causa principal en la que se aceptan, incluso, excepciones a las reglas procesales que rigen el proceso principal (como la alteración de la carga de la prueba). La *confiscation order* en otros sistemas legales, como los de *common law*, alcanza un carácter reparatorio y preventivo en su pretensión de evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones, que, por diluir su naturaleza

⁵⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *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*, COM (2012) 85 final — 2012/0036 (COD), de 12.3.2012; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20.11.2008.

Vid. para un panorama general de los obstáculos a las investigaciones, MATRIX INSIGHT, *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets*, Final Report, junio de 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/final_asset_recovery_report_june_2009.pdf [última consulta: 31.8.2015].

sancionadora, no forma ya necesariamente parte de la pena impuesta en la sentencia definitiva a ejecutar.⁵⁸⁶

Siguiendo este cambio de modelo operado a nivel internacional y nacional en materia de decomiso, la UE ha establecido un amplio marco regulador del sistema financiero y bancario con vistas a luchar contra el blanqueo de los productos del delito o, más ampliamente, el blanqueo de capitales⁵⁸⁷ y salvaguardar así la integridad del sistema financiero europeo contra el fraude y las actividades que puedan perjudicar los intereses financieros de la UE. De manera particular, la Directiva de 2014 relativa al decomiso de los productos del delito⁵⁸⁸ —complementaria a la legislación contra el blanqueo de capitales (*vid. supra*, epígrafe cuarto)—, pretende, según la Comisión, que “el delito no resulte provechoso”⁵⁸⁹ y prevenir que estos fondos ilícitamente obtenidos reviertan en la comisión de nuevas actividades delictivas⁵⁹⁰. El marco normativo europeo, actualizado por esta Directiva, busca armonizar conceptos como el *decomiso ampliado* y garantizar el reconocimiento mutuo tanto de medidas legales temporales, tal que el embargo preventivo y la incautación, como resoluciones judiciales definitivas que autorizan el decomiso de los productos del delito o de los bienes usados para su comisión, en línea con las disposiciones al respecto de la Convención de Palermo. Además, obliga a los EEMM a crear o designar organismos de recuperación de activos a

⁵⁸⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Novedades legislativas en materia de decomiso...”, *loc. cit.* en Nota 580, pp. 94-95.

⁵⁸⁷ Hemos de recordar que, para la Convención de Palermo, ambos términos son sinónimos [A/55/383/Add.1, párr. 10], si bien podríamos señalar la existencia de una variedad de matices que refuerzan una opinión diferente. Se puede decir que el blanqueo de capitales es la ocultación de bienes y es un delito en sí mismo, incluso si estos bienes no provienen de un delito sino de una actividad lícita, por ejemplo de tipo comercial o inversor; por el contrario, los productos del delito son bienes derivados de la comisión de actividades ilícitas de las que los grupos delictivos obtienen un beneficio económico.

⁵⁸⁸ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50.

Excepto algunas disposiciones, esta Directiva no sustituye el marco anterior, sino que lo actualiza para cubrir determinados vacíos legislativos identificados por los servicios de la Comisión.

⁵⁸⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada...*, *op. cit.* en Nota 585.

⁵⁹⁰ Por ejemplo, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos [*Diario Oficial L 101*, de 15.4.2011, pp. 1-11] incluye, en su artículo 7, el embargo y decomiso de los instrumentos y productos de los delitos contemplados en dicha Directiva. Asimismo, la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [*Diario Oficial L 157*, de 30.4.2004, pp. 45-86] incluye en su artículo 9 el embargo entre las medidas preventivas.

nivel estatal ⁵⁹¹, que deben cooperar estrechamente con las UIF y las autoridades judiciales y con sus homólogas europeas ⁵⁹². Asimismo, solicita que los EEMM adopten medidas de decomiso ampliadas en el caso de que el delito haya sido cometido en el marco de una organización delictiva e introduce la posibilidad de que los EEMM permitan a sus órganos jurisdiccionales decomisar, total o parcialmente, los bienes adicionales que éstos determinen que son producto de otros delitos, así como aquellos adquiridos por los allegados y de las personas jurídicas que controlen ⁵⁹³. No obstante, a pesar de enfatizar en la protección de las debidas garantías —ampliadas y

⁵⁹¹ “Cada Estado miembro creará o designará un organismo nacional de recuperación de activos a fin de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil”. Art. 1, § 1 de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo [*Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 103-105].

⁵⁹² Solamente algunos EEMM han creado organismos de recuperación de activos plenamente operativos y pocos han implementado completamente la Decisión 2007/845/JAI, sobre la cooperación entre dichos organismos a nivel europeo. *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada...*, *op. cit.* en Nota 585; COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo basado en el artículo 8 de 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*, COM (2011) 176 final, Bruselas, 12.4.2011.

En el mismo sentido, MATRIX INSIGHT, *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices...*, *op. cit.* en Nota 585; BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE, *The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes*, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, Bruselas, febrero de 2012, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁹³ Artículo 5, *Decomiso ampliado* [Directiva 2014/42/UE, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50]

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.

2. A los efectos del apartado 1 del presente artículo, el concepto de «infracción penal» incluirá, al menos, las siguientes: [...] b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico [...]”.

Artículo 6, *Decomiso de bienes de terceros* [Directiva 2014/42/UE, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50]

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado.

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

particularizadas por la Directiva de 2014 ⁵⁹⁴—, la normativa europea introduce las indefiniciones propias a este respecto, pues deja en manos de la discrecionalidad de las autoridades judiciales la intervención de los bienes e instrumentos del delito según los criterios definidos vagamente en el ordenamiento comunitario y permite la ejecución del decomiso en ausencia de la persona acusada durante la tramitación o, incluso, incoación del expediente ⁵⁹⁵, algo que no todos los EEMM contemplan en sus respectivos órdenes internos.

Este marco legal deja fuera de su ámbito material, no obstante, la posibilidad de instar a los EEMM a reutilizar los fondos decomisados a efectos de aplicación de la ley, de prevención o con fines sociales, como plantean algunos planes, programas y

⁵⁹⁴ Artículo 8, *Garantías* [Directiva 2014/42/UE, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50]

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas por las medidas establecidas en la presente Directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo a fin de preservar sus derechos. [...]

3. Las órdenes de embargo estarán en vigor solo durante el tiempo necesario para el aseguramiento de los bienes con vistas a un posible decomiso. [...]

6. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que todas las resoluciones de decomiso estén razonadas y se comuniquen al interesado. Los Estados miembros deberán prever la posibilidad efectiva de que la persona que sea objeto de la resolución de decomiso la recurra ante un órgano jurisdiccional. [...]

10. En caso de que, a raíz de una infracción penal, las víctimas tengan derechos de reclamación respecto de una persona sometida a una medida de decomiso establecida en virtud de la presente Directiva, los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que la medida de decomiso no impida a las víctimas reclamar una indemnización.”

⁵⁹⁵ Art. 3, § 2, [Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 68*, de 15.3.2005, pp. 49-51]

“Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas [...], que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares [...], que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.

Artículo 4, *Decomiso* [Directiva 2014/42/UE, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50]

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso [...], previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado.

2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1[...] los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”.

estrategias de la UE y se establece en contadas legislaciones estatales ⁵⁹⁶. Además, el ordenamiento comunitario ha ido ampliando considerablemente su ámbito material y subjetivo sin que se vean plenamente garantizados los derechos de defensa de los particulares objeto de decomiso, pues no se avanza en paralelo en la armonización de las salvaguardas procesales ⁵⁹⁷, que dependen en todo caso de las disposiciones relevantes previstas en el ordenamiento estatal. Únicamente se ha ampliado con la Directiva de 2014 la cláusula anterior destinada a proteger los intereses de terceras partes *bona fide*, por lo que la normativa europea solamente será de aplicación si tenían conocimiento del origen ilícito de los bienes o de la transferencia para evitar su decomiso. No obstante, como en otros ámbitos analizados en epígrafes anteriores, se hace necesaria la adopción de una normativa procesal europea específica que restrinja la aplicación extensiva que se está haciendo de estas medidas de confiscación y de otras medidas preventivas de embargo que limitan y condicionan el ejercicio de derechos al invertir la carga de la prueba en la investigación de las actividades delictivas del COT —actualmente regidas por instrumentos de cooperación clásicos ⁵⁹⁸—, ya que, en principio, están dirigidas a la ciudadanía en general (por ejemplo, terceras partes que adquieran un bien de buena fe) y no solamente a los delincuentes.

⁵⁹⁶ Por ejemplo, los Programas quinquenales de La Haya y de Estocolmo identificaron como prioritaria la devolución de los bienes confiscados como compensación a víctimas concretas o su reutilización para fines sociales. En España, los bienes decomisados pasan a disposición del Plan Nacional sobre Drogas o, para determinados fines, de las Comunidades Autónomas y entes locales, según lo dispuesto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados [*Boletín Oficial del Estado*, Núm. 129, de 30.5.2003, pp. 20820-20824].

En este punto, *vid.* BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE, *The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations...*, *op. cit.* en Nota 592.

⁵⁹⁷ Para intentar paliar esta laguna, la Comisión propuso en noviembre de 2013 cinco propuestas legislativas para reforzar las garantías procesales de los ciudadanos en los procedimientos penales, con cierta repercusión en este ámbito. *Vid.* para mayor información sobre las propuestas: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/131127_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁹⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C* 197, de 12.7.2000, pp. 1-23.

2. La prevención de la drogodependencia y de otros delitos relacionados con el mantenimiento del orden público europeo. Reducir la demanda de bienes y servicios ilícitos

Desde mediados de la década de 1990, la UE ha adoptado una serie de medidas destinadas a disminuir la demanda de determinados bienes y servicios ilícitos relacionados con el COT e, indirectamente, prevenir la comisión de delitos que puedan afectar al orden y la seguridad pública europeos. Haciendo uso de una competencia residual de apoyo a las autoridades estatales en sus esfuerzos por garantizar la salud humana (Art. 6 TFUE)⁵⁹⁹, la Unión ha adoptado varios programas y planes de acción destinados a concienciar a la ciudadanía acerca de los riesgos de la demanda de determinados bienes y servicios ilícitos (o no regulados) y completar la parte supuestamente preventiva del Derecho penal europeo, entre los que destacan, especialmente, las estrategias y planes de prevención del consumo de drogas o de la solicitud de servicios sexuales que puedan incentivar la trata de seres humanos en el seno de la UE.

En el ámbito relacionado con la prevención de la demanda de drogas, en diciembre de 2012, el Consejo adoptó la *Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)*⁶⁰⁰, cuya finalidad es “proteger y mejorar el bienestar de la sociedad y de las personas, proteger la salud pública, ofrecer un nivel elevado de seguridad para la población en general y adoptar un planteamiento equilibrado, integrado y empíricamente contrastado del fenómeno de la droga.”⁶⁰¹ Esta estrategia completa las disposiciones de la Decisión marco sobre el tráfico ilícito de drogas y, en particular, insta a que la actuación de la Unión se encamine a reducir tanto la oferta ilícita desde el ámbito penal como la demanda de sustancias sicotrópicas, procediendo,

⁵⁹⁹ “La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) la protección y mejora de la salud humana; [...]” (Art. 6 TFUE).

Asimismo, es de aplicación el artículo 168 TFUE, *Salud pública*:

“La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención”.

⁶⁰⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)*, *Diario Oficial C 402*, de 29.12.2012, pp. 1-10. En noviembre de 2013, el Consejo adoptó un nuevo plan de acción que concreta y desarrolla los objetivos de esta estrategia [*Diario Oficial C 351*, de 30.11.2013, pp. 1-23].

⁶⁰¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)*, *op. cit.* en Nota anterior, p. 1.

al mismo tiempo, a mejorar la información, investigación y evaluación interna y a cooperar a nivel internacional con terceros Estados para abordar el problema de las drogas desde una perspectiva global e integrada (*vid. infra*, Capítulo III). En este sentido, la estrategia establece numerosas prioridades, con el fin de “contribuir a una reducción cuantificable del consumo de drogas ilegales, posponer la edad de inicio del consumo, prevenir y reducir el problema del consumo de droga, de la dependencia de la droga y de los riesgos y perjuicios sociales y para la salud relacionados con la droga mediante un planteamiento integrado, pluridisciplinario y empíricamente contrastado, así como a través del fomento y el mantenimiento de la coherencia entre las políticas de sanidad, social y de justicia”⁶⁰².

La actuación de la Unión en este ámbito de reducción de la demanda, no obstante, es complementaria a la acción establecida por las autoridades de los EEMM en este sentido, mientras que su intervención en los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública es objeto de competencia compartida (Art. 4 TFUE)⁶⁰³. En consecuencia, en lo concerniente a la lucha contra el COT, la estrategia establece igualmente prioridades de cooperación en materia policial y judicial encaminadas a reducir la oferta ilegal de drogas, especialmente “mediante la interrupción del tráfico ilegal de drogas, el desmantelamiento de los grupos de delincuencia organizada que participan en la producción y el tráfico de drogas, la utilización eficaz del sistema judicial penal, la aplicación eficaz de la legislación penal basada en la información y un mayor intercambio de información”⁶⁰⁴. Esta estrategia enfatiza especialmente el uso y refuerzo de los instrumentos (legales y operacionales) puestos en marcha en los últimos años para reprimir el COT y reforzar la cooperación policial en el seno de la Unión, al mismo tiempo que resalta la necesidad de fomentar la cooperación internacional e intervenir fuera de sus fronteras para frenar la oferta de droga. Con ello, la Unión pretende aportar una respuesta multinivel a los problemas que el tráfico ilícito de drogas (la oferta) plantea al orden público europeo —en su vertiente “seguridad interior”—, incidiendo en aquellos aspectos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y la

⁶⁰² *Ibíd.*, p. 4.

⁶⁰³ “Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: [...] k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado” (Art. 4, § 2 TFUE).

⁶⁰⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)*, *op. cit.* en Nota 601, p. 5.

actividad ilegal de las organizaciones delictivas, susceptibles, por tanto, de su ámbito competencial; mientras que el ámbito de la prevención y los asuntos relacionados con la salud pública (la demanda) sigue estando restringido a la soberanía de los EEMM, que responden al consumo de droga de muy diferente manera en materia de prevención y tratamiento y reinserción social de drogodependientes ⁶⁰⁵. Esta compartimentalización de la prevención del tráfico ilícito de drogas desde la oferta ilegal ha repercutido en una negativa respuesta por parte de las instituciones comunitarias a este fenómeno delictivo, puesto que se ha primado la vertiente represiva a través de la armonización de la legislativa penal —fruto del discurso securitario frente al COT—, al adoptar un enfoque penal y de seguridad pública en el tratamiento de los drogodependientes en detrimento de otras medidas preventivas y mecanismos de control social, preconizados ya a mediados de la década de 1990 por autores como André Decourrière ⁶⁰⁶.

En cuanto a la reducción de la demanda ilegal de servicios sexuales, los diferentes instrumentos normativos adoptados desde el ámbito penal para la represión de la trata de seres humanos abordan de manera general la parte preventiva de la lucha contra la explotación sexual, en particular de mujeres y niños. Además de la adopción de programas de carácter general para la prevención de la delincuencia ⁶⁰⁷, el Programa Daphne ha promovido desde sus orígenes la cooperación entre las autoridades en el ámbito de la prevención y sanción de la violencia ejercida sobre mujeres y niños y la protección de otros grupos de riesgo en el seno de la UE ⁶⁰⁸, completando, así, las

⁶⁰⁵ Puede consultar los diferentes informes del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanías en el siguiente enlace: <http://www.emcdda.europa.eu/index.cfm> [última consulta: 31.8.2015].

⁶⁰⁶ Si bien su análisis data de mediados de la década de 1990, los resultados de su investigación siguen siendo de utilidad actualmente, pues la UE no ha modificado sustancialmente su enfoque. DECOURRIÈRE, A., *Les drogues dans l'Union européenne. Le Droit en question*, Bruylant, Bruselas, 1996.

⁶⁰⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2007/125/JAI del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Prevención y lucha contra la delincuencia”, integrado en el programa general “Seguridad y defensa de las libertades”, *Diario Oficial L 58*, de 24.2.2007, pp. 7-12; PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1382/2013, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa «Justicia» para el período de 2014 a 2020 (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 354*, de 28.12.2013, pp. 73-83; Reglamento 513/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, la prevención y la lucha contra la delincuencia, y la gestión de crisis y por el que se deroga la Decisión 2007/125/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 150*, de 20.5.2014, pp. 93-111.

⁶⁰⁸ Actualmente en vigor: PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1381/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de diciembre de 2013,

disposiciones específicas relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de menores o la pornografía infantil desde el Derecho penal y la *Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de personas (2012-2016)* ⁶⁰⁹. Sin embargo, la parte preventiva de la trata de seres humanos defendida por la Unión sigue siendo deficitaria, incluso tras el supuesto cambio de enfoque operado e integrado en la nueva Directiva de 2011 al respecto, incorporando disposiciones más amplias en relación al marco anterior e incorporando la perspectiva de género en la asistencia y protección de las víctimas ⁶¹⁰. Además, es especialmente relevante la importancia que la Unión concede a la prevención y lucha contra la oferta ilícita de drogas y de servicios sexuales en sus relaciones con terceros Estados, olvidando en ocasiones conceder la importancia que verdaderamente tiene la demanda interna de estos bienes y servicios ⁶¹¹ y enfocando la prevención de la trata de seres humanos, principalmente, desde una perspectiva de la gestión de los flujos migratorios, a tenor de la redacción del artículo 79 TFUE, que incluye la prevención de la trata en el marco de las medidas contra la inmigración ilegal; cuestión cuestionable al dejar fuera —al menos en teoría— de las medidas preventivas la trata de seres humanos interna o sin dimensión transfronteriza, pero que ha sido central en la lucha contra el COT en su acción exterior, como profundizaremos en el Capítulo siguiente.

por el que se establece el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020, *Diario Oficial L 354*, de 28.12.2013, pp. 62-72.

⁶⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016)*, COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012.

⁶¹⁰ RUIZ DÍAZ, L. J., “La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos...”, *loc. cit.* en Nota 179.

⁶¹¹ Por ejemplo, durante la celebración del Mundial de Fútbol en Alemania, en el verano de 2006, muchos medios de comunicación y algunas ONGs y organismos internacionales sonaron la voz de alarma ante la posibilidad de que las redes y organizaciones delictivas organizadas de trata de seres humanos aprovecharan la situación para prostituir a, según las estimaciones, unas 40.000 mujeres durante el evento. Si bien no se pudo probar la veracidad de tales estimaciones o un aumento de la trata de mujeres en la zona con ocasión del evento deportivo, lo cierto es que sirvió de incentivo para llamar la atención acerca de las oportunidades (potenciales, al menos) que este tipo de eventos multitudinarios puede crear para las organizaciones y redes delictivas y las actuaciones de las autoridades al respecto. *Vid.* TAVELLA, A. M., “Sex Trafficking and the 2006 World Cup in Germany: Concerns, Actions and Implications for Future International Sporting Events”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Núm. 1, otoño de 2007, pp. 196-217.

3. La prevención en otros ámbitos delictivos. Radicalismo y delincuencia juvenil, ¿pasos previos al crimen organizado?

Si bien la prevención de la delincuencia (común y organizada) es responsabilidad directa de las autoridades estatales, la UE busca coordinar todos los aspectos de la prevención y sanción de la lucha contra el COT en sus diferentes manifestaciones y apoyar así las actuaciones estatales, en línea con el artículo 84 TFUE⁶¹². Por ello, junto a las medidas de fomento del intercambio de inteligencia e información, el otro eje del modelo preventivo escogido por la Unión se encuentra en la intervención desde el ámbito social o civil, cuya finalidad, según las instituciones comunitarias, es evitar que delincuentes juveniles o miembros de la delincuencia “común” engrosen las filas de grupos criminales organizados o atraigan a nuevas víctimas a las redes de explotación. Para ello, en las últimas décadas, la Unión ha adoptado diversas iniciativas en el ámbito de la prevención, desde comunicaciones de la Comisión hasta programas generales o específicos de concienciación y asistencia a las autoridades nacionales en tareas preventivas de la delincuencia, principalmente a través de la financiación de proyectos transfronterizos, que se han extendido, igualmente, a la dimensión exterior de la actividad de la Unión. La lógica de ofrecer una respuesta coordinada, integral y transfronteriza al carácter transnacional y la mutabilidad del delito está detrás de estas iniciativas *horizontales*, que vienen a completar las disposiciones de cada uno de los instrumentos adoptados en la última década para sancionar específicamente los diversos aspectos delictivos relacionados con el COT y reducir la oferta y demanda de determinados servicios y bienes ilícitos.

Uno de los instrumentos más relevantes en este planteamiento general de prevención de la criminalidad es la Estrategia del Milenio, adoptada en 2000, que ha sido complementada con otros documentos de las instituciones con carácter más amplio de prevención de la delincuencia en otros ámbitos no necesariamente relacionados con los grupos delictivos organizados⁶¹³. La Estrategia del Milenio ha fijado la agenda

⁶¹² “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

⁶¹³ Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio, *Diario Oficial C 124*, de 3.5.2000, pp. 1-33.

seguida por la UE en torno a unos objetivos específicos, entre los que destacan el refuerzo de las capacidades de Europol y de la legislación penal sustantiva, del intercambio y análisis de información y datos entre fuerzas y cuerpos de seguridad de los EEMM y con los actores del ELSJ y la colaboración entre el sistema de justicia penal y la sociedad civil para prevenir que el COT se infiltre en la economía legal. Precisamente, la colaboración entre los sectores público y privado fue el objeto de la Declaración de Dublín, de 2003 ⁶¹⁴, a partir de la cual se intentaría involucrar al empresariado en la prevención y lucha contra el COT, especialmente en el sector financiero ⁶¹⁵, si bien sin continuación posterior ni implicación o aplicación práctica real fuera del marco de prevención y represión del blanqueo de capitales y las medidas contra el fraude y otros delitos contra los intereses financieros de la UE o la adopción de la normativa comunitaria sobre auditorías ⁶¹⁶.

Posteriormente, la Comisión ha desarrollado estas líneas generales marcadas en la Estrategia del Milenio, instando a la actuación activa de la Unión, en particular en la prevención de la delincuencia común o “masiva”; es decir, no organizada. En su Comunicación de 2004, la Comisión instaba a los EEMM y a la Unión a intervenir prioritariamente ante determinadas manifestaciones delictivas, según las instituciones comunitarias, fuente de “la principal preocupación de los ciudadanos europeos” en

Con la inclusión de la lucha contra el crimen organizado como una prioridad en la agenda política europea, la Unión ha adoptado numerosas iniciativas de prevención de la delincuencia. Entre otras muchas, la Resolución del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, sobre prevención de la delincuencia organizada y adopción de una estrategia global para combatirla [*Diario Oficial C 408*, de 29.12.1998]; la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Prevención de la delincuencia en la Unión Europea - Reflexión sobre unas orientaciones comunes y propuestas en favor de un apoyo financiero comunitario, COM (2000) 786 final, Bruselas, 29.11.2000; la puesta en marcha de los Programas *Juventud*, *Hipócrates* y *AGIS* o la instauración de la Red Europea de Prevención de la Delincuencia [Decisión 2009/902/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, *Diario Oficial L 321*, de 8.12.2009, pp. 44-46], cuyas labores esenciales son la recopilación y transmisión de información sobre las actividades de prevención puestas en marcha en todos los niveles de gobierno, incluyendo una identificación de las *mejores prácticas*, y su función como medio de comunicación con la sociedad civil y de difusión de los resultados obtenidos.

⁶¹⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Declaración de la Conferencia de Dublín sobre la delincuencia organizada*, 16302/03, Bruselas, 19.12.2003.

⁶¹⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, COM (2004) 262 final, Bruselas, 16.4.2004.

⁶¹⁶ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo, *Diario Oficial L 157*, de 9.6.2006, pp. 87-107; Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, *Diario Oficial L 158*, de 27.5.2014, pp. 196-226.

materia de seguridad ⁶¹⁷. Estos ámbitos comprenden la delincuencia juvenil, urbana y vinculada a la droga, además de ciertos comportamientos antisociales, considerados por la Comisión una “etapa previa” a la delincuencia. De esta forma, el Ejecutivo comunitario abogaba en su Comunicación por una actuación prioritaria (pública y privada) en estas etapas tempranas de la delincuencia, “tan cerca como sea posible de los barrios”, y solicitaba a los EEMM que integrasen los principios de las Naciones Unidas aplicables a la prevención de la delincuencia en sus políticas nacionales, para responder así a la “sensación de inseguridad” de la ciudadanía ⁶¹⁸. A nivel de la Unión, la Comisión consideró prioritarias, “a fin de evitar duplicidades”, el intercambio a nivel europeo de experiencias entre responsables políticos, agentes y expertos en materia de prevención; un inventario común de *buenas prácticas*; acuerdo en relación al uso de una metodología común de elaboración, aplicación y evaluación de los proyectos o la comparabilidad de las estadísticas; la sensibilización de la sociedad; y la puesta en marcha de proyectos de prevención comunes.

En cuanto a este último punto, siempre desde una óptica de apoyo a las instancias de los EEMM, la Unión adoptaría en 2007 un programa específico plurianual de prevención y lucha contra la delincuencia para el período 2007-2013 ⁶¹⁹ que, si bien se centraba esencialmente en la prevención, protección, persecución y respuesta frente al terrorismo y otros delitos transnacionales graves, pretendía afrontar otros riesgos a la seguridad y garantizar a sus ciudadanos un *espacio de libertad, seguridad y justicia* a través de una mayor cooperación transnacional en el seno de la UE. Al igual que el instrumento plurianual que lo sustituye para el período 2014-2020 ⁶²⁰, esta

⁶¹⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea*, COM (2004) 165 final, Bruselas, 12.3.2004, p. 4.

⁶¹⁸ *Ibíd.*, p. 9.

⁶¹⁹ *Vid.* Nota 607 para referencias. El programa incentivaba y financiaba la puesta en marcha de proyectos transnacionales en cuatro ejes principales: la prevención de la delincuencia y criminología, la represión del delito, la protección y apoyo a los testigos y la asistencia a las víctimas. Junto a este programa, se establecieron otros con carácter específico para abordar la cooperación en determinados ámbitos, como el Programa “Justicia penal”, dedicado a fomentar la colaboración judicial entre las autoridades competentes de los EEMM [Decisión 2007/126/JAI, *Diario Oficial L 58*, de 24.2.2007, pp. 13-18], haciendo hincapié en la asistencia social y jurídica a las víctimas y el refuerzo del reconocimiento mutuo y de los instrumentos de aproximación de legislaciones penales (procesales y sustantivas).

⁶²⁰ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 513/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, la prevención y la lucha contra la delincuencia, y la gestión de crisis y por el que se deroga la Decisión 2007/125/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 150*, de 20.5.2014, pp. 93-111.

programación ha ampliado considerablemente el ámbito material de la intervención de la Unión a otros sectores cuya capacidad o competencia plantean numerosos interrogantes. En concreto, la Unión ha adoptado otro tipo de medidas de prevención de la delincuencia en determinados ámbitos cuya justificación, competencia comunitaria ⁶²¹ y relación con el COT pueden ser más que discutibles, como la prevención y represión del racismo y la xenofobia o la radicalización ligada a factores religiosos. Así, en el ámbito del Derecho penal, la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia insta a los EEMM a tipificar como delito determinadas conductas ligadas al racismo y la xenofobia, incluidas la incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo determinado y la apología o difusión de contenido xenófobo, racista o negacionista de los crímenes de genocidio y lesa humanidad ⁶²²; delitos para los cuales los EEMM han de prever sanciones penales (“efectivas, proporcionadas y disuasorias”), como mínimo, de uno a tres años de prisión.

En cuanto a la prevención de la radicalización violenta ⁶²³, la Unión ha incorporado este ámbito de actuación preventiva en su estrategia de lucha contra el terrorismo tras la Declaración del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2004 y la adopción de una estrategia sobre la radicalización y captación de terroristas, en noviembre de 2005 ⁶²⁴. En principio ligadas a la lucha contra el terrorismo ⁶²⁵, las

Puede consultarse la legislación de desarrollo actualizada de este Instrumento financiero en el siguiente enlace: <http://www.guiafc.com/temas/justicia-e-interior/item/250-instrumento-financiero-prevenci%C3%B3n-y-lucha-contra-la-delincuencia.html> [última consulta: 31.8.2015].

⁶²¹ Solamente encontramos una disposición al respecto en párrafo tercero del artículo 67 TFUE:

“La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”.

⁶²² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *Diario Oficial L 328*, de 6.12.2008, pp. 55-58.

⁶²³ Vid., para este punto en particular, JORDÁN ENAMORADO, J., “Políticas de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11, 2009, pp. 1-25, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc> [última consulta: 31.8.2015].

⁶²⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas*, 14781/1/05, Bruselas, 24.11.2005.

⁶²⁵ Por ejemplo, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta*, COM (2005) 313 final, Bruselas, 21.9.2005. También se hace alusión en el texto a la prevención y lucha contra la xenofobia y el racismo, como parte de las conductas “radicales violentas” objeto de la misma.

iniciativas de la Unión han sido progresivamente ampliadas a otras conductas consideradas manifestaciones de “radicalización violenta”. En sus Conclusiones de abril de 2010 ⁶²⁶, el Consejo propuso la creación de un “instrumento estandarizado, multidimensional y semiestructurado” para almacenar, procesar, interpretar y facilitar el intercambio de información entre las agencias, instituciones y EEMM ⁶²⁷. Estaba previsto que este instrumento fuera utilizado por los cuerpos y fuerzas de seguridad, los servicios de inteligencia y por otras instituciones implicadas en la lucha contra la radicalización y el reclutamiento de terroristas en los diferentes EEMM, si bien en su concepción original recogía igualmente datos relativos a la situación personal, familiar, psicológica/psiquiátrica y social del individuo y de su ideología política que chocan con Derechos fundamentales a la protección de la vida privada y libertad de asociación reconocidos en el ordenamiento constitucional europeo. Los datos introducidos en esta base común podrían ser usados bien para la recogida de información sobre determinados individuos y sus comportamientos particulares, y emprender las acciones operacionales o tácticas oportunas; bien para información estratégica sobre los fenómenos “radicales violentos” que operan en el seno de la Unión. Aunque oficialmente este documento no

Más recientemente, centrada en la radicalización violenta ligada al terrorismo, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Prevenir la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento: una respuesta más firme de la UE*, COM (2013) 941 final, Bruselas, 15.1.2014.

En el mismo sentido, la *Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo* (14469/4/05 Rev. 4, de 30.11.2005) y el *Plan de Acción global contra la radicalización y el reclutamiento de terroristas* (Vid. Informe de aplicación, 15443/07, de 23.11.2007, y Plan de aplicación actualizado, 14582/1/12, de 18.10.2012). Más recientemente, *Council conclusions calling for an update of the EU Strategy for Combating Radicalisation and Recruitment to Terrorism*, Luxemburgo, 6-7.6.2013.

Además, se ha creado la Red para la Prevención de la Radicalización, cuyos trabajos e informes son tenidos en cuenta por las instituciones en materia de prevención de la radicalización en la UE, especialmente centrados en la lucha contra el terrorismo: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁶²⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la utilización de un instrumento estandarizado, multidimensional y semiestructurado de recogida de datos e información relativos a los procesos de radicalización en la UE*, 8570/10, de 16.4.2010; *Instrumento de compilación de datos e información relativos a los procesos de radicalización violenta*, 8570/10 – ADD 1, Bruselas, 16.4.2010.

⁶²⁷ Este “instrumento” consta de una serie de apartados sobre el tipo de ideología que apoya las manifestaciones violentas, descripción de los mensajes, vías de difusión de tales ideologías y mensajes, factores personales de los individuos involucrados (edad, sexo, nacionalidad, situaciones administrativa, económica y académica, antecedentes penales), entre otras muchas variables a cumplimentar por las autoridades competentes. Para ver el Anexo en el que se detalla este “instrumento”, puede consultarse: <http://www.statewatch.org/news/2010/apr/eu-council-rad-instrument-7984-add1-10.pdf> [última consulta: 31.8.2015], así como 8570/10 – ADD 1, Bruselas, 16.4.2010.

ha seguido su curso ⁶²⁸, es de destacar el carácter expansivo que ha tenido la prevención de la radicalización en la UE en estos últimos años —principalmente ligada al terrorismo religioso—. Esta ampliación del alcance de las medidas contra la radicalización ha sido favorecida por la agenda de los EEMM que han ostentado la Presidencia del Consejo, como fuera el caso de España durante el primer semestre de 2010, cuando se propuso este “instrumento estructurado” de recopilación de datos.

El enfoque seguido por la UE para la prevención de la “radicalización violenta” se torna un tanto problemático respecto de la protección de determinados Derechos fundamentales si tenemos en cuenta la definición adoptada por la Unión de “organización delictiva”. La amplitud con la que la UE ha abordado el COT y, en particular, la definición de organización delictiva ofrecida por la DM de 2008 nos plantea incertidumbres en lo relativo a la inclusión de otros grupos o movimientos sociales en la definición y sobre la aplicación de la legislación adoptada contra los grupos criminales organizados a otros grupos delictivos, como ha pasado en España a la hora de calificar como *asociación ilícita* determinadas bandas ⁶²⁹. Asimismo, se plantea un problema de protección efectiva de Derechos fundamentales si se continúa la senda emprendida por el Consejo en abril de 2010 al adoptar el “instrumento estandarizado, multidimensional y semiestructurado”, cuando se planteó la posibilidad de incluir en las medidas de prevención de la “radicalización violenta” otros tipos de comportamientos “antisociales” no directamente ligados con los grupos delictivos organizados, tal que grupos sociales, ideologías o movimientos de extrema izquierda/derecha, antisistema, nacionalista o antiglobalización ⁶³⁰. Este desarrollo de la concepción de la “radicalización violenta”, por discutible que pueda considerarse al afectar directamente

⁶²⁸ Aunque limitado a la consulta de los servicios policiales de los EEMM, la Comisión sigue estudiando la posibilidad de intercambiar información sobre este tipo de actividades con la propuesta, sobre la mesa en la actualidad, de crear un Sistema Europeo de Índice de Ficheros Policiales. *Vid.* documentos del Consejo 9811/13, de 24.5.2013, y de la Comisión, *Comunicación sobre la Agenda Europea de Seguridad* [COM (2015) 185 final].

⁶²⁹ En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo consideró en una sentencia a los *Latin Kings* como “asociación ilícita” (Art. 515 del Código penal), puesto que no existía una figura jurídica diferenciada para organización delictiva antes de la reforma del Código Penal de 2010 [Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia 134/2010, de 21 de enero de 2010]. En otros casos, se les ha llegado a aplicar la legislación antiterrorista a grupos neonazis, igualmente mediante la figura de “asociación ilícita”, como ocurriera con la ilegalización del grupo *Hammerskin-España* por la Audiencia Provincial de Madrid en 2009 [Sentencia 79/09, de 16.7.2009]. En todos ellos, los elementos comunes han sido la multiplicidad de actores implicados, la existencia de una jerarquía identificable y la comisión reiterada de delitos, características comunes con las organizaciones criminales organizadas.

⁶³⁰ *Vid.* Nota 627.

a Derechos fundamentales como a la libertad de pensamiento y asociación, estaba en línea, no obstante, con lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión de 2004, enfoque ampliamente criticado por la doctrina por suponer una expansión del *Leviatán* europeo ⁶³¹. La Comunicación de la Comisión de enero de 2014 apunta en otra dirección al camino seguido hasta ahora en materia de radicalización violenta, más centrada en el extremismo terrorista ⁶³², si bien ahora el mensaje habrá de ser incorporado al discurso del Consejo ⁶³³.

Indistintamente de la lógica que siga la prevención de la radicalización violenta, lo claro es que la UE ha obviado aunar esfuerzos en prevenir el COT siguiendo las disposiciones relativas de la Convención de Palermo. A pesar de los esfuerzos de la Comisión por incorporar medidas de prevención directamente relacionadas con el COT, como propugnaba en su Comunicación de 2004 sobre prevención de la delincuencia ⁶³⁴, el Consejo ha mantenido una postura diferente, priorizando la inclusión de los otros ámbitos mencionados anteriormente con un dudoso criterio. Entre otras medidas preventivas, varios han sido los ámbitos olvidados en el seno de la UE, como la reintegración social de ex-delincuentes, la prevención del uso indebido de personas jurídicas más allá del establecimiento de “sanciones efectivas, efectivas, proporcionales y disuasorias” propugnado en la mayoría de textos del Derecho penal europeo o la elaboración e implementación de códigos de conducta destinados a los profesionales pertinentes, según el Art. 31 de la Convención de Palermo ⁶³⁵. La sensibilidad de estos

⁶³¹ MITSILEGAS, V., MONAR, J. y REES, W., *The European Union and Internal Security...*, *op. cit.* en Nota 20.

⁶³² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Prevenir la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento: una respuesta más firme de la UE*, COM (2013) 941 final, Bruselas, 15.1.2014.

⁶³³ Los atentados terroristas de París en enero de 2015 y la constatación de la participación de europeos de procedencia magrebí en entrenamientos de Al-Qaeda y del (mal llamado) “Estado Islámico” en Siria y Yemen pueden, no obstante, entorpecer este cambio de paradigma en la comprensión de la “radicalización” y el extremismo yihadista.

⁶³⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea*, COM (2004) 165 final, Bruselas, 12.3.2004

⁶³⁵ Artículo 31. *Prevención*, Convención de Palermo:

“1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:

asuntos demuestra hasta qué punto la adopción de un enfoque global en la UE de lucha contra el COT es difícil de conseguir en los actuales términos, tanto en lo relativo a las especificidades recogidas en los Tratados (con el requisito de unanimidad en la adopción de decisiones y el carácter subsidiario de la competencia comunitaria en la prevención del COT) como en las prerrogativas y el comportamiento seguido por los EEMM, recelosos especialmente en estos últimos años de ampliar la intervención comunitaria en la prevención de la delincuencia a nivel estatal y de otros aspectos sociales ligados a determinadas actividades ilícitas de las organizaciones delictivas (drogodependencia) o de la reinserción de exdelincuentes en la sociedad y evitar así su reincidencia.

7. Reflexiones finales del Capítulo II

El marco jurídico-operacional instaurado en poco más de una década en el seno de la UE para luchar contra el COT es fruto, en gran medida, del discurso *securitario* impulsado desde las instituciones europeas en el que han primado la “urgencia” de las decisiones sobre la eficacia y eficiencia de las medidas puestas en marcha para proteger el orden público europeo. Particularmente inquietante desde el punto de vista del Derecho constitucional ha sido la ruptura del difícil equilibrio entre estas medidas especiales contra el COT y la salvaguarda de los derechos fundamentales de ciudadanos europeos y extranjeros, especialmente respecto de aquellos sospechosos e inculpados con arreglo a estos instrumentos procesales excepcionales previstos en el marco de la

a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;

b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;

c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;

d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados [...].

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención. [...].

5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. [...].

7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. [...].”

UE y desarrollados en los EEMM. Relevante en esta evolución observada en la degradación de derechos en favor de la lucha contra el COT ha sido el papel del Consejo Europeo, que, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, ha promovido la creación de la arquitectura de seguridad interior como respuesta a las amenazas y riesgos a la seguridad internacional y al orden público europeo, entre las cuales han destacado desde sus inicios las actividades criminales tradicionalmente vinculadas a las organizaciones delictivas.

Influido sin duda por el contexto internacional —del cual ha sido igualmente impulsor, junto con el resto de actores del ELSJ—, el Consejo Europeo ha mantenido un discurso oficial eminentemente securitario en el que ha basado la integración comunitaria en el ámbito de la lucha contra el COT. En su actuación, éste y otros actores del ELSJ han primado la prontitud de la respuesta conjunta ante amenazas al orden público europeo y a los propios principios y valores constitucionales sobre los que descansa la integración comunitaria —someramente recogidos en el artículo 6 TUE—; cuestión de urgencia que ha primado sobre la instauración de una política criminal “común” coherente y el análisis sosegado e irrefutable de los riesgos y desafíos a la seguridad de Europa con informes analíticos externos a los actores del ELSJ, los cuales han tendido a perpetuar el modelo securitario propuesto por los EEMM y el propio Consejo Europeo en función de sus respectivas agendas internas e intereses particulares. Entre otros documentos estratégicos, todo este discurso aparece recogido en la ESI, con las incongruencias características de un escrito que pretende aunar las agendas de los actores del ELSJ y de las instituciones con la de los EEMM. Esta improvisada respuesta ha provocado un ingente recurso al Derecho penal en la lucha contra el COT de la UE que ha suscitado no pocas controversias acerca de su adecuación a los fines perseguidos, la ambigüedad de los términos empleados y la efectiva repercusión en el ordenamiento de los EEMM al introducir elementos “extra-legales” ciertamente subjetivos y dependientes de la concreción del legislador nacional para garantizar el oportuno principio de seguridad jurídica, mientras que las medidas que realmente supondrían una novación respecto del marco tradicional clásico, bien no se han llegado a implementar en su máxima expresión (normas procesales o equipos conjuntos de investigación), bien se están haciendo esperar, como aquellas relacionadas con la cooperación policial operativa y la prevención del delito. Aún así, la labor

normativa comunitaria ha ampliado considerablemente su ámbito de intervención, legislando en materias tan dispares y, en ocasiones, tan poco relacionadas con el COT —a pesar de servirse de este concepto para justificar su aprobación— como el tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas, la salvaguarda de los intereses financieros de la UE frente al fraude, la ciberdelincuencia o la protección de los derechos de propiedad intelectual.

El énfasis puesto en el Derecho penal como elemento activo de la lucha contra el COT ha tenido consecuencias perversas, aparte de para con la expansión de la intervención comunitaria, para la protección de los Derechos fundamentales de la ciudadanía europea y de terceros países, como hemos observado indirectamente a través del estudio de las normas procesales y la aproximación de legislaciones en el ámbito penal sustantivo. Uno de los exponentes más claros es la criminalización del inmigrante, que ha repercutido negativamente en el establecimiento de penas para quienes accedan ilegalmente o permanezcan en el espacio comunitario de manera irregular, independientemente de si ha sido ayudado o introducido a través de redes o grupos delictivos organizados, y en la protección de las víctimas de trata de seres humanos, para las cuales la asistencia está garantizada únicamente durante el oportuno proceso judicial contra sus tratantes. Además, el marco comunitario de gestión de las fronteras exteriores se ha visto reforzado considerablemente en la última década, precisamente para impedir que el COT se lucre de la inmigración ilegal, si bien el efecto conseguido ha sido el contrario, ya que los inmigrantes dependen cada vez más de los traficantes para entrar ilegalmente o residir de manera irregular en el espacio europeo. Igualmente criticable es la inclusión de los datos de inmigrantes legales y solicitantes de asilo o visados en bases que han modificado su finalidad originaria para pasar a ser un instrumento más al servicio de las autoridades policiales y aduaneras en la lucha contra el COT, como ha supuesto la modificación de EURODAC en junio de 2013. Finalmente, en el seno de la UE se han armonizado determinados delitos relacionados con el COT y se han ampliado considerablemente las prerrogativas de cooperación en la investigación policial transfronteriza por medio del intercambio de información y datos personales sin tener en cuenta la gravedad real del COT, amparándose precisamente en la necesidad de su prevención y represión a nivel de la UE por su especial peligrosidad,

y sin llevar a cabo una armonización paralela de las salvaguardas procesales aplicables en la investigación del COT.

Por otra parte, a pesar de ampararse en la prevención y lucha contra el COT para la adopción de todas estas medidas de excepción y de armonización penal sustantiva, la UE todavía no ha aclarado el término *delincuencia organizada*. La aprobación de la Decisión marco en 2008 no supuso una ruptura de los planteamientos tradicionales, pues las autoridades estatales siguen entendiendo el COT de muy diferente forma según su tradición jurídica y experiencia propia en el tratamiento de la delincuencia. De hecho, algunos EEMM, como Suecia y Dinamarca, ni tan siquiera consideran la mera pertenencia a organización delictiva un delito en sus respectivos ordenamientos. La definición incorporada a la normativa europea resulta en exceso amplia y ambigua, ya que la “definición en negativo” empleada no delimita el concepto, ni incorpora los elementos esenciales identificados por la doctrina. En particular, faltan criterios indispensables para que podamos hablar de grupo delictivo organizado —término, por otra parte, preferible al de *organización delictiva* usado en la DM, demasiado impreciso y confuso—, como son aquellos directamente relacionados con la estructura, permanencia y peligrosidad de la organización, además de la necesidad de incluir la dirección del grupo, recogido en la Convención de Palermo pero ausente en el marco comunitario. Asimismo, se echa en falta la tipificación de otros delitos relacionados con la expansión del COT, como la obstrucción de la justicia, y enlazar con el papel que puede tener la corrupción en el seno de la propia UE (prácticamente ausente en el debate europeo) y no solamente en relación a países en desarrollo, como se ha puesto repetidamente de manifiesto en el caso de la política de cooperación comunitaria (*vid. infra*, Capítulo III). Esta indefinición y escasa concreción del fenómeno delictivo ha provocado un uso expansivo del término, aplicándolo a realidades delictivas diferentes (delincuencia común, bandas callejeras, confusiones con terrorismo y otros tipos de criminalidad transfronteriza) y a utilizarlo en ocasiones como sinónimo de *delincuencia grave*, como hacen repetidamente las instituciones y actores, especialmente Europol, ante la falta de unanimidad en la UE para aclarar el alcance del término. No obstante, esa indefinición, propia de la dificultad de concretar en un mismo tipo penal todos los elementos característicos de un fenómeno conceptualizado en la Criminología, ha servido de principal acicate para la profundización y ampliación del ámbito sustantivo

de la lucha contra el COT, por lo que, consciente o inconscientemente, ha jugado en beneficio de la lógica securitaria promovida por las instituciones y actores del ELSJ.

Finalmente, y derivado de la anterior cuestión, este discurso, excesivamente centrado en el mantenimiento de la seguridad interior, no se ha correspondido fielmente con un avance en el ámbito de la integración de las soberanías estatales en el marco de la CPJP. En gran medida, la UE se ha limitado a trasponer al ordenamiento comunitario —en ocasiones, de manera insuficiente e incompleta— el Derecho Internacional existente, principalmente de la Organización de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, así como de las recomendaciones del GAFI. En consecuencia, el marco adoptado en la última década y analizado en los epígrafes tercero y cuarto del presente Capítulo, ha servido de bien poco a la integración en el seno de la UE en la lucha contra el COT, aparte de incrementar el recurso al Derecho penal y el aumento de las sanciones, pues todavía persisten diferencias en los ordenamientos estatales en cuanto al alcance de determinadas tipificaciones penales (estructura, permanencia y organización del grupo delictivo organizado; la tipificación de organizaciones cuyo fin último no sea la obtención directa de un beneficio económico; las infracciones que constituyen delito dentro del fenómeno de la trata de seres humanos; y la consideración que se haga de los “ecodelitos” y de la participación del COT en ellos, entre otras actividades delictivas insuficientemente armonizadas en el seno de la Unión). En consecuencia, numerosos autores han puesto en duda el enfoque seguido por las instituciones y actores comunitarios, precisamente por enfatizar en el uso de un instrumento —el Derecho penal— que debe ser utilizado como último recurso, con un triple resultado negativo: se han banalizado las garantías procesales, normalizando el recurso a medidas de excepción que limitan los derechos fundamentales de sospechosos e inculpados; se ha procedido a una ampliación considerable del ámbito subjetivo objeto del mismo y de la obligación de colaborar con las autoridades judiciales y policiales por parte del sector privado; y se ha provocado un evidente desequilibrio institucional en un proceso claramente dirigido por los Ejecutivos nacionales en el que solamente con la adopción de nuevas normas podrán intervenir los parlamentos nacionales y los europarlamentarios gracias al Tratado de Lisboa.

Dos son, no obstante, las novedades de la política “común” de lucha contra el COT dignas de mencionar. Por una parte, si bien han contribuido al refuerzo del

discurso oficial securitario en su propio beneficio y el control democrático ejercido sobre ellos se torna a todas luces insuficiente, el papel de los actores se muestra esencial en la lucha contra el COT si finalmente se adaptan sus reglamentos a las disposiciones del Tratado de Lisboa. Particularmente en los ámbitos de la investigación y la asistencia en la cooperación policial operativa (preventiva y represiva), los actores del ELSJ aportan un valor añadido que todavía hoy no ha sido plenamente explotado por las autoridades estatales, bien por desconocimiento, bien por desconfianza. Lo cierto es que, de desarrollarse sus funciones en los actuales términos del TFUE como recogen las propuestas de reforma de Europol y Eurojust, estos actores tendrán un rol mayor como proveedores del elemento supranacional que le falta a la lucha contra el COT en el seno de la UE, haciendo pleno uso de las normas vigentes en materia de intercambio de datos e información y del Derecho penal existente de manera real y obligatoriamente coordinada, así como de las posibilidades de participación de sus agentes en equipos conjuntos de investigación (instrumentos infrautilizados en la actualidad) y la iniciación de investigaciones *motu proprio*. Por otra parte, a diferencia de otras Organizaciones regionales, la Unión ha sabido actuar fuera de “sus” fronteras para proteger ese espacio interno de los riesgos de las actividades delictivas del COT, ya sea en el marco de un proceso programado y dirigido por las instituciones comunitarias de adhesión a la UE, ya respecto de sus relaciones exteriores con terceros Estados. Incluso —y ahí reside una de las principales innovaciones de la Unión—, llegando a implementar extraterritorialmente su Derecho interno para conseguir sus objetivos de seguridad interior frente al COT, en clara contradicción con los objetivos proclamados en otras políticas exteriores, como la PESC. En estas lides, la UE se ha amparado en la Convención de Palermo y otros textos internacionales o regionales como medio para incrementar la lucha contra el COT externamente, autoproclamándose *actor normativo* en sus relaciones exteriores como han proclamado insistentemente las instituciones y actores del ELSJ, si bien la lógica seguida ha sido distinta a la mantenida en los círculos oficiales: la protección del orden público interno frente a amenazas derivadas del crimen organizado que considera externas.

CAPÍTULO III

LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

Límites y contradicciones al papel de la UE como actor normativo en su entorno próximo

En poco más de una década, las cuestiones de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) han pasado de ocupar un lugar residual en la agenda exterior de la Unión Europea (UE), desconectado del resto de políticas, a representar uno de los elementos esenciales en el desarrollo y consolidación del *espacio* de seguridad interior europeo. La transnacionalización o globalización del crimen ha sido repetidamente esgrimida por las instituciones comunitarias y los actores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) como la principal razón que ha impelido a la Unión a realizar una labor de prevención y lucha contra el crimen organizado transnacional (COT) también fuera de sus fronteras, incorporando las cuestiones JAI directamente implicadas en esta tarea en sus relaciones exteriores con terceros Estados, incluso en áreas remotas geográficamente. El fin último no es otro que proteger su *espacio de seguridad interior* y su *orden público* de la amenaza exterior que se deriva de las actividades ilícitas del COT en la UE, partiendo de la base que “cada vez con más intensidad la seguridad interior depende, en buena medida, de la seguridad exterior”¹. Con esta premisa, la

¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*, 5842/2/10, de 25 de febrero de 2010.

En el mismo sentido, la UE ha referido el nexo entre seguridad interior y exterior en repetidas ocasiones: “En esta época de fronteras abiertas, integración e interdependencia globales, la seguridad interior de la UE está inseparablemente ligada a los aspectos exteriores de la seguridad”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento “Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada”*, COM (2005) 232 final, Bruselas, 2.6.2005, p. 11.

Igualmente: “El contexto de seguridad a que ha dado lugar el fin de la guerra fría se caracteriza por una apertura cada vez mayor de las fronteras que vincula indisolublemente los aspectos internos y externos de la seguridad”. CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor. Estrategia europea de seguridad*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, p. 2.

acción exterior de la UE ha buscado ejercer un papel esencial en la protección de la propia seguridad interior, en numerosas ocasiones, utilizando políticas e instrumentos de las relaciones exteriores con una finalidad distinta de la originaria, pero que, en definitiva, sirven a un mismo objetivo: complementar los instrumentos internos de lucha contra el COT e incrementar su eficacia por medio de una actuación exterior específica en este ámbito.

La relevancia de la dimensión exterior de la lucha contra el COT para la eficacia del mantenimiento de la seguridad interna es tal que la Unión la ha convertido en un elemento transversal en sus relaciones exteriores, incluso poniendo en entredicho la consecución de otros fines y contradiciendo su autoproclamado papel como *actor normativo*. En esta externalización de sus objetivos de seguridad ², la UE ha utilizado todos los recursos a su disposición, incluyendo la lucha contra el COT en sus relaciones exteriores e impulsando la implementación de la Convención de Palermo en terceros Estados, al mismo tiempo, como principal instrumento de referencia internacional y elemento de justificación externa de su actuación e injerencia en los asuntos internos de los países objetivo de esta vertiente exterior —una cuestión no siempre pacífica—. Precisamente, amparándose en la normativa transnacional adoptada en los últimos lustros en el seno de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales y regionales (*vid. supra*, Capítulo I), la Unión ha conseguido “desarrollar un modelo de gobernanza exterior que se basa en la idealización del poder normativo de la UE y su legitimidad” ³ y que le ha servido para autoproclamarse en actor normativo en la lucha contra el COT, justificando así su actuación frente a terceros en caso de que éstos se muestren reticentes a cooperar en la consecución de sus objetivos de seguridad. Esta incorporación de la lucha contra el COT en las relaciones exteriores se ha plasmado, especialmente en su entorno próximo, en la promoción de la adopción en países vecinos de un marco normativo y operacional cercano a los estándares de la UE (epígrafes segundo y tercero), apoyado en una externalización directa de los objetivos de su política “común” que rebasa el alcance propio de los instrumentos de las políticas de

Finalmente, en la Estrategia de Seguridad Interior de la UE “renovada”, adoptada en 2015. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020*, 9798/15, Bruselas, 10.6.2015.

² MONAR, J., “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives: Perspectives after Lisbon and Stockholm”, *The International Spectator*, Vol. 45, Núm. 2, junio de 2010, pp. 23-39.

³ PAWLAK, P., “The Unintentional Development of the EU’s Security Governance beyond Borders”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 17, Núm. 2, parte 1, 2012, p. 88 (traducción propia).

seguridad (epígrafe cuarto). Dicha actuación, no obstante, ha traído consigo negativas consecuencias tanto para el papel de la UE como pretendido actor normativo en las relaciones internacionales, como para la coherencia con los objetivos y principios defendidos en otras políticas con proyección exterior.

1. La identificación del crimen organizado transnacional como prioridad de la acción exterior de la Unión. Proteger el *espacio* interno del “enemigo exterior”

Especialmente en los últimos años, la UE ha concedido una particular importancia a la dimensión exterior de las cuestiones JAI como necesario complemento a la arquitectura de seguridad interior y, en concreto, de la política “común” de lucha contra el COT. Consecuencia directa del discurso securitario promovido en la década de 1990 por las instituciones internacionales y comunitarias en torno a un fenómeno delictivo complejo y conceptos necesariamente ambiguos, la Unión ha identificado las actividades criminales de los grupos delictivos organizados como una amenaza al *orden público europeo*, esencialmente considerado un elemento “extraño” o “externo” a la sociedad europea ⁴ que desafía a su seguridad y prosperidad económica, así como otros logros conseguidos gracias a la integración comunitaria y sobre los que descansa la legitimidad del proyecto europeo. Por ello, la UE ha destacado la necesidad de abordarlo en el exterior de manera proactiva, convirtiendo pronto la lucha contra el COT en un objetivo transversal en su acción exterior. Esencialmente en relación a los países candidatos y los Estados del entorno geográfico próximo, este discurso securitario, centrado en el mantenimiento del orden y la seguridad públicos europeos frente a la incursión del COT en “su” espacio, se ha plasmado en sus relaciones exteriores, por lo que sus diversos instrumentos y políticas externas han contribuido a la externalización de los objetivos de seguridad interior en multitud de áreas temáticas y geográficas distintas, con especial hincapié en prevenir y reprimir el efecto negativo de las actividades ilícitas de los grupos organizados en el espacio comunitario. No

⁴ Entre los autores escépticos o críticos con el énfasis en la composición étnica de los grupos delictivos organizados, SHEPTYCKI, J., BEN JAFFEL, H. y BIGO, D., *International organized crime in the European Union*, documento requerido por el Parlamento Europeo, Bruselas, noviembre de 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [última consulta: 31.8.2015].

obstante, lejos de identificar un modelo único global e integrado de la seguridad frente al COT, tanto a nivel interno como en sus relaciones exteriores, la UE ha desgranado a lo largo de numerosos “documentos estratégicos” submodelos de gobernanza de la seguridad que han minado la coherencia de su acción exterior contra el COT, perjudicada, asimismo, por la proliferación de actores con agenda propia, no siempre coordinada e integrada en la acción externa de la Unión.

1. Dos dinámicas paralelas, un único objetivo: el refuerzo de la seguridad interior

El Tratado de Ámsterdam ofreció a la UE, por primera vez, capacidad internacional ⁵ para actuar en materia JAI dentro del marco general que proporcionaba el nuevo objetivo de “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia” (*ex artículo 2 TUE*). Así, el Consejo Europeo de Tampere (1999) abogó, desde su entrada en vigor, por que “[I]os temas de justicia y asuntos de interior [debían] integrarse en la definición y la aplicación de otras políticas y actividades de la Unión” ⁶. En realidad, el Consejo se mostraba partidario de la tesis generalizada en Bruselas y el resto de capitales europeas de que:

[...] la emergencia y refuerzo de un área de libertad, seguridad y justicia en la UE únicamente puede resultar exitoso cuando el entorno social y político exterior,

⁵ En realidad, si bien los anteriores Tratados no conferían expresamente una *personalidad* jurídica a la Unión, distinta de la reconocida a la Comunidad, existe un cierto acuerdo en la doctrina sobre la existencia de una *capacidad* legal para negociar y concluir acuerdos con terceros Estados u Organizaciones internacionales, confirmada por la práctica anterior al Tratado de Lisboa. Puede consultarse un breve análisis del debate académico, así como numerosas referencias doctrinales, en MITSILEGAS, V., “The External Dimension”, MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, Hart Publishers, Modern Studies in European Law, Portland – USA, 2009, pp. 291-293. Igualmente, WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities”, MARESCEU, M., y DASHWOOD, A. (Eds.), *Law and Practice of EU External Relation: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 152-187; SCHOUTHEETE, P. de, y ANDOURA, S., “The Legal Personality of the EU”, *Studia Diplomatica*, Vol. 60, Núm. 1, 2007, pp. 233-244.

⁶ CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

particularmente en áreas y regiones adyacentes y vecinas, ofrezca condiciones favorables en términos de asociación, cooperación y reducción de la amenaza.⁷

En un primer momento, no obstante, con las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, resultaba difícil, incluso “ilusorio”⁸, definir un enfoque unificado de la acción exterior del ELSJ, pues las diferentes materias cubiertas por este nuevo objetivo de la UE se encontraban dispersas en los Tratados y estaban sujetas a lógicas de integración claramente diferenciadas. Esto condujo a que se desarrollara de manera anárquica, al seguir, en la mayoría de los casos, los intereses geopolíticos de las sucesivas Presidencias rotatorias, y a que sufriese de una insuficiente continuidad en su puesta en práctica⁹ tanto a nivel interno como (especialmente) exterior, pues nos encontramos en un terreno claramente marcado por los intereses de las políticas exteriores de los EEMM y la naturaleza intergubernamental de la implementación de las medidas adoptadas en la política “común” de lucha contra el COT, dependientes de instrumentos de cooperación tradicionales en cuestiones JAI y otros medios de la acción exterior europea que carecen en su vertiente exterior del alcance supranacional que ha caracterizado la integración comunitaria a nivel interno. A esta discontinuidad en la identificación e implementación de la dimensión exterior del ELSJ, provocada por la

⁷ GRUSZCZAK, A., “Governing Internal Security in the European Union”, *Central European Journal of International and Security Studies*, Vol. 3, Núm. 2, 2009, p. 95 (traducción propia).

⁸ KERCHOVE, G. de, « Relations extérieures et élargissement », KERCHOVE, G. De y WEYEMBERGH, A., *L'Espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Institut d'Études européennes, Université libre de Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, Bruselas, 2002, p. 259.

Ramses Wessel, Luisa Marin y Claudio Matera van más allá, al considerar que “la dimensión exterior del ELSJ adolece de falta de seguridad jurídica” y que “su legitimación y fronteras constitucionales quedan poco claras”. Para estos autores, el que la cooperación en estas áreas tan sensibles incluyan otros Estados y organizaciones internacionales “desafía la capacidad de la UE de mantener en sus relaciones exteriores los estándares constitucionales y del Estado de Derecho que se han acordado en la UE”, con un impacto igualmente en la vida de los individuos. WESSEL, R. A., MARIN, L. y MATERA, C., “The external dimension of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice”, ECKES, C. y KONSTADINIDES, T. (Eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge University Press, 2011, pp. 277-278 (traducción propia).

⁹ KERCHOVE, G. de, « Relations extérieures et élargissement », *loc. cit.* en Nota 8, p. 257.

Ejemplos de la importancia de las Presidencias rotatorias del Consejo han sido la introducción de la lucha contra el terrorismo entre las funciones de las misiones de la Política Común de Seguridad y Defensa, defendidas por España durante el primer semestre de 2002 y en la Convención sobre el Futuro de Europa [Contribución de D.ª Ana Palacio, miembro suplente de la Convención: “Política Europea de Seguridad y Defensa”, CONV 706/03 – CONTRIB 314, Bruselas, 29 de abril de 2003], así como la inclusión de la protección civil en la Estrategia Europea de Seguridad (ESI) de 2010, propuesta por la Presidencia belga, o la insistencia en el *control* de los flujos migratorios y la cooperación con los Estados del Sur del Mediterráneo ante las continuas oleadas de inmigrantes indocumentados. Respecto a este último punto, *vid.* CARRERA, S. y GUILD, E., “The European Council’s Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020. Subverting the ‘Lisbonisation’ of Justice and Home Affairs?”, *Centre for European Policy Studies Essays*, Núm. 13, 14.7.2014, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].

excesiva intromisión de las políticas nacionales de los EEMM en la agenda comunitaria en los primeros años que siguieron a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se le vino a sumar a principios del siglo XXI la existencia de una doble dinámica en la integración de las materias JAI relacionadas directamente con el mantenimiento del orden y la seguridad públicos europeos en el marco de la acción exterior de la UE, derivada de esa lógica de integración diferenciada, que vendría a lastrar, aún más, el desarrollo coherente de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT: una dinámica dirigida por la agenda y actores del ELSJ, destinada a utilizar los instrumentos de las relaciones exteriores para los objetivos de la seguridad interior, y otra dirigida por la agenda y actores de la PESC, encaminada a integrar los objetivos e instrumentos relacionados con la cooperación judicial y policial del ELSJ en una estrategia más global para contrarrestar riesgos y amenazas no convencionales internacionales a la seguridad de la UE ¹⁰. Por tanto, en lugar de promover una acción integrada, transversal entre los diferentes pilares e inscribir la acción externa de la JAI en la política exterior de la Unión ¹¹, esta doble dinámica —como veremos, en muchas ocasiones, con objetivos concurrentes— marcó la primera fase en la implementación y evolución de la dimensión exterior del ELSJ, caracterizada por cierta discontinuidad, añadiendo complejidad a un ámbito de la actuación de la Unión ya de por sí bastante enmarañado como es la lucha contra el COT. El Tratado de Lisboa ¹², lejos de unificar definitivamente la actuación exterior de la UE en materia de *seguridad pública* (interior y exterior) ¹³, ratifica esta doble dinámica al mantener separados los diferentes ámbitos del ELSJ —cubiertos por el actual Título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)— de los aspectos de seguridad de la PESC —diferenciada del resto de la acción exterior de la UE en el Título V TUE— e integrar la lucha contra el terrorismo entre las

¹⁰ MONAR, J., “The integration of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters into EU External Relations. Achievements and Problems”, FIJNAUT, C. y GUWERKERK, J. (Dirs.), *The future of Police and Judicial Cooperation in the EU*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 52-53.

Si bien el autor habla de *policy-makers*, nosotros preferimos referirnos a actores del ELSJ, puesto que no solamente los responsables políticos serán los encargados de definir e implementar la agenda y la estrategia exterior, sino que también los propios actores del ELSJ ejercerán una influencia importante en la externalización de los objetivos de seguridad interna.

¹¹ *Ibíd.*, p. 59 (traducción propia).

¹² Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial* C 83, de 30.3.2010, pp. 1-403.

¹³ “[...] el concepto de seguridad pública, en el sentido del [ex] artículo 36 del Tratado, se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior.” Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de octubre de 1991, en el asunto C-367/89, *Aimé Richardt*, Rec. 1991, I-4621, párrafo 22.

funciones de las misiones y operaciones de la Política Común (*sic*) de Seguridad y Defensa (PCSD) ¹⁴.

El Tratado de Lisboa confirma, por otra parte, el protagonismo propio que las cuestiones JAI han ido adquiriendo progresivamente en la agenda exterior de la UE como instrumento de refuerzo del ELSJ y de la consecución de sus objetivos en el mantenimiento de la seguridad interior. En la actualidad, no se trata de simplemente integrarlas en las políticas exteriores, sino que, más bien, las cuestiones de JAI se han convertido en la prioridad central de la UE en sus relaciones exteriores ¹⁵, llegando a eclipsar a la PESC como instrumento privilegiado de su acción exterior como actor internacional en materia de seguridad. Esta agenda exterior propia de las cuestiones JAI ha buscado el refuerzo de la seguridad interior de la UE con la prevención y represión de las actividades ilícitas del COT, especialmente en áreas geográficas cercanas, a través de la externalización de unos objetivos de seguridad propios, frente al objetivo esencial de la PESC de convertir a la UE en un actor internacional o un “proveedor de seguridad”, como afirman algunos autores ¹⁶, al mismo tiempo que afronta las amenazas

¹⁴ Art. 43, § 1 “[...] Todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”.

En nuestra opinión, los cambios introducidos por los Tratados en vigor resultan todavía limitados, especialmente en su dimensión exterior, pues se mantienen elementos del anterior marco fundacional, a pesar de ser numerosos los avances en el refuerzo del ELSJ (como objetivo y a nivel institucional), particularmente en cuanto a su foro interno. Isabelle Ioannides, por el contrario, mantiene una visión más optimista de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa, el cual considera que “refuerza el potencial de la UE de desarrollar la dimensión exterior del ELSJ”, aduciendo, en particular, la total desaparición de la “estructura en pilares”, la unificación del procedimiento de negociación y conclusión de acuerdos y la creación de nuevos órganos de coordinación. IOANNIDES, I., “The EU Internal-External Security Link: Thinking and Acting Strategically in the Neighbourhood”, MARRONE, A. y PIROZZI, N. (eds.), *European Union (EU) external action: priorities and policies*, Conference papers from the EGS conference organised by Istituto Affari Internazionali (IAI), Roma, 21-22 de enero de 2013, p. 27, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2257553 [última consulta: 31.8.2015].

¹⁵ WOLFF, S., “Border Management in the Mediterranean: internal, external and ethical challenges”, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 21, Núm. 2, junio de 2008, pp. 255-256. En el mismo sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Security and Foreign Action in the European Union: the increasing importance of the External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice”, *Journal of the Higher School of National Defense Studies*, Núm. 0, 2012, pp. 127-146.

Otros autores, en cambio, observan un “uso creciente de las políticas de Justicia y Asuntos de Interior de la UE y de los instrumentos del primer pilar para la consecución de los objetivos del segundo pilar”, posiblemente consecuencia de la inclusión de la lucha contra el terrorismo internacional en la PESC, en lugar del ELSJ. KUROWSKA, X. y PAWLAK, P., “Introduction: The Politics of European Security Policies”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 10, Núm. 4, diciembre de 2009, p. 477.

¹⁶ En estas tesis, TARDY, T. (Ed.), *European Security in a Global Context. Internal and external dynamics*, Contemporary Security Studies, Oxon, Routledge, 2009; KIRCHNER, E., “The Challenge of European Union Security Governance”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 44, Núm. 5, diciembre de 2006, pp. 947-968.

y riesgos a la seguridad internacional y europea en el exterior, donde se encuentra “la primera línea de defensa”¹⁷, como advirtiera el Consejo Europeo en la *Estrategia Europea de Seguridad* (EES). Esto propiciaría el mantenimiento de esa doble dinámica observada inicialmente en la integración de los objetivos JAI en las relaciones exteriores de la Unión y que, en determinadas ocasiones, se mostraría concurrente e, incluso, contradictoria¹⁸. Esta doble dinámica se ha dejado notar especialmente en la definición de las diferentes estrategias de introducción de los objetivos de seguridad interior en la actuación exterior de la UE, propiciando una clara separación estratégica y operativa entre *seguridad interior* y *seguridad exterior*, a pesar de los continuos llamamientos de las diferentes instituciones a conectar ambas esferas —uno de los últimos, en el Consejo Europeo de junio de 2014 de cara a la preparación del próximo marco de programación plurianual¹⁹—.

Tres han sido los factores que, de manera interconectada, han impulsado el progresivo surgimiento de las cuestiones JAI como ámbito propio de la acción exterior de la UE en materia de seguridad, con incidencia directa en la dimensión exterior de la lucha contra el COT. Por un lado, el proceso de profundización del ELSJ, con la adopción de numerosos instrumentos de integración en ámbitos tan sensibles como el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el espacio penal europeo y el principio de disponibilidad en el intercambio de información dentro del *espacio de seguridad interior*, aumentaron la complejidad del *orden público europeo* y de la arquitectura de seguridad interior, basado en la confianza mutua entre las autoridades judiciales y policiales estatales. Por otra parte, de manera paralela, la inquietud manifestada por los “viejos” EEMM acerca de la capacidad de los países de Europa Central y Oriental para implementar de manera efectiva el *acervo Schengen* y otros ámbitos de la integración relacionados con la seguridad interior, dadas las carencias

¹⁷ CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor...*, *op. cit.* en Nota 1, p. 7.

¹⁸ “El desarrollo de la dimensión exterior de la JAI subraya las contradicciones con los objetivos de la política exterior perseguidos en el Mediterráneo, como las políticas democratización y de promoción del imperio de la ley”. WOLFF, S., “Border Management in the Mediterranean...”, *loc. cit.* en Nota 15. En el mismo sentido, GRABBE, H., “How does Europeanisation affect CEE governance? Conditionality, difusión and diverstiy”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, Núm. 4, diciembre 2001, pp. 1013-1031.

¹⁹ “La respuesta a muchos de los desafíos en el espacio de libertad, seguridad y justicia depende de las relaciones con terceros países, por lo que es necesario mejorar el vínculo entre las políticas internas y externas de la UE. Esto tiene que reflejarse en la cooperación entre las instituciones y organismos de la UE”, CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo Europeo (26 y 27 de junio de 2014)*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014, p. 1.

institucionales y legislativas observadas en repetidos informes de seguimiento de la Comisión, los graves problemas de crimen organizado y las fronteras (porosas) con países considerados “inestables”, tuvo como consecuencia que el mantenimiento de la seguridad interior pasase a un primer plano en las negociaciones de adhesión, sin posibilidad de poder discutir su participación en determinados ámbitos de la integración, como ocurrió con Irlanda, Reino Unido y Dinamarca. Por ello, las cuestiones relacionadas con el ELSJ y, en particular, los ámbitos vinculados al mantenimiento del orden y la seguridad públicos frente a la incursión del COT constituyen en la actualidad una condición *sine qua non* para la adhesión de futuros Estados a la UE y constituye uno de los principales medios de promoción de cambio en pro de la aproximación a los estándares europeos de lucha contra el COT en terceros países. Por último, pero no menos importante, la presión migratoria a la que se vieron sometidos los EEMM del Sur en la última década ha propiciado, en paralelo al refuerzo en la gestión común de las fronteras exteriores, la inclusión de las cuestiones JAI en las relaciones exteriores de la UE, haciendo especial hincapié en la conclusión de acuerdos de readmisión con terceros Estados y en la asistencia en la capacitación de las autoridades aduaneras y de fronteras locales, en línea con la lógica securitaria que ha seguido la Unión en la lucha contra el COT y que ha impregnado la política común migratoria, así como otros ámbitos del ELSJ y las políticas exteriores.

A pesar de la doble dinámica ELSJ-PESC, el elemento aglutinador a nivel de la UE ha sido, sin lugar a dudas, el refuerzo de la seguridad interior frente a las actividades ilícitas de los grupos delictivos organizados a través de la externalización de unos objetivos de seguridad propios, independientemente del instrumento utilizado, ya sea por medio de las políticas relacionadas con el ELSJ, ya sea por medio de la PESC y, en particular, de la PCSD. En el presente Capítulo nos centraremos, por tanto, en la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, erigida en complemento indispensable de la actuación a nivel interno, por lo que analizaremos al mismo tiempo instrumentos propios de la dimensión exterior del ELSJ (política migratoria y de visados, actuación de Frontex, cooperación policial y asistencia en la gestión de fronteras y aduanas de terceros Estados) y de la PESC/PCSD, además de incorporar en nuestro estudio otras políticas exteriores que inciden, directa o indirectamente, en las causas que originan o propician la consolidación de los grupos

delictivos organizados y en las que la Unión ha transversalizado igualmente la lucha contra el COT si bien no era ese su principal cometido (ayuda al desarrollo, política comercial) con el fin último de afianzar la seguridad interior frente a la incursión de este fenómeno delictivo en su espacio interno.

Como tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle a lo largo de los apartados que siguen, el papel de la UE como actor unitario en materia de seguridad en el exterior se ha visto condicionado por varias limitaciones intrínsecas a la propia integración europea. Dichas condicionantes han tenido una importante repercusión en la implementación y coherencia de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT y de ésta con los objetivos de otras políticas exteriores, entre las cuales es importante destacar, por su relevancia para entender los epígrafes que siguen: la propia indefinición del concepto ²⁰, la ambigüedad de las estrategias exteriores de la Unión, la desconexión operativa entre las esferas interna y externa, la concurrencia (recurrente) de las agendas (y actores) del ELSJ y de la PESC, el carácter eminentemente intergubernamental que adquiere este ámbito en su vertiente externa y la fuerte influencia de las políticas exteriores de los EEMM en el desarrollo e implementación de este ámbito de integración en determinados aspectos de la lucha contra el COT. Asimismo, limitaciones exógenas se han sumado a la concurrencia de las políticas nacionales de los EEMM y de terceros Estados con la acción exterior de la UE, derivadas esencialmente de la percepción de la Unión como actor internacional “egoísta” —precisamente, favorecidas por ciertas medidas en materia de gestión de fronteras y lucha contra la inmigración ilegal que han incidido en la imagen de *Europa fortaleza*—, y han impuesto un fuerte condicionante en la coherencia y eficacia de la acción exterior de la UE en materia de lucha contra el COT. La política migratoria y, en particular, la criminalización de la inmigración ilegal y de la estancia irregular y la firma de acuerdos de readmisión con terceras partes —en clara posición de inferioridad negociadora ante el “gigante” comercial europeo— son solamente algunos de los

²⁰ “[...] a pesar de estar presente repetidamente en el discurso de la dimensión exterior de los asuntos de justicia e interior, el concepto de CO no es fácil de operativizar, lo que ha resultado en una desconexión entre la retórica y la práctica, y, en consecuencia, en un ámbito fragmentado donde subpolíticas del CO se desarrollan autónomamente. [...] Es más, la vaguedad de la definición [proporcionada por la Decisión marco de 2008] ha desalentado que los enfoques nacionales sobre el CO se armonicen, con el efecto de prevenir la emergencia de un enfoque común de la UE, capaz de ser proyectado fuera de sus fronteras”. CARRAPICO, H., “The External Dimension of the EU’s Fight against Organized Crime: The Search for Coherence between Rhetoric and Practice”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9, No. 3, 2013, pp. 463-465 (traducción propia).

elementos que han jugado en contra de la imagen de la Unión como *proveedor de seguridad*²¹ o *actor normativo*²², defendido por algunos autores, y que han provocado que la externalización de los objetivos de seguridad en materia de lucha contra el COT a través de, entre otros instrumentos, las políticas de Ampliación y Vecindad y la extraterritorialización del modelo europeo de seguridad interior por medio de acciones conjuntas allende las fronteras de la Unión hayan mermado la consecución de los objetivos de la PESC de convertir a la UE en un actor internacional comprometido con la protección de los Derechos fundamentales, el imperio de la ley y el Estado de Derecho. Como vaticinara Steve Peers hace más de una década, la proyección de la UE como actor internacional en el ámbito del ELSJ plantea cuestiones de “equilibrio entre, por una parte, la protección de los derechos humanos y las libertades civiles y, por otra, el interés de los Estados en el orden público, la seguridad y el control de la migración”²³. Como analizaremos, la dimensión exterior de la lucha contra el COT entra de pleno en este debate.

2. La inclusión de la lucha contra el crimen organizado en la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La proliferación de estrategias

Tras las directrices marcadas en Tampere (1999), el Consejo Europeo de Santa Maria da Feira (2000) aprobó un programa de prioridades de la dimensión exterior del ELSJ que sentaría las bases de la futura actuación externa de la Unión en materia de lucha contra el COT²⁴, como ya solicitara tímidamente el Plan de Acción contra el COT

²¹ TARDY, T., “Introduction”, TARDY, T. (ed.), *European Security in a Global Context...*, *op. cit.* en Nota 16, p. 6; KIRCHNER, E., “The Challenge of European Union Security...”, *loc. cit.* en Nota 16.

²² MANNERS, I., “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, Núm. 2, 2002, pp. 235-258; MANNERS, I., “The normative power of the European Union in a globalised world”, LAÏDI, Z., *EU Foreign Policy in a Globalized World. Normative power and social preferences*, Routledge, Oxon-Nueva York, 2008, pp. 23-37. En el mismo sentido, TOCCI, N. (Ed.), *Who is a Normative Foreign Policy Actor? The European Union and its Global Partners*, Centre for European Policy Studies, 2008, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].

²³ PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 2ª edición, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1 (traducción propia).

²⁴ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Punto E, “Libertad, Seguridad y Justicia”, Santa Maria da Feira, 19 y 20 de junio de 2000; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Prioridades y objetivos de la Unión Europea para las relaciones exteriores en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior*, 7653/00, de 6.6.2000. En este último documento se afirma que:

“El desarrollo de la dimensión exterior de la JAI no es en sí mismo un objetivo. Su principal finalidad es la de ayudar a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. No se trata de aplicar una “política exterior” propia de la JAI, sino todo lo contrario” (p. 5).

de 1997²⁵. A partir de ese momento, la UE se ha centrado en reforzar esta política “común” con una ingente actuación exterior a través de las políticas e instrumentos del ELSJ, la PESC/PCSD y de las relaciones exteriores, precisamente por la “desterritorialización” de las amenazas y de los riesgos identificados en sucesivos documentos estratégicos de la Unión. Dejando a un lado la EES, primer instrumento de concienciación en materia de riesgos para la seguridad de la UE (2003) y confinado al terreno de la PESC para algunos autores e instituciones²⁶, los actores del ELSJ se han esforzado en identificar en sucesivos documentos estratégicos las principales amenazas y retos a la seguridad interior —incluido el COT—, los instrumentos necesarios para conseguir los objetivos identificados y la agenda exterior que la Unión debería poner en marcha para conseguir dichos objetivos.

En 2005, el Consejo adoptó la *Estrategia sobre la dimensión exterior de la JAI*²⁷, en un intento por completar la brevedad y vaguedad con la que la vertiente externa de la prevención y represión del COT es tratada en anteriores documentos, como la Estrategia del Milenio²⁸, y de enlazar el ELSJ con la EES o, en términos generales, conectar los aspectos internos de la seguridad con las políticas exteriores en un conato —empero, estéril— de abordar la seguridad de manera integral. Como afirmara la Comisión en su propia estrategia para la dimensión exterior del ELSJ, el objetivo de esta actuación ha de ser doble: por una parte, “contribuir a la plena realización del espacio interior de libertad, seguridad y justicia, *mediante la creación de un entorno exterior seguro*” —coincidente con el enfoque proactivo propugnado por la EES—; y, por otra parte, por medio de su acción exterior en materia JAI, “impulsar los objetivos de las relaciones exteriores de la UE a través del fomento del Estado de Derecho, los

²⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada (adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997), *Diario Oficial C* 251, de 15.8.1997, pp. 1-16.

²⁶ UNIÓN EUROPEA, *Una Europa segura en un mundo mejor...*, *op. cit.* en Nota 1.

Algunos autores consideran la EES única o exclusivamente como una estrategia para la PESC. En esta tesis, ENSEÑAT Y BEREÁ, A., “La estrategia europea de seguridad”, ROLDÁN BARBERO, J. (Coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 55-68. Por el contrario, para otros autores, la EES es “más que una estrategia de seguridad - es una estrategia comprehensiva para la acción exterior”. BISCOP, S., “The European Security Strategy. Implementing a Distinctive Approach to Security”, *Sécurité & Stratégie*, Royal Institute for International Relations, Paper Núm.82, Bruselas, marzo de 2004, p. 42. (traducción propia).

²⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia a escala mundial*, 15446/05, 6.12.2005.

²⁸ Prevención y control de la delincuencia organizada — Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del Nuevo Milenio, *Diario Oficial C* 124, de 3.5.2000, especialmente su Capítulo 2.10, “Fortalecer la cooperación con terceros países y otras organizaciones internacionales”, pp. 30-32.

valores democráticos y unas instituciones sólidas”²⁹ —objetivos igualmente identificados por la EES e incorporados a los Tratados como principios que han de guiar la acción exterior de la UE—. Si bien estos documentos resaltan puntos diferentes e, incluso, se ignoran mutuamente³⁰, es de destacar la importancia que ambos conceden a la lucha contra el COT en la dimensión exterior del ELSJ y el resto de políticas exteriores, convirtiéndose pronto en una materia transversal que la UE debía promover si quería reforzar su aspecto interno. Fiel a su estilo, manteniendo esa ambigüedad calculada en el uso de los términos (“delincuencia organizada y grave”) que la Comisión desecha en su Comunicación, el Consejo insiste en que algunos países están “encerrados en un círculo de pobreza, delincuencia organizada, corrupción e inestabilidad”³¹, que actúan como factores subyacentes favorecedores de la actividad ilícita de los grupos delictivos organizados; una lógica presente en el discurso normativo que la UE ha mantenido en las últimas décadas en su acción exterior y que le ha facilitado la “transversalización” de la lucha contra el COT en instrumentos comunitarios originariamente pensados para otros menesteres, como la política de ayuda

²⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión – Hacia una estrategia sobre la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (2005) 491 final, 12.10.2005, p. 11 (énfasis añadido).

Obsérvese que esta estrategia habla de la dimensión exterior del ELSJ, mientras que la del Consejo se refiere a JAI. En teoría, el objetivo/instrumento de establecer el ELSJ es más amplio que las cuestiones JAI, pues, entendemos, incluiría nociones como *espacio interior* y *ciudadanía*, ejercicio y salvaguardia de Derechos fundamentales, mantenimiento del orden público y de la seguridad pública, etc., materias excluidas del ámbito JAI.

³⁰ A pesar de hablar de las mismas cuestiones —amenazas o áreas temáticas clave, entre las cuales destaca la delincuencia organizada—, tanto el Consejo como la Comisión se ignoran mutuamente en sus respectivos documentos no solamente por la falta de referencia explícita al trabajo realizado en el seno de cada institución o el cambio de denominación en sus documentos, sino también porque priorizan distintos temas y el enfoque que ha de regir en la actuación exterior de la Unión en este ámbito. Mientras que para la Comisión son de vital importancia la creación de un entorno exterior seguro y el fomento del Estado de Derecho en el vecindario próximo para la consecución de ese “espacio interior”, el Consejo se centra en la lucha contra los retos (amenazas transnacionales y gestión de los flujos migratorios) abogando por un incremento de la parte securitaria de este ámbito en su dimensión exterior y por “romper el círculo vicioso de conflicto, pobreza e inestabilidad” (p. 4).

Aparte de un escueto llamamiento a abordar las causas subyacentes de la inmigración ilegal y a mejorar la integración de los migrantes (regulares, se supone), invocación que no encuentra eco en el resto de la “estrategia”, el Consejo aboga, claramente influido por los precedentes de la cooperación Schengen, por “reforzar los controles fronterizos, mejorar la seguridad de los documentos de viaje y luchar contra las redes de inmigración ilegal y la trata de seres humanos” (pp. 3-4). Además, insta a priorizar la celebración de acuerdos de readmisión con terceros países y a “trabajar a favor de una coherencia política más efectiva” ligando migración y cooperación para el desarrollo, así como a mejorar la protección de los refugiados “en las regiones de origen y tránsito”. Una ligera diferencia en el enfoque que ambas instituciones proclaman como retos para sus áreas temáticas y prioridades políticas que se percibe igualmente en los instrumentos destacados para tal actuación exterior.

³¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia para la dimensión exterior de la JAI...*, *op. cit.* en Nota 27, pp. 2-3.

al desarrollo y, en menor medida, la política comercial común. Respecto de este último punto, posiblemente los elementos a tener en cuenta en esta “estrategia” para nuestro análisis sean: 1) la constatación de la existencia de “una importante relación entre las políticas de la UE en los ámbitos de la JAI, la PESC, la PESD y la política de desarrollo”; y 2) el reconocimiento expreso de la concomitancia en los fines de la dimensión exterior del ELSJ y de la EES³². Precisamente, el reconocimiento expreso de esta correspondencia entre los fines de las distintas políticas de la Unión y el objetivo último (mejorar la seguridad de sus ciudadanos ante las amenazas transnacionales, como el COT) se antoja el primer paso necesario para mejorar la coordinación de los diferentes instrumentos de la UE en sus relaciones exteriores, en concreto de aquellas políticas exteriores que abordan la seguridad o que se relacionan con este objetivo. Todo ello, tras admitir el propio Consejo que actualmente “las cuestiones JAI no se tratan de manera tan coherente como debieran”³³, algo especialmente latente en el caso de la lucha contra el COT extraterritorialmente, como iremos analizando a lo largo de este Capítulo.

Es de especial interés resaltar, empero la existencia de diferentes puntos de vista, la coincidencia de los principios señalados por ambas instituciones para la consecución de estos fines declarados. En sus respectivos documentos, tanto la Comisión como el Consejo hacen un llamamiento a la diferenciación y la flexibilidad como dos de los principios cardinales que han de guiar la actuación de la Unión en este ámbito en su relación con terceras partes, abogando por la elaboración de “estrategias” específicas para cada región o país, atendiendo a sus particularidades, y por establecer una programación “lo suficientemente flexible como para que, [...] en tiempos de crisis o de cambio de circunstancias, la UE pueda responder rápidamente a las nuevas prioridades”³⁴, particularmente importante en el contexto del cambiante entorno próximo europeo y que, a pesar de las reformas que han seguido a los acontecimientos que se han ido sucediendo en el último lustro en los países de nuestro entorno, todavía hoy sigue siendo una de las asignaturas pendientes de la actuación de la Unión en el exterior.

³² *Ibíd.*, p. 4.

³³ *Ibíd.*, p. 8.

³⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión – Hacia una estrategia sobre la dimensión exterior...*, *op. cit.* en Nota 29, p. 7.

Ambas instituciones abogan igualmente por reforzar la coordinación ³⁵, además de instar a la necesaria complementariedad de las actividades respectivas de los diferentes niveles de gobierno. Asimismo, el principio de asociación con terceros Estados (*partnership*) y la evaluación de los progresos realizados en materia legislativa y policial y aduanera son igualmente tenidos en cuenta por ambos documentos como base de la actuación exterior de la Unión en este ámbito y han ejercido una importancia considerable en la externalización del modelo europeo de prevención y represión del COT, al constituir un ejercicio esencial de monitorización de la implementación de la legislación de la UE y transnacional en terceros países. Por último, mención especial requiere el principio de condicionalidad, cardinal en la relación de la Unión con terceros Estados por la relevancia que cobra en la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT y su aplicación extraterritorial, aunque bastante discutido en la actualidad precisamente por profundizar en el carácter asimétrico de las relaciones bilaterales y el “intrusismo” de la Unión contra el que han clamado unánimemente doctrina y determinados países terceros, especialmente si tenemos en cuenta que la UE ha impuesto la agenda de reformas internas y presionado con medidas en otros ámbitos (principalmente, ventajas comerciales y liberalización de visados) para fomentar la aproximación al pretendido modelo europeo de lucha contra el COT.

Tanto el Programa de Estocolmo (2010-2014 ³⁶) como su Plan de Acción ³⁷ volvieron a incidir en la conexión de los aspectos internos y externos de la seguridad europea e insistieron en la necesidad de incluir la dimensión exterior del ELSJ en las políticas exteriores de la Unión. Notablemente más extensos que documentos anteriores ³⁸, las disposiciones en materia de dimensión exterior del ELSJ representan, empero, un

³⁵ Nuevamente, con diferentes puntos de vista: mientras que la Comisión se refiere únicamente a una coordinación horizontal inter-pilares —es decir, entre Comisión (competencias comunitarias) y Consejo (PESC)—, el Consejo llama a mejorar la coordinación vertical entre la Comisión y los Estados miembros.

³⁶ CONSEJO EUROPEO, Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que proteja al ciudadano, *Diario Oficial C 115*, de 4.5.2010, pp. 1-38.

³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo*, COM (2010) 171 final, Bruselas, 20.4.2010.

³⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, *Diario Oficial C 53*, de 3.3.2005, pp. 1-14; y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, *Diario Oficial C 198*, 12.8.2005, pp. 1-22.

ámbito prácticamente marginal en la programación de la actuación exterior de la Unión y con una redacción mucho más general que el resto de áreas, en la que los objetivos son menos precisos (“contribuir a la Europa global”, “dimensión exterior sólida”, “coherencia entre políticas exteriores”, diálogo y asociaciones con terceros países “sobre la base de intereses comunes”) y se insertan indicadores genéricos en la programación de la acción exterior comunitaria (por ejemplo, “reducción de la inmigración irregular”), posiblemente por una indefinición en las metas concretas a conseguir en la implementación de la acción exterior contra el COT y la proliferación de estrategias sectoriales que la han ido conformando progresivamente en la última década.

Estos documentos plurianuales demandaban que la UE (tanto Estados miembros como instituciones) coordinara sus actividades y programas en torno a varias áreas geográficas prioritarias, en “asociación” con terceros Estados. Sin embargo, cuanto más remota la región, más difuso se volvía el enunciado en términos de medidas potenciales de construcción de capacidades y relaciones bilaterales en la lucha contra el COT, de forma que el centro de gravedad de las relaciones exteriores ha recaído tradicionalmente sobre los países de nuestro entorno geográfico cercano ³⁹. Así, los Estados balcánicos y Turquía han recibido en el último decenio una mayor atención en la programación (y transferencia de fondos comunitarios) de la actuación exterior de la UE, como candidatos actuales o futuros a la adhesión, con el fin de que éstos implementen internamente el acervo europeo en materia de lucha contra el COT y aproximen sus medidas operativas y legislativas con los estándares de la Unión. Asimismo, las prioridades temáticas varían según la región o socio prioritario, incidiendo en la cooperación y la asistencia a otras áreas vecinas geográficamente distintas de los países candidatos en la implementación del *acervo* de la UE en materia de lucha contra el COT, mientras que en otros casos, la acción exterior de la Unión se ha limitado a la adopción de estrategias sectoriales más o menos ambiciosas según el interlocutor (Estado o región) al que vayan dirigidas, como en América latina o el Caribe, África subsahariana y Asia central u oriental, donde las prioridades de la Unión han estado marcadas por la prevención y sanción de determinadas actividades delictivas de los grupos organizados (fundamentalmente, tráfico de drogas, armas o migrantes ilegales), al tiempo que con los socios considerados *prioritarios* por las instituciones europeas —

³⁹ MONAR, J., “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives...”, *loc. cit.* en Nota 2, p. 35.

Estados Unidos de América (EE.UU.) y Federación de Rusia— la asociación se presta más amplia, abarcando todas las cuestiones del ELSJ. Por tanto, esta diferenciación en la intensidad y grado de colaboración en las relaciones con terceros Estados no debe sorprender, pues en realidad el Programa de Estocolmo y su Plan de Acción han planificado la actuación exterior de la Unión siguiendo el principio de flexibilidad preconizado por las “estrategias” sobre la dimensión exterior del ELSJ, ejemplificando el carácter eminentemente práctico de la actuación de la UE en materia de lucha contra el COT fuera de “sus” fronteras, programada en torno a prioridades geográficas y temáticas concretas. En documentos preparativos del nuevo marco plurianual 2015-2020 ⁴⁰, las instituciones comunitarias vuelven a mostrar que la lucha contra el COT es identificada como una de las áreas temáticas clave en la implementación del ELSJ, inclusive en su dimensión externa, manteniendo tímidamente este grado de diferenciación por regiones y flexibilidad predicado por documentos anteriores.

Para complementar este panorama estratégico general, la UE ha ido progresivamente adoptando documentos sectoriales en determinados aspectos relacionados con las actividades delictivas de las organizaciones criminales, en línea con las prioridades plurianuales establecidas por el Consejo en la lucha contra el COT ⁴¹. Además de la represión de la trata de seres humanos —una constante en la acción exterior de la Unión ⁴²—, las instituciones comunitarias se han afanado principalmente por abordar los tráfico ilícitos hacia el espacio europeo, en particular de drogas y

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, Estrasburgo, 11.3.2014; CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones del Consejo Europeo (26 y 27 de junio de 2014)*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia organizada entre 2011 y 2013*, 11050/11, Bruselas, 6.6.2011; *Conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la UE para la lucha contra la delincuencia grave y organizada entre 2014 y 2017*, 12095/13, Bruselas, 26 de julio de 2013.

Adicionalmente, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales relativo a los trabajos del Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior durante el período comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2012*, 7282/13, Bruselas, 7.3.2013.

⁴² Uno de los documentos más completos en el ámbito de la inclusión de la lucha contra la trata de seres humanos en el exterior, con un panorama general de las medidas adoptadas tanto en la UE como en los EEMM, es el siguiente: CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Puesta en práctica de la Estrategia para la dimensión exterior de la Justicia y los Asuntos de Interior: libertad, seguridad y justicia a escala mundial - Documento orientado a la acción relativo a la intensificación de la dimensión exterior de la UE en materia de actuación contra la trata de seres humanos: Hacia una acción mundial de la UE contra la trata de seres humanos - Versión definitiva*, 6865/10, Bruselas, 25.2.2010.

sustancias sicotrópicas, cometiendo los mismos errores que a nivel interno; es decir, incorporando la prevención y represión de estos delitos a su política de seguridad en lugar de ocuparse de proteger la salud pública y tratar las drogodependencias o quedarse únicamente en la criminalización del fenómeno. En este ámbito, en diciembre de 2012, el Consejo aprobó la *Estrategia de la UE contra las drogas* para el período 2013-2020⁴³, que reafirma las orientaciones de documentos anteriores y completa el *Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas*, en particular de heroína y cocaína (2010)⁴⁴, y el *Pacto europeo contra las drogas sintéticas* (2011)⁴⁵. Reconociendo la necesidad de adoptar un “planteamiento equilibrado, integrado y empíricamente contrastado del fenómeno de la droga” y la capacidad comunitaria subsidiaria y complementaria a la de los EEMM (en particular en materia de salud pública), la Estrategia pretende contrarrestar tanto la oferta como la demanda y servir de marco común para actuar al mismo tiempo dentro y fuera de las fronteras de la Unión, haciendo especial referencia al papel de los grupos delictivos organizados en el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas y de precursores hacia el espacio europeo. En este punto en particular, al igual que proponen los Pactos europeos⁴⁶, la Estrategia estipula como objetivo reducir la oferta en la UE mediante “la prevención y la disuasión y desarticulación de la delincuencia relacionada con la droga, en particular la delincuencia

⁴³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)*, *Diario Oficial C 402*, de 29.12.2012, pp. 1-10.

⁴⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas – Desarticulación de las rutas de la cocaína y de la heroína*, 8821/10 (20.5.2010), aprobado en la 3018 reunión del Consejo JAI, Luxemburgo, 3 de junio de 2010. Como el propio documento indica, otros tipos de drogas (sintéticas y cannabis) serían objeto de futuras iniciativas, aunque para ello habrán de darse un consenso en el seno de la Unión en este terreno que no se espera fácil de obtener por la diferente regulación (penalización vs. liberalización) y percepción de su consumo.

⁴⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Pacto europeo contra las drogas de síntesis*, 15544/11, adoptado en la 3121ª reunión del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior, en Luxemburgo, los días 27 y 28 de octubre de 2011.

⁴⁶ Los diferentes Pactos europeos se centran en ámbitos concretos de la lucha contra la droga y, como tal, del papel de la UE en la promoción de la cooperación internacional contra sus tráfico ilícitos. El primero propone desarticular las rutas de la cocaína y de la heroína hacia la UE como eficaz medio de reducir la oferta, por medio del refuerzo del control de las fronteras exteriores y el aumento de la sinergia en relación con otras políticas exteriores. Al mismo tiempo, en línea con la Estrategia, el primer Pacto reafirma la cooperación internacional como uno de los tres temas transversales esenciales de la Unión en materia de lucha contra la (oferta y demanda) de drogas, junto a la coordinación de los actores implicados y la información, investigación y evaluación, confirmándose como un “elemento importante de las relaciones exteriores” de la Unión [*Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas – Desarticulación de las rutas de la cocaína y de la heroína*, 8821/10, p. 6]. El segundo hace hincapié en la rápida evolución del mercado ilícito de sustancias sicotrópicas, que, mantiene, se encuentra en manos de los grupos delictivos organizados, y en la necesidad de reprimir el tráfico ilícito de precursores o mejorar la regulación comunitaria para evitar que determinadas sustancias sean utilizadas con fines distintos de los legales y se conviertan así en “pre-precursoros”.

organizada, a través de la cooperación judicial y policial, la prohibición, la incautación de los bienes de procedencia delictiva, la investigación y la gestión de las fronteras”; es decir, poniendo a funcionar los principales instrumentos de la arquitectura de seguridad interior desarrollados en los últimos años y que han adquirido un alcance general en la lucha contra el COT, intentando igualmente extenderlos a Estados terceros dispuestos a cooperar con la Unión en la reducción del tráfico ilícito de drogas, una cuestión que la Estrategia considera “clave” para la consecución de los intereses europeos en la materia y para lo cual enfatiza en la provisión de asistencia técnica y financiera a los países de origen. Como tal, la prevención y represión de los tráficos ilícitos de sustancias sicotrópicas y precursores son cuestiones centrales en la política de ayuda oficial al desarrollo de la UE, como analizaremos en el último epígrafe de este apartado, además de formar parte de su actuación de promoción de la tipificación de las actividades delictivas ligadas al tráfico ilícito de drogas en terceros países (*vid. infra*, epígrafe segundo). De hecho, el Consejo ha llegado a mantener que “el enfoque equilibrado e integrado de la UE en materia de drogas se está convirtiendo en un modelo para otros países”⁴⁷, a pesar de ser esencialmente represivo en el tratamiento de la drogadicción y los tráficos ilícitos, por medio de la criminalización del fenómeno, e intrusivo con los países de origen receptores de la ayuda comunitaria, al imponerles su agenda de reformas en materia de lucha contra el COT independientemente de las condiciones de partida locales⁴⁸.

La estrategia de la Unión contra la droga, por tanto, ejemplifica la parcialidad y la limitación geográfica propia de la acción exterior de la UE, al concentrarse prioritariamente en regiones cercanas⁴⁹, siguiendo un esquema de actuación regido por

⁴⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2009-2012, *Diario Oficial C 326*, de 20.12.2008, p. 8.

Este Plan fue sustituido por el “Plan de Acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga 2013-2016”, *Diario Oficial C 351*, 30.11.2013, pp. 1-23.

⁴⁸ Baste un ejemplo: el cultivo de coca en los países andinos ha sido tradicional, pero, debido a presiones internacionales —incluido la UE—, se están erradicando estos cultivos para sustituirlos por alternativas agrícolas y de crecimiento económico. De esta forma, el Documento Estratégico 2007-2013 para el Perú incluyó la lucha contra las drogas entre sus objetivos de cooperación prioritarios, cuestión que fue trasladada al ámbito de la política de cooperación al desarrollo comunitaria. Asimismo, la Unión financia proyectos de cooperación en Bolivia destinados a implementar cultivos alternativos al de la hoja de coca. Para más información: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-782_it.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁹ Aunque el primer Pacto aboga por ayudar a las partes interesadas en mejorar las capacidades locales con carácter general, lo cierto es que concentra toda su atención en dos regiones vecinas no necesariamente limítrofes: el África occidental y los Balcanes occidentales. Por un lado, las relaciones

“círculos concéntricos” en el que la periferia inmediatamente limítrofe adquiere especial relevancia en la implementación de la política “común” de lucha contra el COT. Además, la reducción de la oferta de sustancias sicotrópicas y la regulación del tráfico de precursores a través de la tipificación de su comercio ilícito y del establecimiento de duras sanciones para los infractores —en el caso de la UE, origen de entrega en el espacio judicial europeo—, es igualmente el eje central de la intervención de la UE en el exterior, relegando la prevención de la drogadicción y la reducción de la demanda interna a un segundo plano, pues constituye el objeto de actuación prioritaria de los EEMM, dado el carácter subsidiario de la competencia de la Unión en este ámbito concreto de la lucha contra las drogas, como ya señalamos en el Capítulo anterior⁵⁰.

con el África occidental se basan en la asociación estratégica concluida con la región [*vid.*, *inter alia*, documento 5069/3/10 del Consejo, de 25 de marzo de 2010] y la “creciente constatación” de que la misma se ha convertido en una ruta alternativa de los grupos de América Latina en su tráfico ilícito hacia la UE [documento 8301/3/09 Rev. 3 del Consejo, de 20 de mayo de 2009, p. 3]. Es por ello que la Comisión ha financiado los esfuerzos de los países de la región a través del Instrumento de Estabilidad y del Fondo Europeo de Desarrollo. Sin embargo, su papel en la mejora de las capacidades en el continente africano rebasa la mera lucha contra las drogas para abarcar otros delitos englobados típicamente en el fenómeno delictivo organizado, como la lucha contra la trata y el tráfico de seres humanos, señalando el Consejo igualmente la especial peligrosidad de la implantación de estos grupos para el desarrollo social y económico de los países afectados, además de reiterar que “contribuye a la existencia de conflictos armados” [documento 8301/3/09 Rev. 3 del Consejo, de 20 de mayo de 2009, p. 3].

Por su parte, la UE ha incluido a la región balcánica como un área prioritaria en sus propósitos de dismantelar las rutas del tráfico de heroína. Los Balcanes occidentales, por su “perspectiva europea”, representan una zona en la que la Unión ha puesto todo su empeño en exportar su modelo de gobernanza de la seguridad desplegando toda una serie de instrumentos con el fin de luchar contra el COT. La asistencia técnica a los países de la región se enmarca, por tanto, en una perspectiva a largo plazo de adaptación de las estructuras y capacidades locales de las fuerzas y cuerpos de seguridad al *acervo* comunitario, así como de aproximación de sus ordenamientos legales a los estándares de la UE.

Por último, en el Pacto europeo contra el tráfico ilícito de drogas se hace mención expresa a América Latina y el Caribe, en cuanto que principales productores de cocaína, aunque no llega a encontrar una programación particularizada en el Plan de Acción (2009-2012). Con carácter general, respecto de América Latina y el Caribe, la UE sufre de los mismos defectos en su estrategia de lucha contra las drogas que en el resto de su planteamiento con la región, al adolecer al mismo tiempo de una clara visión geoestratégica de la zona y de interés en profundizar las relaciones bilaterales o multilaterales con la región, como se ha visto en otras áreas de cooperación (verbigracia, la política comercial birregional proyectada con el Mercosur). Del mismo modo, las referencias al Asia central, como región productora de heroína, se reducen a una mención sobre (“si fuera necesario”) el intercambio de información con el Centro de Información y Coordinación en la Región del Asia central (CARICC), aunque recibe atención particular en el *Plan de Acción contra las drogas entre la UE y los Estados de Asia central* [documento 9961/09 del Consejo, de 19 de mayo de 2009] y, de manera más general, en la Estrategia de la UE hacia Asia central [documento 10113/07 del Consejo, de 31 de mayo de 2007]. El interés de la UE por la región va, no obstante, más allá del ámbito específico de la lucha contra las drogas para alcanzar cuestiones de la cooperación al desarrollo y de reforma del sector de la seguridad que se integran en sus relaciones exteriores.

⁵⁰ Art. 6 TFUE:

“La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) la protección y mejora de la salud humana; [...].”

Art. 168, § 1 TFUE, *Salud pública*

Igualmente relevante para la acción exterior de la Unión en la lucha contra el COT, aunque adoptada en el marco de la PESC, es la *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas ligeras y de pequeño calibre (ALPC) y de sus municiones*. El tráfico ilícito de ALPC es considerado uno de los factores en la raíz de la delincuencia organizada y causa de la modificación de “la naturaleza y duración de los conflictos [...] difuminando la frontera entre conflictos armados y delincuencia”⁵¹, por lo que nos encontramos ante un ámbito entre la normativa internacional y el Derecho transnacional, regulado tanto por la Convención de Palermo y su Protocolo tercero como por el recientemente adoptado Tratado sobre el Comercio de Armas⁵². Como reconoce esta estrategia,

[...] las armas pequeñas y ligeras contribuyen al agravamiento del terrorismo y de la delincuencia organizada y constituyen un factor de primera importancia en el desencadenamiento y la propagación de los conflictos y en el desmoronamiento de las estructuras estatales.⁵³

El comercio de ALPC está regulado en la UE por un régimen interior particular, a caballo entre el ámbito estrictamente comunitario y la PESC en su dimensión exterior,

“[...] La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención”.

⁵¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, 5319/06, Bruselas, 13 de enero de 2006, p. 3-4.

La definición de ALPC está contenida, como recoge la estrategia, en la Acción común 2002/589/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre la contribución de la Unión Europea para combatir la acumulación desestabilizadora y la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre, y por la que se deroga la Acción común 1999/34/PESC, *Diario Oficial L 191*, de 19.7.2002, pp. 1-4.

⁵² Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/55/255, de 8.6.2001, OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA EL DELITO Y LA DROGA (ONUDD), *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, pp. 71-85.

Este Protocolo fue finalmente concluido en nombre de la UE, tras un largo proceso de deliberación interna. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2014/164/UE del Consejo, de 11 de febrero de 2014, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Diario Oficial L 89*, de 25.3.2014, pp. 7-9.

NACIONES UNIDAS, *Tratado sobre el Comercio de Armas*, 2013.

⁵³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación...*, *op. cit.* en Nota 51, p. 2.

En la misma línea, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Agenda Europea de Seguridad*, COM (2015) 185 final, Estrasburgo, 28.4.2015.

orientada a evitar su tráfico ilícito o el desvío de transferencias comerciales legalmente realizadas hacia destinatarios finales no deseados, como organizaciones delictivas o terroristas. Para prevenir un uso fraudulento de las ALPC exportadas a terceros Estados por los EEMM de la UE o que éstas caigan en poder de grupos delictivos organizados, la Unión adoptó un Código de Conducta que fija los ocho criterios básicos para exportar tecnología y equipamiento militar a terceros Estados, incluido el comercio de ALPC ⁵⁴. De entre los criterios del Código, el séptimo es de especial interés para nuestro objeto de estudio, puesto que persigue evitar la desviación del material o la tecnología exportada a terceras partes, ya sean Estados o entidades no estatales —como los grupos delictivos organizados—, o para un “uso no deseado”, por ejemplo, por parte de autoridades policiales represoras partidarias de un régimen dictatorial. Sin embargo, el Código de Conducta no regula las exportaciones de armamento, “sino que fija pautas de comportamiento” ⁵⁵, y los criterios han sido susceptibles de interpretación por parte de las autoridades estatales, por lo que algunas licencias de exportación se han emitido sin tener demasiado en cuenta los criterios establecidos o con una interpretación distinta según el Estado miembro, por lo que todavía sigue siendo necesario adoptar un enfoque

⁵⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Posición común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, *Diario Oficial L 335*, de 13.12.2008, pp. 99-103.

Esta Posición común, objeto de revisión en la actualidad, sustituyó al Código de Conducta de la UE, de 1998.

Los ocho criterios básicos son:

“Artículo 2, § 1. Criterio 1: Respeto de los compromisos y obligaciones internacionales de los Estados miembros, en particular las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o la Unión Europea, los acuerdos de no proliferación y sobre otros temas, así como otras obligaciones internacionales [...]; § 2. Criterio 2: Respeto de los derechos humanos en el país de destino final y respeto del Derecho internacional humanitario por parte de dicho país [...]; § 3. Criterio 3: Situación interna del país de destino final, en relación con la existencia de tensiones o conflictos armados [...]; § 4. Criterio 4: Mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regionales [...]; § 5. Criterio 5: Seguridad nacional de los Estados miembros y de los territorios cuyas relaciones exteriores son responsabilidad de un Estado miembro, así como de los países amigos y aliados [...]; § 6. Criterio 6: Comportamiento del país comprador frente a la comunidad internacional, en especial por lo que se refiere a su actitud frente al terrorismo, la naturaleza de sus alianzas y el respeto del Derecho internacional [...]; § 7. Criterio 7: Existencia del riesgo de que la tecnología o el equipo militar se desvíen dentro del país comprador o se reexporten en condiciones no deseadas [...]; § 8. Criterio 8: Compatibilidad de las exportaciones de tecnología o equipos militares con la capacidad económica y técnica del país receptor, teniendo en cuenta la conveniencia de que los Estados satisfagan sus necesidades legítimas de seguridad y defensa con el mínimo desvío de recursos humanos y económicos para armamentos [...].”

⁵⁵ MURO MARTÍNEZ, R., “El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas”, *Boletín Económico del ICE*, Núm. 2644, del 21 al 27 de febrero de 2000, p. 11.

más integrado y coordinado en la UE ⁵⁶, tanto a nivel horizontal como vertical, especialmente en relación a la concesión de permisos de exportación por las autoridades estatales, los compromisos internacionales adquiridos por la Unión y la asistencia comunitaria prestada en materia de cooperación al desarrollo. Esta descoordinación entre las actividades de los EEMM y las políticas exteriores de la UE se ha podido comprobar en el caso de Libia y otros regímenes autoritarios envueltos en la represión violenta de las revueltas de la llamada “Primavera Árabe”, si bien no ha sido un caso aislado ⁵⁷. En los epígrafes siguientes veremos cómo ha sido puesta en práctica esta estrategia contra la proliferación y el tráfico ilícito de ALPC, respecto tanto de los Balcanes occidentales y de los países del Este europeo como del África subsahariana, áreas geográficas identificadas por la UE como prioritarias y en las que la Unión ha puesto especial énfasis en la mejora de la legislación interna con la implementación de la normativa transnacional adoptada en la última década para la tipificación de los diferentes delitos relacionados y el refuerzo de las capacidades locales para prevenir y reprimir su tráfico ilícito a través de las funciones de las diferentes operaciones y misiones PCSD en terceros Estados.

Por último, también a caballo entre el marco de la PESC y el extinto “pilar comunitario”, la UE ha implementado en el Derecho interno el Esquema de Certificación del Proceso de Kimberley, que pretende evitar que los “diamantes de conflicto” entren en el comercio legal ⁵⁸. Los instrumentos adoptados por la Unión buscan, por tanto, impedir que los diamantes obtenidos en zona de conflicto entren en el mercado interior y prevenir que las organizaciones delictivas o las facciones en

⁵⁶ POITEVIN, C., “European Union initiatives to control small arms and light weapons: towards a more coordinated approach”, *Non-proliferation papers*, EU Non-proliferation consortium, Núm. 33, diciembre de 2013.

⁵⁷ *Vid., inter alia*, AMNESTY INTERNATIONAL, *Undermining global security: The European Union's Arms Export*, Londres, 2004, disponible en www.amnesty.org [última consulta: 31.8.2015]; HOLTOM, P. y BROMLEY, M., “The limitations of European Union reports on arms exports: the case of Central Asia”, *SIPRI Insights on Peace and Security*, Núm. 2010/5, septiembre de 2010; HUGHES, H., “Europe's deadly business”, *Le Monde Diplomatique*, 2006; TRICOT O'FARRELL, K., “L'UE et les exportations d'armements : options et limites du réexamen de la Position commune”, *Note d'Analyse du GRIP*, Bruselas, 23.9.2014, disponible en: www.grip.org/fr/node/1366 [última consulta: 31.8.2015].

⁵⁸ El Proceso de Kimberley deja fuera de su ámbito de aplicación los “diamantes de sangre”, conseguidos mediante la violación de los Derechos Humanos, y los “diamantes ilícitos”, de contrabando, exportados sin pagar los correspondientes derechos de aduana y otros derechos previstos. *Vid.*, MUGNIER, D., “Les diamants et les relations internationales illicites”, *La revue internationale et stratégique*, Núm. 43, otoño de 2011, pp. 64-72; PALACIÁN DE INZA, B., “Los diamantes de conflicto: el Proceso de Kimberley”, *Documentos de Análisis del IIEE*, Núm. 1/2011, de 10.1.2011, disponible en: <http://www.ieee.es> [última consulta: 31.8.2015].

conflicto (Estados u organizaciones paraestatales) los usen para financiar sus guerras, basándose en el principio de la autorregulación de la industria europea ⁵⁹. Ausente en la programación estratégica de la dimensión exterior del ELSJ (Programa de Estocolmo y Plan de Acción), la regulación interna e internacional del comercio de diamantes y la promoción del Proceso de Kimberley son las principales —por no decir únicas— aportaciones de la UE a la lucha contra el tráfico ilícito de “diamantes de conflicto” y, por ende, de las actividades de los grupos delictivos organizados involucrados. Como en el caso de la proliferación y tráfico ilícitos de ALPC, este ámbito concreto de la lucha contra el COT estará fuertemente enraizado en las funciones de vigilancia, monitorización, desarme y formación de las misiones y operaciones de la PCSD que analizaremos con mayor detalle en el último epígrafe del presente Capítulo, si bien adquiere un marcado carácter secundario en la vertiente externa de la lucha contra el COT al haber sido relegado al ámbito de la política exterior de los EEMM y de la Unión.

3. La relevancia del entorno próximo en el imaginario europeo: los Balcanes occidentales, el Este de Europa y otros “focos de criminalidad” en el vecindario europeo

El discurso securitario que se desprende de estos documentos estratégicos adoptados por el Consejo se ha traducido, en su vertiente exterior, en la separación de la acción externa de la UE en dos grandes bloques, reconocidos por el Consejo Europeo en la preparación del próximo programa plurianual post-Estocolmo: por un lado, migraciones y asilo y, por otro, seguridad ⁶⁰. En la mayoría de las ocasiones, ambos bloques han sido interconectados de manera artificial —cuando no interesada— en el discurso de las instituciones y agencias del ELSJ. Esta interconexión o confusión ha

⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, *Diario Oficial L 358*, de 31.12.2002, pp. 28-48, y sus Reglamentos modificativos del Consejo y la Comisión; *Líneas directrices para el comercio con la Comunidad Europea (CE): Guía práctica destinada a los participantes en el Proceso de Kimberley y a las empresas que se dedican al comercio de diamantes en bruto con Europa*, enero de 2008.

Estos documentos están disponibles en: http://eeas.europa.eu/blood_diamonds/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁶⁰ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014. Asimismo, la Comisión divide igualmente en estos dos ámbitos la actividad internacional de la UE: http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/external/external_intro_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

provocado colateralmente la criminalización de los nacionales de terceros países entrados ilegalmente o que residen de manera irregular en el espacio europeo en la lucha comunitaria contra los grupos delictivos organizados implicados en el tráfico ilegal de migrantes ⁶¹, así como a incluir como medio de presión en sus relaciones con terceros Estados la liberalización de visados a cambio de refuerzos en la gestión de fronteras a nivel local y la conclusión de acuerdos de readmisión (*vid. infra*, epígrafe tercero). En materia de seguridad, el Programa de Estocolmo ha priorizado durante el último lustro las relaciones de la UE con los países de los Balcanes occidentales y candidatos a la adhesión y otros Estados terceros geográficamente próximos, basándose en la necesidad de afrontar conjuntamente las actividades ilícitas de los grupos delictivos organizados que recogen los informes de amenazas (*Organized Crime Threat Assessment*, OCTA) elaborados por Europol. En estos informes son continuas las referencias a los grupos delictivos de extranjeros que operan en el espacio europeo, especialmente provenientes de los Balcanes occidentales y Turquía, regiones de origen y tránsito de buen número de los delitos identificados por Europol (tráfico ilícito de ALPC, drogas, cigarrillos e inmigrantes, trata de seres humanos o la falsificación del euro ⁶²), o que “abastecen” a los grupos organizados locales. En concreto, los principales temores de la UE sobre el carácter eminentemente externo del COT que opera en el espacio europeo se resumen en el siguiente párrafo, recogido en uno de los informes de evaluación de la amenaza realizados por Europol:

⁶¹ *Vid.*, entre otros autores que han abordado este tema, CHOLEWINSKI, R., “The criminalisation of Migration in EU Law and Policy”, BALDACCINI, A., GUILD, E. y TONER, H., *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 301-336; DUEZ, D., *L’Union européenne et l’immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2008; HUYSMAS, J., “The European Union and the Securitization of Migration”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 38, Núm. 5, diciembre de 2010, pp. 751-777; MITSILEGAS, V., *The Criminalisation of Migration in Europe Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, Dordrecht, 2015; RUIZ DÍAZ, L. J., “EU Cooperation with Third Countries in Fighting Illegal Immigration: ‘Combating Mafias’ or Protecting Internal Security?”, BARRANCO VELA, R. (Ed.), *Colección Estudios Derecho y Bienestar Social*, Editorial Comares, Albolote, 2011, pp. 182-206; SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 18, diciembre de 2009, disponible en: www.reei.org [última consulta: 31.8.2015].

⁶² En ocasiones, exponen meras especulaciones:

“La lucha contra la falsificación de euros sigue siendo un ámbito que las agencias encargadas del cumplimiento de la ley deberían considerar prioritario. Los grupos de delincuencia organizada de la región de los Balcanes *parecen* estar muy implicados en estas actividades delictivas”. EUROPOL, *Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, versión pública, diciembre de 2004, p. 16 (énfasis añadido). En la misma línea, los OCTA de 2009 y 2011.

Los grupos delictivos de albanófonos, turcos y de la antigua Unión Soviética pretenden expandir sus intereses en la UE y pueden explotar las oportunidades de la posible adhesión de Bulgaria y Rumania a la zona Schengen y las recientes y futuras excepciones de visados para los Estados de los Balcanes occidentales, Ucrania y Moldavia.⁶³

En esta línea, el Programa de Estocolmo señaló expresamente la delincuencia organizada como área prioritaria de las relaciones bilaterales con los países de los Balcanes occidentales, junto con el refuerzo de las medidas fronterizas, para que “la perspectiva europea se convierta en realidad”⁶⁴; al igual que ocurre para el caso de la región del mar Negro, dentro de un segundo “círculo de interés” para la Unión en la lucha contra el COT en el exterior. En los casos de Turquía, de los países de Europa del Este y de la región meridional del Mediterráneo, el refuerzo de las instituciones policiales, judiciales y de fronteras en la prevención y represión de las actividades ilícitas y delictivas del COT se convierte en condición *sine qua non* para avanzar en otros ámbitos de la dimensión exterior del ELSJ beneficiosos para estos países, como la liberalización de visados para sus ciudadanos o la participación en programas comunitarios de formación y capacitación de autoridades locales, por no hablar de las ventajas comerciales y económicas ofrecidas por la Comisión. Especialmente en el Programa de Estocolmo, pero también en las numerosas estrategias sectoriales y de la propia dimensión exterior del ELSJ, podemos apreciar que el enfoque extraterritorial de lucha contra el COT de la UE (y, en general, la externalización de los objetivos de seguridad) sigue un modelo de *círculos concéntricos* que ha marcado la agenda exterior

⁶³ EUROPOL, *OCTA 2011. EU Organized Crime Threat Assessment*, 28 de abril de 2011, p. 9 (traducción propia).

El *Serious and Organized Crime Threat Assessment* (SOCTA) de 2013 aboga por romper la tendencia mantenida hasta el momento en los anteriores informes de amenaza en los que ha predominado el carácter étnico y racial en la composición de los grupos organizados identificados como un riesgo para la seguridad de la UE. Si bien es cierto que se intenta cambiar esa apariencia —al menos, como se mantiene en el Prólogo del SOCTA de 2013—, lo cierto es que los informes de amenaza continúan haciendo esa distinción para clasificar a los diferentes grupos que operan en el espacio comunitario, como afirma el mismo documento:

“A pesar de ello, los lazos étnicos, lingüísticos e históricos siguen siendo factores relevantes para construir alianzas y confianza y, a menudo, determinan la composición del núcleo de los grupos que controlan redes criminales cada vez más extensas y diversas”. EUROPOL, *SOCTA 2013*, La Haya, 2013, p. 6 (traducción propia).

⁶⁴ CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *loc. cit.* en Nota 36, p. 35.

En la preparación del próximo programa plurianual el Consejo Europeo se muestra continuista en las líneas prioritarias identificadas. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

de la Unión en la última década y que perdura en la actualidad. En el primero encontraríamos a los países de los Balcanes occidentales y países candidatos a la adhesión (Turquía)⁶⁵; en el segundo, los países del mar Negro, Europa del Este y la ribera sur del Mediterráneo; y en un tercero círculo, los países del Cáucaso sur. Conforme nos alejamos del “centro” (la UE), la vertiente exterior de la lucha contra el COT se va dispersando como prioridad de la actuación de la Unión en este terreno y solamente aparecen en la agenda de manera esporádica y desconectada del resto de políticas exteriores o con dimensión exterior. El ejemplo más claro de esto último es la región centroasiática, donde la UE ha puesto en marcha iniciativas de lucha contra el COT a través de políticas que, originariamente, no debieran estar destinadas a la consecución de los objetivos de seguridad de la Unión, como la política de cooperación al desarrollo, y que suponen una inversión aislada, desconectada de la realidad local, destinada en último término a reforzar las medidas de gestión de flujos comerciales y migratorios en la mayor parte de las ocasiones, pues no están vinculadas a una estrategia más amplia de desarrollo socioeconómico hacia la región que aborde directamente los factores de expansión de los grupos delictivos organizados y de sus actividades criminales o que tenga presentes las necesidades reales locales de desarrollo. La excepción a esta “difuminación” de los intereses de seguridad en las relaciones bilaterales respecto de áreas lejanas, no obstante, corresponde a las relaciones con los socios estratégicos (EE.UU. y Federación de Rusia), con los que la UE mantiene en su agenda otras prioridades, como las relaciones económicas y comerciales, o comparten objetivos JAI más amplios, y con los que las partes mantienen una postura más equilibrada en sus relaciones bilaterales.

Ya antes del Programa de Estocolmo los países de los Balcanes occidentales formaban una parte fundamental en la agenda de externalización de los objetivos de seguridad de la UE en materia de lucha contra el COT. El 24 de noviembre de 2000, en la Cumbre de Zagreb, los Jefes de Estado y de Gobierno de los EEMM de la UE y de los países de los Balcanes occidentales comprendidos por el Proceso de Asociación y Estabilización identificaron la cooperación regional en la lucha contra el COT como una de las prioridades de actuación en su camino hacia la adhesión, junto al refuerzo de los

⁶⁵ Los países del Espacio Económico Europeo, a efectos de seguridad, se asimilan, de una forma u otra, al propio territorio de la UE, ya que participan en el *espacio Schengen* como miembros asociados (Noruega, Islandia, Suiza, Liechtenstein).

controles en las fronteras y la formación de la policía y los jueces para prevenir y reprimir las actividades delictivas de los grupos organizados ⁶⁶. El Consejo Europeo de Salónica, de 2003, reiteró el compromiso de la UE con la “perspectiva europea” de los países de la región, “una vez que cumplan los criterios fijados” —incluidos aquellos directamente relacionados con la lucha contra el COT—, y respaldó el *Programa de Salónica para los Balcanes occidentales: avanzar en la integración europea* ⁶⁷. Tomando como base estos compromisos políticos, la Unión ha demandado de los países de los Balcanes occidentales una serie de reformas encaminadas a la implementación del Derecho de la UE en sus respectivos ordenamientos y la adaptación de sus instituciones policiales y judiciales a su modelo de seguridad interior, sin necesariamente poder discutir los términos. De esta forma, la perspectiva de ampliación se convertiría, desde ese momento, en un aliciente indispensable en la vertiente exterior de la lucha contra el COT y principal motor de cambio para aproximar las legislaciones y medidas locales al modelo normativo y operacional adoptado en la UE.

En línea con el objetivo de mantener la seguridad en el entorno próximo, identificado tanto en la EES como la *Estrategia de la dimensión exterior del ELSJ*, la Política Europea de Vecindad (PEV) lleva el modelo de la UE de lucha contra el COT más allá de los países candidatos a la adhesión. Identificada por primera vez por la Comisión Europea en una Comunicación de 2003 ⁶⁸, la PEV pretende crear con aquellos países que no son candidatos a la adhesión “una zona de prosperidad y un entorno de vecindad amistoso - un «círculo de amigos» - con los que mantenga relaciones estrechas y pacíficas basadas en la cooperación” ⁶⁹. Meses más tarde, la PEV fue presentada formalmente por la Comisión como el marco propicio para estimular las relaciones exteriores con el “vecindario europeo” tras la cuarta oleada de ampliaciones en torno a

⁶⁶ Declaración final de la Cumbre de Zagreb, 24 de noviembre de 2000, disponible en: <http://www.esiweb.org/pdf/bridges/bosnia/ZagrebSummit24Nov2000.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

⁶⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Consejo Europeo de Salónica, 19 y 20 de junio de 2003 – Conclusiones de la Presidencia*, 11638/03, Bruselas, 1 de octubre de 2003, p. 12.

⁶⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Una Europa más amplia. Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, COM (2003) 104 final, Bruselas, 11.3.2003.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 4. En principio, para las instituciones de la UE, la PEV engloba a los países que no tienen una “perspectiva europea”, aunque algunos de estos Estados ya han manifestado su intención de adherirse y han sido rechazados (Marruecos) o todavía no han presentado oficialmente su candidatura si bien han mostrado su potencial interés en una futura adhesión (Ucrania, Georgia).

Puede encontrar éste y todos los documentos estratégicos posteriores en el siguiente enlace: http://eeas.europa.eu/enp/documents/strategy-papers/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

una “política de vecindad global” —es decir, integradora de las distintas políticas de la UE—, que apuesta por instaurar la flexibilidad como principio cardinal de las relaciones de la UE con estos terceros países. Esta flexibilidad promueve un enfoque diferenciado, “según el estado de las relaciones con cada país, sus necesidades y capacidades, así como los intereses comunes”⁷⁰, y ofrece la perspectiva de una posible participación en el mercado interior, “premiando” a aquellos países que muestren un mayor interés en converger con los principios e intereses de la Unión. En materia de seguridad, esta política pretende la consecución de uno de los objetivos (políticos y estratégicos) de la EES: crear seguridad en los países vecinos por medio de un enfoque proactivo en el exterior. Además, la Comisión ha presentado la PEV como un instrumento para promover la estabilidad en las regiones limítrofes y contribuir así a la implementación de los objetivos de seguridad interior de la UE, “en particular la lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción, el blanqueo de dinero y todas las formas de tráfico ilícito, así como en asuntos relacionados con la migración”⁷¹. Por todo ello, no es de extrañar que la PEV se haya convertido en uno de los ámbitos más importantes en la externalización de la lógica de seguridad interior del ELSJ⁷², con los diferentes problemas y lagunas innatos a una “política” relativamente reciente, poco clara en sus planteamientos, concurrente de las diferentes políticas exteriores de los EEMM (especialmente, respecto del Norte de África) e incapaz de realizar un análisis prospectivo de la evolución socioeconómica y política de los países y sociedades vecinos (*vid. infra*, epígrafe siguiente).

Teniendo en cuenta la importancia de estas regiones para la actuación exterior de la UE contra el COT, en 2006, la UE identificó en un documento orientado a la acción (*Action Oriented Paper*) toda una serie de medidas específicas destinadas a concretar los compromisos políticos y mejorar la cooperación con los países de estas regiones en la lucha contra el COT y otros delitos transfronterizos⁷³. Este documento se ha convertido durante la última década en una auténtica hoja de ruta para la

⁷⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Política europea de vecindad – Documento de estrategia*, COM (2004) 373 final, Bruselas, 12.5.2004, p. 3.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 6.

⁷² Cuestión que apunta, entre otros autores, Jörg Monar. *Vid.*, MONAR, J., “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives...”, *loc. cit.* en Nota 2, pp. 23-39.

⁷³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Action Oriented Paper on Improving Cooperation, on Organised Crime, Corruption, Illegal Immigration and Counter-terrorism, between the EU, Western Balkans and relevant ENP countries*, 9272/06, Bruselas, 12 de mayo de 2006.

planificación estratégica de la actuación de la Unión en materia de lucha contra el COT en estas regiones, a la que se le han sumado los planes de acción operativos coordinados por el Comité Permanente de Seguridad Interior (COSI)⁷⁴, que inciden en las prioridades temáticas y geográficas identificadas por las diferentes estrategias y el ciclo de planificación (*vid. supra*, Capítulo II). Este documento orientado a la actuación de la Unión señala, en línea con los OCTA elaborados por Europol y las diferentes estrategias de la UE, que:

La lucha contra el crimen organizado, la corrupción, la inmigración ilegal y el terrorismo son prioridades importantes en lo que respecta a estas regiones que rodean a la UE y los desarrollos en estas áreas tienen un impacto inmediato y mutuo en la situación de seguridad en la UE y viceversa. [...] Los grupos delictivos organizados de los Balcanes occidentales se están expandiendo en la UE y pueden ser considerados como una amenaza a nuestros sistemas políticos y económicos. En algunos casos, los grupos delictivos organizados están enlazados con movimientos políticos radicales que alimentaron los conflictos étnicos en el pasado y todavía plantean un riesgo a la seguridad y estabilidad en los Balcanes occidentales.⁷⁵

Del mismo modo, este documento establece, en su apartado *Recomendaciones*, unas directrices concretas sobre las reformas que han de emprender los países de la periferia europea para adecuarse al *acervo* de la política comunitaria de lucha contra el COT, especialmente en materia de cooperación policial regional e intercambio de información e inteligencia y de colaboración entre los diversos actores involucrados en la investigación y represión de la trata de seres humanos y los tráfico ilícitos en la región. Al igual que en documentos estratégicos anteriores, los fines y objetivos

⁷⁴ Vid. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales relativo a los trabajos del Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior durante el período comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2012*, 7282/13, Bruselas, 7 de marzo de 2013; *Informe al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales relativo a los trabajos del Comité Permanente de Cooperación Operativa en materia de Seguridad Interior durante el período comprendido entre enero de 2013 y junio de 2014*, 14440/14, 17 de octubre de 2014. Los últimos planes operativos adoptados corresponden al período 2015-2017: *Operational Action Plans 2015 related to the EU's priorities for the fight against serious and organised crime between 2014 and 2017*, 15929/2/14, Bruselas, 19.12.2014.

Para consultar los planes de acción operativos, es necesario recurrir a fuentes externas al Consejo: <http://www.statewatch.org/news/2012/dec/eu-council-cosi-operational-plans-16038-rev2-12.pdf>; <http://www.statewatch.org/news/2015/jan/eu-council-cosi-operational-action-plan-2015-15929-rev2-14.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

⁷⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Action Oriented Paper on Improving Cooperation, on Organised Crime...*, *op. cit.* en Nota 73., pp. 2 y 5 (traducción propia).

perseguidos son ampliamente identificados en este *action oriented paper*, por lo que el alcance real de las relaciones bilaterales varía considerablemente según el interlocutor y sus capacidades reales de absorción del *acervo comunitario* en materia de lucha contra el COT y de las posibilidades de sacar rédito en otros aspectos, como iremos observando a lo largo de los epígrafes siguientes. Otros documentos, los planes de acción por país, han ido progresivamente incluyendo directrices específicas para cada uno de los Estados limítrofes, como necesario complemento a la planificación general de la estrategia de la UE en los países vecinos. Estas directrices específicas por país están destinadas a promover reformas locales según las condiciones efectivas en el destinatario de las mismas y proteger, así, los intereses de la UE en materia de seguridad interior, exportando el modelo policial, judicial y de fronteras europeo de lucha contra el COT a terceros países del vecindario próximo en ámbitos muy diferentes, utilizando planteamientos bastante genéricos, por lo que, para la UE, su implementación va a ser siempre objeto de mejora para aproximarse a los estándares comunitarios, como se desprende de los informes de monitorización elaborados por la Comisión (*vid. infra*, epígrafes segundo y tercero) ⁷⁶.

Además de los Balcanes occidentales y Turquía —países candidatos a la adhesión o con “perspectiva europea”—, la UE ha mostrado una creciente preocupación por el desarrollo y expansión del COT en África, especialmente en materia de tráfico ilícito de drogas y ALPC, así como sus conexiones con el terrorismo internacional relacionado con Al-Qaeda en el Sahel, cuestión que ha quedado reflejada en varios documentos internos y estratégicos ⁷⁷. En materia de tráfico ilícito de drogas, la UE

⁷⁶ Estos planes de acción comprenden:

“[...] prioridades destinadas a fortalecer el compromiso con esos valores [comunes], entre los cuales figuran la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, la reforma del sistema judicial y la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada; el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] Entre las prioridades de los planes de acción podrían figurar asimismo la cooperación en materia de migraciones, asilo, políticas de visados, medidas para combatir el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes y de armas, el blanqueo de dinero y los delitos financieros y económicos”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Política europea de vecindad...*, *op. cit.* en nota 70, pp. 15 y 20.

⁷⁷ La UE ha adoptado varias medidas para luchar contra el terrorismo específicamente en esta región subsahariana, entre las cuales la *Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo* [14469/4/05, Bruselas, 30 de noviembre de 2005], completada posteriormente por la *Estrategia de la Unión Europea para la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel* [septiembre de 2011]. Además, el 16 de julio de 2012, el Consejo dio el visto bueno al despliegue de una misión civil de la PCSD en el Sahel para apoyar a las autoridades locales en la lucha contra el terrorismo y el COT (*vid. infra*, epígrafe cuarto).

En este sentido, *vid.* BELLO, O., “La implementación de la estrategia de la UE para el Sahel: entre arenas movedizas”, *Documento de Trabajo*, Núm. 114, FRIDE, noviembre de 2012, disponible en:

parte de la “creciente constatación” de que el África occidental se ha convertido en una ruta alternativa de los grupos de narcotraficantes latinoamericanos en su tráfico ilícito hacia la UE ⁷⁸. Asimismo, la UE ha mostrado su preocupación por la proliferación de ALPC en el continente africano, “factor fundamental de freno para el desarrollo” del África subsahariana para el Consejo ⁷⁹, por lo que es un tema recurrente en la actuación exterior europea en esta región que se ha incorporado progresivamente, junto con la lucha contra la corrupción, en la política comunitaria de cooperación al desarrollo y en el sistema de preferencias comerciales para dichos países (*vid. infra*, epígrafe cuarto). En su estrategia contra la acumulación y proliferación de ALPC de 2006, el Consejo pidió, además de reforzar el régimen de exportación a zonas inestables en línea con las Resoluciones del Consejo de Seguridad, completar esta estrategia eminentemente reactiva “con medidas de prevención que se ocupen de la oferta y la demanda ilícitas y del control de las exportaciones de armas convencionales” ⁸⁰. En esta estrategia la Unión señala expresamente la necesidad de actuar para abordar los arsenales presentes en Europa Oriental y Sudoriental y apoyar las medidas preventivas y sancionadoras de los Organismos regionales africanos, en particular la Unión Africana (UA) y la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC, por sus siglas en inglés) —especialmente prolíficos en tratados regionales en materia de proliferación de ALPC, tráfico ilícito de drogas y migrantes y trata de seres humanos, como esbozamos brevemente en el Capítulo I—, así como respaldar los esfuerzos de la ONU contra la acumulación y proliferación de ALPC en el continente africano en conjunción con la

www.fride.org [última consulta: 31.8.2015]; ROUPPERT, B., “La Stratégie de l’UE pour le développement et la sécurité au Sahel 2011-2013 : Des efforts continus à pérenniser”, *Note d’Analyse du GRIP*, 17.4.2014, disponible en: <http://www.grip.org/fr/node/1268> [última consulta: 31.8.2015].

⁷⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Aplicación de la estrategia para la dimensión exterior de Justicia e Interior – Documento orientado a la acción: Una acción estratégica y concertada para mejorar la cooperación en la lucha contra la delincuencia organizada, especialmente el tráfico de drogas, procedente de África Occidental*, 5069/3/10, de 25 de marzo de 2010.

Además de en este documento, los textos más relevantes adoptados respecto de África occidental se hacen eco de las recomendaciones de los análisis de riesgo de Europol en cuanto a la importancia de mejorar las capacidades locales para evitar que se confirme la tendencia observada por el organismo a que “la zona de tránsito y los focos delictivos de África occidental (en particular, para el tráfico de drogas y la trata de personas) transformen esta región en una verdadera plataforma delictiva”. *Vid.*, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Proyecto de conclusiones del Consejo por las que se establecen las prioridades de la UE en lo que respecta a la lucha contra la delincuencia organizada, sobre la base de la evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada correspondiente a 2009 y de la evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada rusa*, 8301/3/09 Rev. 3, de 20 de mayo de 2009, p. 3.

⁷⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la acumulación...*, *op. cit.* en Nota 51, p. 4.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 5.

Oficina de Naciones Unidas de lucha contra la Droga y el Delito (UNODD). En consecuencia, gran parte de la actuación exterior de la UE en el continente africano ha estado centrada en apoyar las iniciativas regionales y de la ONU en cuestiones concretas (migración ilegal, tráfico ilícito de drogas y represión de la piratería en Somalia), aportando asistencia técnica y, sobre todo, financiera a sus proyectos. Por tanto, si bien África forma parte de las prioridades geográficas de la Unión en la lucha contra el COT fuera de “sus” fronteras, es claro el énfasis que las instituciones y actores del ELSJ han puesto en el Norte del continente africano y a la región del Sahel en su planificación estratégica y operativa, áreas en las que, por estar más próximas a su *espacio interno*, la prevención y la represión de las actividades ilícitas y criminales de los grupos delictivos organizados han adquirido una considerable relevancia en la actuación exterior de la Unión.

4. La agenda exterior propia de los actores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

Los actores del ELSJ se han convertido en los últimos años en un instrumento de primer orden en la vertiente exterior de la política “común” contra el COT. Como ya analizamos en el Capítulo anterior, la UE ha reforzado sus competencias con las últimas modificaciones de sus reglamentos de funcionamiento ⁸¹, al mismo que éstas se afianzaban en relación con terceras partes, siguiendo el escueto mandato del Programa de Estocolmo para promover su actuación exterior ⁸². Los tres principales actores del ELSJ que han ejercido una creciente actividad internacional en la última década son Europol, Eurojust y Frontex, si bien otros órganos con competencia general para combatir externamente el COT han formalizado igualmente sus contactos con terceros países ⁸³. Estos tres actores disponen de personalidad jurídica propia, independiente de

⁸¹ Para un sucinto análisis de este tema respecto de la regulación anterior, *vid.* NILSSON, H. G., “Organs and Bodies of the Third Pillar as Instruments of External Relations of the Union?”, KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. (eds.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 201-209.

⁸² “Los acuerdos operativos de Eurojust y Europol, y los acuerdos de trabajo con Frontex deberían reforzarse”. CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *loc. cit.* en Nota 36, p. 35.

⁸³ Aparte de estos tres actores, la única agencia del ELSJ que tiene una agenda exterior verdaderamente relevante es el Observatorio Europeo contra las Drogas y las Toxicomanías (por sus siglas en inglés, EMCDDA). El EMCDDA coopera con la ONUDD, UNAIDS, Interpol y otros organismos internacionales, así como con países terceros, a menudo en el marco de acuerdos formales completados por programas conjuntos de trabajo. Además, la red Reitox, integrada por centros de referencia de los 27 EEMM, Noruega, los países candidatos y la Comisión Europea, sirve de red

la Unión, por lo que pueden establecer relaciones con organismos externos o Estados terceros de manera relativamente autónoma, sin que un cambio en las líneas generales de la política exterior de la Unión implique necesariamente una modificación de sus bases relacionales con terceras partes. En cuanto a la base legal, sus respectivas normas internas son bastante escuetas en la definición del mandato y competencias para establecer relaciones exteriores, dejando un amplio margen a sus órganos de dirección internos para decidir qué tipo de relación habrán de establecer con Estados y organizaciones internacionales, especialmente en el caso de Eurojust y Frontex ⁸⁴. En el

transeuropea para recopilar información consistente y estandarizada sobre el fenómeno de la droga en sus diferentes dimensiones en toda Europa. Puede consultar más información sobre los socios del EMCDDA en: <http://www.emcdda.europa.eu/about/partners> [última consulta: 31.8.2015].

La figura del Coordinador Anti-Trata, cargo ejercido desde marzo de 2011 por la Sra. Myria Vassiliadou, prevista en la Directiva 2011/34/UE (Art. 20), se supone competente para mejorar la coordinación y asegurar la coherencia no solamente de las instituciones, agencias y EEMM de la UE, sino también para colaborar con terceros Estados y organismos internacionales en la prevención y sanción de este fenómeno delictivo. Sin embargo, como en el caso de otras instituciones y actores del ELSJ, sus competencias y funciones en el ámbito externo están lejos de quedar claras. En la convocatoria publicada en el Diario Oficial [C 157 A, de 17.6.2010, pp. 1-5] únicamente se especifica respecto de su papel que:

“El Coordinador de la Lucha contra la Trata de Seres Humanos desarrollará la orientación política estratégica global en el ámbito de la trata de seres humanos, con objeto de mejorar la coordinación y la coherencia entre las instituciones y organismos de la UE, así como con los Estados miembros y actores internacionales. Contribuirá a la elaboración de políticas existentes o nuevas de la UE relevantes para la lucha contra la trata de seres humanos, en especial con relación a terceros países, y garantizará que se utilicen y movilicen adecuadamente todos los medios apropiados para la acción de la UE contra la trata (aunando prevención, ejecución y protección de las víctimas), asegurando a la vez la coherencia con las políticas de migración y asilo”.

Por último, la Escuela Europea de Policía (CEPOL) ha incrementado recientemente su acción exterior y ha firmado acuerdos con Albania, Georgia y Moldavia, si bien con carácter claramente más limitado que el resto de actores, limitándose a invitar a las autoridades policiales de dichos países a seminarios e intercambiando información y buenas prácticas.

⁸⁴ Eurojust ha desarrollado un complejo entramado de acuerdos de cooperación con terceros Estados y organismos internacionales que está en continuo crecimiento, regulando la relación entre este órgano y terceras partes en diferentes aspectos de la cooperación en el marco del ejercicio de sus competencias, como el intercambio de información en casos comunes, el procesamiento de los datos personales (en su caso) intercambiados o la participación en reuniones conjuntas de coordinación de operaciones. Del mismo modo, estos acuerdos también prevén el envío de funcionarios en comisión de servicio para reforzar aún más la cooperación bilateral en la lucha contra el COT, una opción que es seguida con relación a un grupo reducido de terceras partes. Además, la agencia ha establecido puntos de contacto en terceros Estados y organismos internacionales, encargados de facilitar la cooperación internacional en diversos ámbitos, a los que se suman los magistrados de enlace provenientes de terceros Estados con los que Eurojust tiene una relación más fluida (por ejemplo, con los EE.UU. y Noruega). Además, tiene puntos de contacto en los siguientes terceros Estados: Albania, Bosnia-Herzegovina, Antigua República Yugoslava de Macedonia (ARYM), Moldavia, Montenegro, Serbia, Rusia, Turquía y Ucrania.

Pueden consultarse los diferentes acuerdos firmados por Eurojust con terceros Estados en: <http://www.eurojust.europa.eu/about/Partners/Pages/third-states.aspx> [última consulta: 31.8.2015]. Adicionalmente, SURANO, L., “L’action extérieure d’Eurojust”, DONY, M. (Ed.), *La dimension externe de l’espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à mi-parcours*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, pp. 211-219.

caso de Europol, por el contrario, el Consejo sí ha establecido una lista de países prioritarios con los que este actor ha de establecer contactos con vistas a negociar acuerdos de cooperación, limitando el margen de maniobra del órgano para establecer relaciones con terceros⁸⁵. Esta competencia exterior de los actores del ELSJ completa, por lo tanto, la acción de la UE en la lucha contra el COT a nivel internacional, siempre y cuando se enmarquen en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, como especifican sus respectivos reglamentos internos, si bien todavía persisten en la actualidad reticencias por parte de terceros Estados en cooperar directamente con estos actores⁸⁶.

Aunque puedan existir divergencias en cuanto a actividad exterior, fruto de diferencias en el grado de atribuciones y en el carácter intergubernamental-supranacional, lo cierto es que estos actores han creado una dinámica exterior propia, que muestra una agenda externa, si bien no totalmente paralela —pues mantiene los objetivos generales identificados por los documentos estratégicos globales y sectoriales—, sí autónoma. En particular, como señala Wyn Rees, los actores del ELSJ

Frontex ha firmado acuerdos de trabajo con terceros países y organismos internacionales en sus principales áreas de competencia: gestión de fronteras comunes en la lucha contra inmigración ilegal y el crimen transfronterizo. Para la actuación de la agencia en el exterior, los Estados vecinos a la Unión son prioritarios, especialmente aquellos identificados como países de origen y tránsito de la inmigración ilegal o aquellos que consideran la lucha contra la COT una prioridad en sus relaciones exteriores: la región de los Balcanes occidentales, los países con fronteras comunes y los Estados de la ribera sur del Mediterráneo. En concreto, Frontex ha rubricado acuerdos de trabajo con la Federación de Rusia, Ucrania, Moldavia, ARYM, Serbia, Montenegro, Albania, Nigeria y Cabo Verde, entre otros, y negocia en la actualidad con otros Estados terceros, como Libia, Marruecos, Senegal y Mauritania.

<http://www.frontex.europa.eu/partners/third-countries> [última consulta: 31.8.2015].

⁸⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/935/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *Diario Oficial L 325*, de 11.12.2009, pp. 12-13. Modificada por la Decisión de Ejecución 2014/269/UE del Consejo, de 6 de mayo de 2014, por la que se modifica la Decisión 2009/935/JAI en lo que respecta a la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *Diario Oficial L 138*, de 13.5.2014, pp. 104-105. En virtud de esta modificación, se han añadido a la lista Brasil, Georgia, México y Emiratos Árabes Unidos.

Siguiendo las competencias que le concede su mandato y las pautas establecidas por el Consejo en cuanto a terceras partes con las que cooperar, Europol ha firmado acuerdos con los principales socios de la Unión y con algunos organismos internacionales, hasta rondar la veintena existentes en la actualidad. De estos acuerdos se desprende la capacidad del órgano europeo para entablar relaciones en distintos ámbitos del ELSJ, entre los que destacan la lucha contra el COT y el terrorismo.

Para consultar los acuerdos: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁸⁶ Por ejemplo, las relaciones de Europol con terceros Estados y organismos internacionales, como EE.UU. e Interpol, han estado caracterizadas en la actividad policial cotidiana por cierta desconfianza hacia el órgano europeo y, en consecuencia, las autoridades locales han preferido contactar directamente con sus homólogos nacionales en la UE haciendo uso de acuerdos bilaterales preexistentes a la propia agencia. En esta línea, *vid.* GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies. A comparative Study of Institutional Development*, Eburon, Delft, 2009, pp. 299-300.

han tenido un papel fundamental en la externalización de la amenaza ⁸⁷ en su propio beneficio, especialmente teniendo en cuenta el rol que ha adquirido Europol en la elaboración de informes de amenaza en los que la UE ha basado su política “común” contra el COT y, por extensión, su acción exterior y que señalan continuamente el carácter externo de los grupos que operan en el *espacio* europeo ⁸⁸. No obstante, Europol no es el único actor que ha propiciado la retroalimentación del discurso securitario promovido por las instituciones en la década de 1990 y que desembocaron en la progresiva instauración de la política “común” contra el COT, puesto que Eurojust y, especialmente, Frontex también han identificado factores externos en las actividades delictivas de los grupos organizados como amenazas a la seguridad del espacio europeo en diferentes informes públicos e internos ⁸⁹, lo que ha redundado en un incremento de sus relaciones con terceros Estados en la investigación de delitos transfronterizos ⁹⁰ y en refuerzo de sus competencias y funciones en la lucha contra el COT en sus múltiples vertientes y manifestaciones delictivas concretas que sigue actualmente su curso con sendas propuestas de modificación de sus reglamentos de funcionamiento.

Varias cuestiones sin resolver se suman a la retroalimentación del sistema institucional en pleno apogeo del discurso securitario. En primer lugar, hemos de recordar que el establecimiento de relaciones con terceras partes gira en torno a la protección de datos personales, según la normativa paneuropea ⁹¹, constituyendo la base

⁸⁷ REES, W., “Inside Out: the External Face of EU Internal Security Policy”, *European Integration*, Vol. 30, Núm. 1, marzo de 2008, especialmente pp. 100-102.

⁸⁸ Como señala Fernando Moreno respecto de los OCTA elaborados por Europol, “su contenido está salpicado de constantes referencias a las nacionalidades de los grupos, lo cual da una idea de que el crimen transnacional tiende a percibirse como crimen cometido por extranjeros o inmigrantes.” MORENO, F., “Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado en la Unión Europea”, *Documento de Trabajo 26/2009*, Real Instituto Elcano, 25.5.2009, p. 22. En el mismo sentido crítico, SHEPTYCKI, J., BEN JAFFEL, H. y BIGO, D., *International organized crime...*, loc. cit. en Nota 4.

⁸⁹ Los informes de riesgo, estratégicos y operacionales de estos actores hacen especial referencia a las actividades delictivas transfronterizas y la incursión de los grupos delictivos organizados en el espacio europeo, repitiendo los mismos planteamientos que Europol y algunos autores europeos que han participado en su elaboración como Xavier Raufer, quien participó como experto en el SOCTA 2013. Estos informes están disponibles en: <http://eurojust.europa.eu> y <http://frontex.europa.eu/publications/> [última consulta: 31.8.2015].

⁹⁰ *Vid.*, por ejemplo, los informes de actividad de Eurojust, disponibles en: <http://eurojust.europa.eu> [última consulta: 31.8.2015].

⁹¹ CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la protección de los individuos con respecto al procesamiento automático de datos personales* (ETS 108), Estrasburgo, de 28.1.1981; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *Diario Oficial L 281*, de 23.11.1995, pp. 31-50. Actos modificativos: Reglamento (CE) n° 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de septiembre de 2003 sobre

para que los actores puedan firmar un acuerdo estratégico u operacional ⁹². Los estándares paneuropeos y comunitarios de protección de datos personales son muy altos en cuanto a la salvaguardia de ciertos principios constitucionales y penales procesales básicos, por lo que han sido pocos los acuerdos de este tipo firmados por los actores del ELSJ con terceros países y organismos internacionales, en general, reducidos a los Estados Asociados de Schengen. No obstante, una vez firmados, escapan clamorosamente al control efectivo de su implementación por parte del Parlamento Europeo y de las asambleas parlamentarias de los EEMM, por no decir que su firma carece de control previo, al considerarse “acuerdos técnicos” redactados y adoptados por funcionarios de las diferentes administraciones implicadas. Estos acuerdos no son los únicos que escapan al escrutinio del Parlamento Europeo —incluso tras las recientes reformas ⁹³—, puesto que, como iremos viendo con mayor detalle a lo largo del presente Capítulo, la Eurocámara tampoco es competente para fiscalizar la mayor parte de los tratados adoptados con terceros países, en particular aquellos adoptados en el marco de la PCSD (supuestamente, una competencia que todavía queda por demostrar en la práctica tras la extinción de la Unión Europea Occidental ⁹⁴) o los planes bilaterales de

la adaptación a la Decisión 1999/468/CE del Consejo de las disposiciones relativas a los comités que asisten a la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado CE, *Diario Oficial L 284*, de 31.10.2003, pp. 1-53; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, *Diario Oficial L 201*, de 31.7.2002, pp. 37-47. Esta última Directiva incorpora algunos aspectos “sensibles” en materia de seguridad pública, como la retención de datos con carácter policial. Sin embargo, la normativa comunitaria no cubre aspectos ligados a la cooperación policial y judicial penal (*ex* Título V TUE), ni a la PESC (*ex* Título VI TUE). Asimismo, Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal [*Diario Oficial L 350*, de 30.12.2008, pp. 60-71].

A principios de 2012, la Comisión propuso una reforma en profundidad de la normativa relativa a la protección de datos de la UE, con la propuesta de una Directiva y un Reglamento, que están pendientes de reformular todo este entramado actualmente vigente, contestado públicamente: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

⁹² Tanto el “acuerdo estratégico” como “operativo” permiten el intercambio de información. Sin embargo, solamente bajo el segundo tipo de acuerdos se pueden intercambiar datos personales. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/934/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada, *Diario Oficial L 325*, de 11.12.2009, pp. 6-11.

⁹³ Incluso después de la reforma del Reglamento Interno del Parlamento Europeo, éste adquiere únicamente un poder de supervisión superfluo de las negociaciones y ratificaciones de los “acuerdos internacionales”, que en nada se espera abarque estos “acuerdos técnicos” concluidos por los actores del ELSJ (Artículos 108 y 109).

⁹⁴ Con el Tratado de Niza (2000), las funciones en materia de gestión de crisis de la extinta Unión Europea Occidental (UEO) fueron asumidas por la UE, en el marco de la PCSD, quedando sus disposiciones en suspenso hasta una decisión posterior. El 31 de marzo de 2010, los Estados parte en la

la PEV y de la ampliación, que, sin ser tratados, acuerdan obligaciones recíprocas igualmente válidas para las partes —en particular para el Estado tercero receptor—. Esta ausencia de rendición de cuentas, a excepción de una somera relación *a posteriori* de las actividades anuales de Europol y Eurojust, ha permitido a los actores del ELSJ ejercer una amplia labor en el exterior, ciertamente criticable, en la prevención y represión de las actividades delictivas de los grupos organizados, especialmente en determinados ámbitos, como la incorporación de medidas contra la proliferación de ALPC y otras actividades criminales del COT entre las funciones de las misiones y operaciones de la PCSD —ejerciendo labores policiales propias de las autoridades locales— y la lucha contra la inmigración ilegal por parte de Frontex en las aguas territoriales de terceros Estados, aplicando el Derecho de la UE extraterritorialmente ⁹⁵.

Otra de las problemáticas sin resolver es la ausencia de sinergias entre los diferentes instrumentos de la vertiente exterior de la lucha contra el COT, que, a pesar de existir, no aprovechan todo el potencial que pudiera derivarse de aumentar su coordinación y colaboración sobre el terreno. Al igual que en documentos anteriores, el Programa de Estocolmo aboga por mejorar o reforzar la colaboración entre Europol y las misiones y operaciones PCSD, favoreciendo la difusión de los estándares europeos de vigilancia policial y cooperación operativa contra el COT ⁹⁶, especialmente en cuanto

UEO decidieron clausurar la Organización, puesto que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE asumía una cláusula de defensa mutua (Art. 42, § 7 TUE) similar a la prevista en caso de ataque armado del Tratado de Bruselas modificado (1955) y que suponía la única razón de la pervivencia de la Organización. Esta decisión plantea cuestiones sobre el control parlamentario de la actividad de la UE en este terreno, puesto que la extinción de la UEO ha significado el cierre de la Asamblea Parlamentaria sin que el Parlamento Europeo tenga plenas competencias para supervisar las misiones y operaciones de la PCSD y ha delegado esta labor a la colaboración interparlamentaria instaurada en el Protocolo Núm. 1 anejo al Tratado de Lisboa.

Para más información, *vid.* HOUSE OF LORDS, *Future inter-parliamentary scrutiny of EU foreign, defence and security policy*, First Report of Session 2010-2011, enero de 2011, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmfaff/697/697.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

⁹⁵ El papel de Frontex va mucho más allá del ejercido por sus homólogos: la agencia participa directamente en la coordinación de operaciones conjuntas en las aguas territoriales de terceros Estados, coadyuvando en la aplicación extraterritorial del modelo europeo de lucha contra el COT y la inmigración ilegal. Además, la agencia puede iniciar y financiar proyectos de asistencia técnica en materia de gestión de fronteras en Estados terceros o desplegar funcionarios de enlace, una vez entraron en vigor las disposiciones relativas del nuevo Reglamento Frontex [Reglamento 1168/2011, *Diario Oficial L 304*, de 22.11.2011, pp. 1-17]. Las tareas de estos funcionarios de enlace incluyen, como mínimo, el contacto con las autoridades locales del tercer Estado “con objeto de contribuir a la prevención y luchar contra la inmigración ilegal y al retorno de emigrantes ilegales” (Art. 14 Reglamento Frontex).

⁹⁶ “Europol debería reforzar sus vínculos con las misiones de policía de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) y contribuir a la promoción de las normas y prácticas idóneas de

a la gestión de las fronteras y la prevención y represión de los delitos transfronterizos. Por tanto, Europol, como otros actores del ELSJ, contribuye directamente no solamente a la externalización del *expertise* de la Unión en materia de lucha contra el COT, sino que también exporta el *soft law* europeo, a través de su aportación a las misiones de la PCSD en materia de gestión de fronteras y lucha contra las actividades delictivas de los grupos organizados. O, al menos, ese es el potencial que la colaboración entre ambos sectores podría desarrollar si no fuese porque el Tratado de Lisboa mantiene incomunicados artificialmente la vertiente exterior de la lucha contra el COT entre el ámbito ELSJ y la PCSD, confirmado posteriormente por la práctica a pesar de algunos indicios recientes de cambio, ya que las relaciones con la PCSD siguen siendo tan escasas como vagos los planteamientos del nivel estratégico y/o político que alude a la colaboración entre ambos “pilares”, demasiado dependiente todavía de la voluntad de cooperación y apoyo sobre el terreno entre los diferentes instrumentos de la acción exterior de la UE, como analizaremos detenidamente en el epígrafe cuarto. Otro de los ejemplos que ratifican esta desconexión entre “pilares” lo ha dado la puesta en marcha del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), cuya actividad diaria y funcionamiento rezuman todavía su herencia de gestión de programas comunitarios y de la política comercial común, a pesar de haber sido originariamente proyectado como un mecanismo de coordinación de la acción exterior de la Unión ⁹⁷. Por último, es evidente que las funciones de la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad en la lucha contra el COT han quedado reducidas a la

cooperación policial europea en terceros países”. CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *loc. cit.* en Nota 36, p. 20.

⁹⁷ Así al menos se intuye del documento de la Comisión sobre la implementación de la ESI:

“El Servicio Europeo de Acción Exterior permitirá integrar aún más la acción y los conocimientos utilizando las capacidades y conocimientos de los Estados miembros, el Consejo y la Comisión. Los conocimientos en materia de seguridad deberían transmitirse a las Delegaciones de la UE, especialmente de los países prioritarios, así como a los funcionarios de enlace de Europol y los magistrados de enlace” [COM (2010) 673 final, Bruselas, 22.11.2010, p. 3].

Sin embargo, la referencia en la Decisión por la que se establece el SEAE [Decisión 2010/427/UE, *Diario Oficial L 201*, de 3.8.2010, pp. 30-40] resulta, cuando menos, escueta e imprecisa, limitándose a afirmar que dicho organismo puede “beneficiarse del apoyo y la cooperación de dichas instituciones y órganos, incluidas, si procede, las agencias” (Art. 3, § 4). A pesar de ello, algunos autores ven una posibilidad (al menos teórica) de que las agencias del ELSJ estén representadas en las misiones del SEAE a través de un funcionario de enlace conjunto y de que este organismo desempeñe un papel primordial en el proceso de aunar esfuerzos en el exterior como “plataforma institucional para reflejar e impulsar también las prioridades de seguridad interior en su política exterior”. *Vid.* BUSUIOC, M. y CURTIN, D., *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE, el ciclo de actuación de la UE y la función de las agencias (ELSJ). Promesas, riesgos y requisitos previos*, Estudio solicitado por el Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), Bruselas, mayo de 2011, p. 11.

implementación de determinados aspectos de su dimensión exterior, como la represión de la proliferación de ALPC y diamantes de sangre y la inclusión de un mandato más o menos preciso en las misiones y operaciones de la PCSD desplegadas en territorios de Estados terceros, sin aportar la pretendida coherencia a la actuación externa de la Unión inserta en los Tratados ⁹⁸.

5. ¿Existe una dimensión exterior única en la lucha de la UE contra el crimen organizado transnacional? Proliferación de actores, estrategias, políticas e instrumentos

En los actuales términos, resulta complicado afirmar con rotundidad que la Unión tenga una estrategia clara, integrada y coherente de lucha contra el COT fuera de “sus” fronteras o que la pretendida política “común” posea una vertiente exterior única o, cuando menos, unificada más allá de la mera inserción como prioridad en su estrategia de seguridad. A pesar de los numerosos “documentos estratégicos” — globales y sectoriales—, declaraciones y líneas directrices adoptados por el Consejo Europeo y otras instituciones en la última década, no existe un planteamiento propiamente global de la “política de seguridad de la UE”, en particular en el caso de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, que se corresponda con una estrategia integradora de los diferentes pilares, políticas, instrumentos y actores. Es cierto que la naturaleza *sui generis* de la UE impide establecer comparaciones con otros actores internacionales como pudieran ser los Estados debido, principalmente, a factores estructurales e institucionales propios que resultan en una “integración estratégica incompleta” ⁹⁹. Sin embargo, no es menos cierto que la aprobación de “estrategias” en la Unión ha servido más para presentar públicamente avances en la integración europea que para aportar soluciones prácticas, reales y creíbles a la gestión multinivel de la seguridad pública (interior y exterior) en la Unión que garanticen la salvaguarda del *orden público europeo* ante la incursión de las actividades ilícitas de las

⁹⁸ Art. 18, § 4: “El Alto Representante será uno de los Vicepresidentes de la Comisión. Velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión. Se encargará, dentro de la Comisión, de las responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión [...]”.

⁹⁹ MONAR, J., “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives...”, *loc. cit.* en Nota 2, pp. 28-29. En el mismo sentido, en relación a la dimensión exterior de la lucha contra el COT, CARRAPICO, H., “The External Dimension of the EU’s Fight against Organized Crime: The Search for Coherence between Rhetoric and Practice”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9, No. 3, 2013, pp. 460-476.

organizaciones delictivas en la UE. En el caso de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT la ausencia de una estrategia de seguridad única, integradora de las distintas políticas e instrumentos con dimensión externa o de relaciones exteriores de la Unión, es, más si cabe, una importante fuente de limitaciones para garantizar la coherencia de la acción exterior en materia de seguridad y, en concreto, en la lucha contra el COT a nivel internacional, por lo que es comprensible el creciente interés mostrado en los últimos años por las instituciones por mejorar la coordinación y sinergias entre actores, instrumentos y estrategias.

La falta de planteamiento estratégico integrado se deja sentir (o resentir), en especial, en la coordinación de los distintos actores implicados del ELSJ en la materialización de sus diferentes estrategias para la prevención y represión de las actividades delictivas de los grupos organizados, en muchas ocasiones con sus propias agendas exteriores, así como en la ulterior planificación operacional y táctica, especialmente si tenemos en cuenta que existe confusión en la UE entre estos diferentes niveles ¹⁰⁰. La estrategia de seguridad de la Unión en materia de lucha contra el COT carece de un planteamiento integrado —es decir, propiamente estratégico—, especialmente en su dimensión exterior; una ausencia igualmente observable en el caso de la respuesta común a otras amenazas, como el terrorismo ¹⁰¹, en la que se continúa apreciando el limitado alcance de la integración en cuestiones de seguridad y mantenimiento del orden público. Para que haya estrategia ésta ha de reunir tres elementos: identificación de riesgos o amenazas y de objetivos estratégicos; repercusiones en las diferentes políticas; y medios para ponerlas en práctica, como las asociaciones estratégicas con otros actores o la mejora de las capacidades internas. No

¹⁰⁰ “[...] la definición de las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el ELSJ que corresponde al Consejo Europeo (art. 68 TFUE) se va a delegar a un órgano de nivel inferior [el COSI], lo que pone de manifiesto la confusión entre los niveles estratégico y operativo del planeamiento en el ámbito JAI, una confusión alimentada por la práctica vigente en la mayoría de Ministerios de Interior y Justicia europeos, donde las contribuciones técnicas de los grandes Cuerpos operativos acaban imponiéndose a las de los responsables políticos debido a su mayor capacidad y medios de planeamiento. Que un órgano tenga que definir, supervisar y ejecutar sus funciones tras su creación no es un caso aislado porque hay una larga lista de instituciones JAI creadas a la espera de unos resultados prácticos que justifiquen su creación; y si el órgano precede a la función, es que la táctica prima sobre la estrategia”. ARTEAGA, F., “La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea”, *Análisis del Real Instituto Elcano* 75/2010, de 21 de abril de 2010, p. 5.

¹⁰¹ *Inter alia*, KEOHANE, D., “The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 46, Núm. 1, enero de 2008, pp. 125-146. Para una opinión más optimista en relación a la integración de la lucha contra el terrorismo en la acción exterior de la UE, *vid.* KAUNER, C., “The External Dimension of EU Counter-Terrorism Relations: Competences, Interests, and Institutions”, *Terrorism and Political Violence*, Vol. 22, Núm. 1, 2010, pp. 41-61.

obstante, y a pesar de identificar los riesgos y amenazas —similares, aunque con ligeros matices, en los distintos instrumentos adoptados en la última década— e incluir los principios e implicaciones para la Unión en su relación con el exterior, la estrategia de seguridad de la Unión adolece de falta de identificación y de provisión de medios, amén de otros elementos clave en las estrategias nacionales de seguridad, carencia que se suma en el caso de la dimensión exterior a la ausencia de referencia expresa en la Estrategia de Seguridad Interior (ESI) a los actores propios de las relaciones exteriores, como la Alta Representante o el SEAE y a otros organismos y comités *ad hoc* encargados de la acción exterior de la Unión. Igualmente, las referencias a la vertiente exterior contenidas en la ESI son escasas, imprecisas, vagas y más bien suponen reiteraciones incluidas en otros documentos estratégicos que un verdadero elemento relevante para la implementación de la estrategia. Así, las continuas alusiones al COT, el terrorismo, el tráfico de drogas, la trata, etc. como amenazas a la seguridad de la UE claman por una unidad de actuación, tanto interna como externa, que no se corresponde con la realidad de la acción cotidiana de la Unión, principalmente porque la EES y la ESI siguen siendo percibidas como instrumentos para “pilares” concretos y las políticas e instituciones de la Unión carecen de una coordinación efectiva, mucho más perceptible en su dimensión exterior, resultando en una acción externa contra el COT parcelada, segmentada en función del ámbito concreto.

La descoordinación de las estrategias, tanto globales (EES, ESI) como sectoriales (entre ellas, la Estrategia del Milenio), ofrecen un panorama sectorial sobre la planificación de la respuesta y la identificación de los retos y amenazas que incide, directa o indirectamente, en la respuesta de la Unión. Esta debilidad queda acentuada, más si cabe, en su dimensión exterior, como tendremos oportunidad de analizar respecto de ámbitos particulares en los siguientes epígrafes, puesto que, a la ausencia de referencias expresas a otros actores implicados, hemos de añadir la vaguedad en la que la “necesaria coordinación” es identificada en los principales “documentos estratégicos”, no llegando a materializarse en acuerdos institucionales o realidades concretas en el planeamiento de su desarrollo e implementación. En particular, factores institucionales (desconfianza y recelo Ministerios de Asuntos Exteriores – Ministerios del Interior, entre instituciones y actores del ELSJ) y estructurales (persistencia de “pilares”, distintas bases legales, diversidad de procedimientos legislativos, limitada

conexión entre grupos de trabajo y comités sénior preparatorios y de seguimiento) intervienen en la descoordinación de las estrategias de la Unión; cuestión que limita la efectiva coherencia de la acción exterior de la UE en materia de lucha contra el COT y que no ha sido totalmente resuelta por el Tratado de Lisboa. En concreto, aparte de confirmar la doble dinámica en la integración de los objetivos del ELSJ en las relaciones exteriores de la UE, el Tratado de Lisboa mantiene las bases legales y procedimientos diferenciados para la PESC respecto del resto de las relaciones exteriores y el principio de integración diferenciada en el ELSJ ¹⁰²; cuestiones que pueden mermar en la práctica la capacidad de la Unión de actuar como actor internacional coherente y la efectiva implementación de la lucha contra el COT. Además, el Tratado de Lisboa confirma la premisa de que “la seguridad interior en Europa sigue siendo un producto de la soberanía nacional” ¹⁰³, dificultando aún más la coherencia y coordinación de la acción exterior de la UE en la consecución de sus fines en este terreno al considerarla esencialmente un reducto de la competencia de los EEMM.

Un punto positivo a destacar del Tratado de Lisboa en esta cuestión, empero, es la inclusión de la figura del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad como órgano encargado de velar por la coherencia de la acción exterior de la UE (Art. 18, § 4 TUE), aunando en una misma persona la ligazón entre las actividades de la PESC y las relaciones exteriores de la Unión con incidencia en la lucha contra el COT. Como ha confirmado la práctica posterior, no obstante, esta referencia es más un guiño a la unificación institucional que una verdadera competencia general de coordinación de estas políticas, todavía sujetas a diferentes ámbitos de integración, competencia comunitaria dudosamente clara en ciertos casos y rasgos institucionales y procedimentales específicos para cada sub-política. Además, las instituciones han mantenido a esta figura al margen de la planificación estratégica de la dimensión

¹⁰² En esta tesis de continuismo del Tratado de Lisboa respecto de la situación anterior, *vid.*, entre otros, TRAUNER, F. y CARRAPIÇO, H., “The external dimension of EU Justice and Home Affairs after the Lisbon Treaty: Analysing the Dynamics of Expansion and Diversification”, *European Foreign Affairs Review*, Vol.17, Núm. 2, parte 1, 2012, pp. 1-18; WOUTERS, J., COPPENS, D., y DE MEESTER, B., “The European Union’s External Relations after the Lisbon Treaty”, GRILLER, S. y ZILLER, J. (Eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer-Verlag Wien, Viena, 2008, pp. 143-204.

¹⁰³ HANON, J.-P., « Sécurité intérieure et Europe élargie : discours et pratiques », *La revue internationale et stratégique*, Institut de Relations internationales et stratégiques, Núm. 52, invierno 2003-2004, París, p. 24 (traducción propia).

exterior del ELSJ, como ha quedado claro en repetidas ocasiones en los que ni tan siquiera se menciona en las estrategias adoptadas, reduciéndose su papel en la vertiente externa de la lucha contra el COT a la puesta en marcha de diferentes acciones en aspectos concretos, como la represión de la proliferación de ALPC y “diamantes de conflicto” según sus respectivas estrategias y en el marco de la PESC, además de jugar un reducido rol en PEV (*vid. infra.*) en beneficio de otros Comisarios y del papel del propio Consejo Europeo como impulsor de la misma.

En consecuencia, es clara la necesidad de racionalizar la arquitectura de seguridad interior —en particular, en materia de lucha contra el COT en el exterior—, empezando por la redefinición de la estrategia de seguridad en un único texto, a partir del cual bajar hasta el nivel operativo por sectores o actividades delictivas concretas ¹⁰⁴. No obstante, y a pesar de las incongruencias, de la falta de coordinación y las lagunas identificables en los diferentes documentos estratégicos, la UE ha construido en torno a estas amenazas comunes —primero, el COT como prioridad en la agenda política comunitaria; posteriormente, el terrorismo internacional— una *cultura de inseguridad*, claramente perceptible en el discurso oficial mantenido en las diferentes estrategias reseñadas en el presente epígrafe, que le ha permitido desarrollar y reforzar la arquitectura de seguridad interior e, incluso, desplegar una creciente actividad en el exterior de “sus” fronteras contra el COT haciendo uso de conceptos necesariamente ambiguos y de difícil translación a los ámbitos operativo y legal como el de *delincuencia organizada*, “globalización de la amenaza” o “desterritorialización” de otros riesgos para la seguridad, tal y como han sido presentados en las distintas estrategias. Asimismo, la UE se ha excusado en el aparente consenso internacional en la lucha contra el COT que se perfiló con la adopción de la Convención de Palermo para complementar su política “común” con una creciente actividad exterior a través de sus diversos instrumentos y políticas, presentándose como un *actor normativo* en la escena internacional, con las limitaciones e incongruencias que de ello se han derivado para otros ámbitos de sus relaciones exteriores.

¹⁰⁴ “La respuesta a estos retos pasa por que el Consejo Europeo lidere de una vez por todas una reestructuración del sistema europeo de seguridad, racionalizando la redistribución de competencias y responsabilidades, una reestructuración similar a la que han puesto en marcha algunos países de la UE elaborando estrategias de seguridad nacional para lograr resolver a escala individual los mismos problemas a los que se enfrenta la Unión”. ARTEAGA, F., “La Estrategia de Seguridad Interior...”, *loc. cit.* en Nota 100, p. 8.

2. La acción exterior de la Unión a través del Derecho y la cooperación judicial. La *diplomacia normativa* como instrumento privilegiado en la prevención y lucha contra el crimen organizado

En la teoría de las Relaciones Internacionales, muchas son las etiquetas con las que la doctrina ha intentado calificar la acción exterior de la UE ¹⁰⁵, haciendo especial hincapié en los elementos que identifican a la Unión como un actor internacional ¹⁰⁶. Posiblemente, la acción exterior de la UE en materia de lucha contra el COT pueda llevarnos a calificar su actuación de *diplomacia normativa*, parafraseando el concepto acuñado por Ian Manners para referirse al papel de la Unión como actor de la Sociedad Internacional ¹⁰⁷. Especialmente en su relación con los Balcanes occidentales y otros países candidatos, la UE ha centrado su acción exterior en la firma y ratificación por parte de sus socios del incipiente Derecho transnacional adoptado —y, hasta cierto punto, impulsado por las instituciones europeas— en el seno de Naciones Unidas y en otros organismos internacionales para prevenir y reprimir las actividades delictivas de los grupos organizados, en particular la ratificación de la Convención de Palermo y sus tres Protocolos. La UE ha utilizado una infinidad de instrumentos —no siempre “normativos” ¹⁰⁸— para estimular la ratificación de esta legislación internacional por Estados terceros, desde la monitorización del Derecho interno en el marco del proceso

¹⁰⁵ Para un panorama general sobre el análisis de la doctrina en este punto, *vid.* FERREIRA NUNES, I., “Civilian, Normative, and Ethical Power Europe: Role Claims and EU Discourses”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 16, 2011, pp. 1-20; TELO, M., *Relations internationales. Une perspective européenne*, 2ª Edición revisada y aumentada, Institut d’Études européennes, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2010.

¹⁰⁶ Entre otros, nos basaremos en las tesis de Charlotte Bretherton y John Vogler. BRETHERTON, C. y VOGLER, J., *The European Union As a Global Actor*, Routledge, Nueva York-Londres, 1999.

¹⁰⁷ *Vid.* Nota 22 para referencias.

¹⁰⁸ “[...] si bien el foco sobre los «instrumentos normativos de política exterior» llama la atención sobre el *cómo* en lugar de *cuáles* instrumentos políticos se despliegan, no existe un consenso claro en cuanto a qué constituye la «normatividad» en el despliegue de tales medios. [...] definimos los medios normativos de política exterior como instrumentos (independientemente de su naturaleza) que son desplegados en los confines del Derecho. La legalidad en el despliegue de los instrumentos de política exterior está, en primer lugar, relacionado con los compromisos legales de un actor político hacia sí mismos, por ejemplo en el despliegue de políticas exteriores sobre el respeto de estándares legales internos de democracia, transparencia y responsabilidad [...] Esto también está relacionado con los compromisos externos; es decir, actuar multilateralmente donde sea posible y con la autorización de Naciones Unidas y, en general, respetando del Derecho internacional”. TOCCI, N., “Profiling Normative Foreign Policy: the European Union and its Global Partners”, TOCCI, N. (Ed.), *Who is a Normative Foreign Policy Actor...*, *op. cit.* en Nota 22, pp. 10-11 (traducción propia).

de adhesión hasta la difusión de normas por *contagio* o *transferencia* ¹⁰⁹, sin recurrir a la coerción, principal punto éste para identificar a la Unión como una diplomacia normativa en el terreno de la lucha contra el COT. En otros casos, como analizaremos a lo largo de los siguientes epígrafes, la Unión ha ejercido un papel típicamente *realista* en la consecución de sus objetivos de seguridad interior en su actuación externa, primando sus intereses propios, espurios y “cortoplacistas” frente a objetivos más altruistas o de compromiso con la Sociedad Internacional, tal y como se recogen en los Tratados respecto de los principios que deben guiar su acción exterior.

Numerosos son los ejemplos que nos inducen a pensar en la influencia y/o presión que intenta ejercer la UE en sus relaciones con terceros Estados en este sentido no solamente con los países candidatos a la adhesión, como ya hiciera durante ampliaciones anteriores ¹¹⁰, sino, igualmente, con Estados terceros del entorno geográfico más inmediato. Si bien esta labor no se reduce a los países objeto de nuestro estudio ¹¹¹, es clara la importancia que la ratificación de los diferentes instrumentos internacionales tiene para sus relaciones con los países de su vecindario (entendido éste en sentido amplio), particularmente en materia de cooperación judicial penal y policial, extendiendo su modelo de gobernanza multinivel contra el COT a través de la aproximación de la legislación de terceros Estados a los estándares europeos — revestidos en ocasiones de la apariencia de un consenso internacional más global, como

¹⁰⁹ “*Contagio*: la difusión de normas resulta de la difusión involuntaria de ideas de la UE a otros actores políticos [...] *Transferencia*: la difusión se da cuando la UE intercambia mercancías, comercio, ayuda o asistencia técnica con terceras partes a través de medios financieros y sustantivos. Tal transferencia puede ser resultado de la exportación de normas y estándares comunitarios [...] o la política de “zanahorias y palos” de las recompensas financieras y las sanciones económicas. Ejemplos de esta difusión por transferencia puede verse en el impacto de los programas Phare y Tacis [...], así como en el fondo de desarrollo europeo a los países Cotonou [...]”. MANNERS, I., “Normative Power Europe...”, *loc. cit.* en Nota 22, pp. 244-245 (traducción propia).

¹¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, un análisis del cumplimiento del Derecho europeo en material de protección de los intereses financieros de la UE en países candidatos a la adhesión entre 2004 y 2007, con exclusión de Letonia, Malta y Chipre: WYNGAERT, C. Van den, “The Protection of the Financial Interests of the EU in the Candidate States. Perspectives on the Future of Judicial Integration in Europe”, *Europäische Rechts Akademie (ERA) Forum (2001)*, Vol. 2, Núm. 3, septiembre de 2001, pp. 2-60.

¹¹¹ Por ejemplo, la UE ha insertado entre sus prioridades la promoción de la ratificación de la Convención de Palermo en sus relaciones con otros Estados, como en el caso de México, y ha impulsado el refuerzo de los mecanismos de monitorización de la norma, apoyándose en otros países firmantes. *Vid.*, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Asociación Estratégica México-Unión Europea. Plan Ejecutivo Conjunto*, doc. 9820/10, Comillas, 16.5.2010, en particular p. 9.

Por otra parte, la Unión ha buscado impulsar la consolidación de un naciente Derecho transnacional en la lucha contra determinadas manifestaciones delictivas de los grupos organizados, al que hemos hecho breve referencia en el Capítulo I, especialmente en el marco del GAFI y las Naciones Unidas.

la Convención de Palermo y otros instrumentos de Derecho penal transnacional en el que se ha apoyado repetidamente la Unión en la última década—. De esta forma, su implementación en Derecho interno se ha convertido en requisito *sine qua non* para avanzar en la relación bilateral con los países del entorno geográfico próximo, lo que incluye ciertas “compensaciones” de la UE en otros ámbitos de su acción exterior, como la liberalización de visados y la apertura al mercado interior, objeto de análisis en el epígrafe tercero. Es precisamente esta combinación de elementos e instrumentos el principal medio de presión que la Unión posee para influir en el comportamiento de Estados terceros y, en consecuencia, conseguir sus fines en la prevención y represión del COT externamente, además de ser una característica de la actuación de la UE como actor de la Sociedad Internacional en materia de seguridad que lo aleja del *actor normativo* o *exportador de seguridad* altruista comprometido con la Sociedad Internacional que identifican algunos autores.

1. El marco general de relaciones: entre cooperación convencional y “planes de acción” bilaterales

El Tratado de Lisboa introduce ciertas mejoras en materia de negociación y conclusión de acuerdos internacionales respecto del marco anterior. En primer lugar, ratifica la personalidad jurídica de la Unión (Art. 47 TUE), cuestión que ha resultado “central en teoría y práctica en el contexto de negociación y conclusión de acuerdos internacionales en materia penal”¹¹², principalmente porque ha sido especialmente utilizada por terceros Estados para minar la posición negociadora de la UE¹¹³. Además, el Tratado reconoce la capacidad legal de la Unión para firmar acuerdos internacionales, en este caso de cooperación y asistencia judicial con terceros Estados —además de acuerdos en el terreno del *law enforcement* (*vid. infra*, epígrafe tercero)—, mediante una disposición algo menos lacónica e imprecisa que bajo el anterior marco (*ex* Art. 38 TUE). Así, la cláusula general del artículo 216, § 1 TFUE estipula:

La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión,

¹¹² MITSILEGAS, V., “The External Dimension”, *loc. cit.* en Nota 5, p. 291 (traducción propia).

¹¹³ En esta tesis, DE SCHOUTHEETE, P. y ANDOURA, S., “The Legal Personality...”, *loc. cit.* en Nota 5.

alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

Por tanto, el TFUE reconoce la posibilidad de que la Unión negocie y firme un acuerdo por mandato de una de sus disposiciones (competencia *explícita*), por derivación de una atribución competencial interna (competencia *implícita*) o cuando sea necesario para lograr un objetivo de la UE, tal y como ha sido reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia bajo los anteriores Tratados ¹¹⁴. No obstante, el TFUE amplía —al menos, potencialmente— el ámbito cubierto por los acuerdos internacionales celebrados por la Unión e introduce mejoras en la “comunitarización” de su negociación. En primer lugar, la conclusión de un acuerdo internacional en caso de ser necesario para conseguir un objetivo de la UE “podría implicar que no sería necesario ni tan siquiera tener una competencia *interna* explícita para que la Unión sea capaz de actuar externamente”, yendo más allá del paralelismo de competencias asentado en la doctrina del Tribunal de Justicia ¹¹⁵. En segundo lugar, el TFUE refuerza la “comunitarización” de la negociación de los acuerdos con terceros Estados, aunando bajo una única fórmula —con excepción de la Política Exterior y de Seguridad Común (Art. 37 TUE)— el procedimiento para la celebración de tratados: las decisiones en el Consejo se tomarán por mayoría cualificada, con algunas excepciones; se podrá solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de los Tratados con el acuerdo previsto y el Parlamento Europeo habrá de estar informado “en todas las fases del procedimiento” ¹¹⁶.

Por otra parte, el TFUE intenta eliminar todo carácter ambiguo observado en la normativa anterior, especialmente en cuanto a la responsabilidad individual de los Estados miembros respecto de los acuerdos celebrados por la Unión ¹¹⁷. En primer lugar, el artículo 216 aclara que dichos acuerdos vincularán a las instituciones europeas

¹¹⁴ *Vid.*, WOUTERS, J., COPPENS, D., y DE MEESTER, B., “The European Union’s External Relations...”, *loc. cit.* en Nota 102.

Para un análisis del marco anterior, MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “Los acuerdos internacionales del tercer pilar de la UE”, REMIRO BROTONS, A. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. (Coord.), *El futuro de la Acción Exterior de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 211-247; WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements...”, *loc. cit.* en Nota 5.

¹¹⁵ WOUTERS, J., COPPENS, D., y DE MEESTER, B., “The European Union’s External Relations...”, *loc. cit.* en Nota 102, p. 178 (traducción propia).

¹¹⁶ Artículo 218 TFUE, especialmente los párrafos 8, 11 y 10, respectivamente.

¹¹⁷ *Vid.*, WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements...”, *loc. cit.* en Nota 5.

“y a los Estados miembros” (párrafo segundo), referencia no contenida en disposiciones similares anteriores ¹¹⁸. Asimismo, si bien esta disposición no excluye la celebración de acuerdos entre los Estados miembros y terceros en los ámbitos cubiertos por el Tratado, éstos han de respetar el Derecho de la Unión ¹¹⁹, por lo que se especifica la responsabilidad de los Estados miembros más allá del principio general de cooperación leal (Art. 4 TUE), además de omitir toda referencia a “exigencias de su propio ordenamiento constitucional” (*ex* Art. 24, § 5 TUE) para eludir aplicar obligaciones emanantes de un acuerdo internacional celebrado por la Unión en ámbitos de integración regidos por el TFUE.

Consecuencia de este *ius contrahendi*, reconocido igualmente por el anterior Tratado (*ex* artículos 24 y 38 TUE), la UE ha firmado dos acuerdos con los EE.UU., uno de extradición y otro de asistencia judicial ¹²⁰, y un acuerdo de cooperación judicial en materia penal con Japón ¹²¹, a los que se le suman acuerdos con Suiza sobre la implementación y aplicación del *acervo Schengen* —firmado con arreglo al *ex* artículo 300 TCE ¹²²—, y con Islandia y Noruega, relativo al procedimiento de entrega entre los EEMM de la UE e Islandia y Noruega ¹²³. Sin embargo, la firma de acuerdos en los

¹¹⁸ “Los acuerdos celebrados con arreglo a las condiciones establecidas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Unión” (*ex* artículo 24, § 6 TUE).

¹¹⁹ “36. *Declaración relativa al artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la negociación y celebración de acuerdos internacionales por los Estados miembros en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia*

La Conferencia confirma que los Estados miembros podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales en los ámbitos a que hacen referencia los capítulos 3, 4 y 5 del título V de la tercera parte, siempre y cuando dichos acuerdos se ajusten al Derecho de la Unión”.

¹²⁰ Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, *Diario Oficial L 181*, de 19.7.2003, pp. 27-33, y Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, *Diario Oficial L 181*, de 19.7.2003, pp. 34-42; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/820/PESC del Consejo, de 23 de octubre de 2009, sobre la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América y del Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, *Diario Oficial L 291*, de 7.11.2009, pp. 40-41. Estos acuerdos entraron en vigor el 1 de febrero de 2010.

¹²¹ Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación judicial en materia penal, *Diario Oficial L 39*, de 12.2.2010, pp. 20-35.

¹²² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisiones 2004/849/CE y 2004/860/CE del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *Diario Oficial L 368*, pp.26-27, y *Diario Oficial L 370*, pp. 78-79, respectivamente. El Acuerdo es el documento 13054/04 del Consejo, disponible en el Registro del Consejo: www.register.consilium.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

¹²³ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega, *Diario Oficial L 292*, de 21.10.2006, pp. 2-19; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2006/697/CE del Consejo, de 27 de junio de 2006, relativa a la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega, *Diario Oficial L 292*, de 21.10.2006, p. 1.

ámbitos cubiertos por el actual Título V del TFUE, al igual que bajo el marco anterior, no ha resultado tan prolífica como pudiera pensarse, reflejo de la complejidad de la firma de este tipo de acuerdos tanto desde el punto de vista del contenido, como del proceso negociador anterior. En concreto, la sensibilidad de los temas cubiertos para la seguridad interior de la UE y de los Estados terceros y la falta de adecuación de la normativa de terceras partes a los estándares de la Unión, en particular respecto de la protección de los datos personales ante un eventual intercambio entre autoridades policiales y judiciales, han lastrado el desarrollo de estos acuerdos con otros Estados. En consecuencia, la Unión no ha negociado acuerdos similares con los países de su entorno geográfico próximo, salvo contadas excepciones, por similitud de regímenes políticos y sistemas, como en el caso de Estados asociados a Schengen y del Espacio Económico Europeo (EEE); cuestión que ha reducido su papel como actor internacional, en beneficio de acuerdos bilaterales entre EEMM y terceros países, que han servido de base para la implementación de la acción exterior de la UE, especialmente en su dimensión operativa ¹²⁴.

Estas limitaciones formales no han sido óbice para que la UE haya entablado relaciones de cooperación y asistencia judicial y policial. Las autoridades comunitarias han promovido la acción exterior de la Unión por medio de otros instrumentos legalmente vinculantes, como los Acuerdos de Asociación, o con carácter menos formal (en ocasiones, meros “pactos de caballeros” o “canjes de notas” sin tramitación parlamentaria), especialmente utilizados en el marco de la PESC y de la PCSD ¹²⁵ o a través de los “acuerdos técnicos” concluidos por los actores del ELSJ. En primer lugar, la UE puede concluir Acuerdos de Asociación con terceros países u Organismos internacionales (Art. 217 TFUE) ¹²⁶, previstos principalmente para que los países

¹²⁴ Por ejemplo, existen acuerdos de asistencia judicial y extradición entre España y Marruecos (Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, Rabat, 24.6.2009, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 238/2009, de 2.10.2009, pp. 82831-82840; Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, *Boletín Oficial del Estado* Núm. 238/2009, de 2.10.2009, pp. 82823-82830); Argelia (Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la asistencia judicial en material penal entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, Madrid, 7.10.2002, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 65/2002, de 17.3.2005, pp. 9418-9420); y Túnez (Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Tunecina sobre asistencia judicial en materia penal, Túnez, 24.9.2001, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 52, de 1.3.2003, pp. 8238-8240).

¹²⁵ *Vid.*, para un análisis en detalle, WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements...”, *loc. cit.* en Nota 5, pp. 160-175.

¹²⁶ Artículo 217 TFUE (antiguo artículo 310 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea):

candidatos a la adhesión preparen su ordenamiento interno al *acervo* comunitario, incluido el modelo europeo de lucha contra el COT. Estos acuerdos, de los que el Parlamento Europeo ha de estar informado en todo momento de la tramitación, contrastan con otros documentos que carecen de regulación en los Tratados a pesar de establecer obligaciones recíprocas para las partes y que la Unión ha utilizado en la PCSD y han firmado los actores del ELSJ en sus respectivas áreas de competencia. En las páginas que siguen analizaremos con mayor detalle éstos y otros instrumentos que rigen las relaciones bilaterales e inciden en la exportación del Derecho de la UE en materia de lucha contra el COT en relación con determinados ámbitos concretos, no solamente invocando la “perspectiva europea” de algunos Estados terceros con el fin de conseguir avanzar en las reformas legales y operativas derivadas de las imposiciones del *acervo* comunitario, sino también aludiendo a la *transnacionalización* del Derecho penal respecto de sus relaciones con otros países, precisamente para contrarrestar la falta de perspectiva de adhesión. Lo que es relevante en este apartado es que, a pesar de ser una práctica habitual, el Tratado de Lisboa no ha incluido la posibilidad de que estos “acuerdos técnicos” rubricados por los actores del ELSJ o los “canjes de notas” que facilitan el despliegue de las misiones y operaciones de la PCSD se integren en el marco legal en vigor relativo a la acción exterior de la UE, al excluir su regulación de las disposiciones relativas a los actores (Título V TFUE) y de la acción exterior de la Unión (Quinta Parte TFUE), perpetuando un vacío normativo que no tiene otra justificación que la persistente reticencia de los EEMM a regular estos ámbitos de la integración comunitaria y permitir un mayor control parlamentario (Parlamento Europeo y asambleas nacionales) y judicial (Tribunal de Justicia) de estos acuerdos ¹²⁷.

“La Unión podrá celebrar con uno o varios terceros países o con organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares.”

Estos acuerdos son instrumentos legales jurídicamente vinculantes para las partes, que pueden resultar similares a los acuerdos firmados con los EE.UU. en fondo y forma, si bien están destinados a preparar a los países terceros a la adhesión en la adaptación e implementación del *acervo*. En concreto, los acuerdos de asociación rigen la cooperación bilateral entre las partes en materias tan diversas como las relaciones comerciales, los aspectos ligados al mercado interior, la lucha contra el blanqueo de capitales o la asistencia administrativa en materia aduanera. Además, estos instrumentos inciden en la reforma de los diferentes sectores ligados a la seguridad y la aproximación de la legislación del Estado tercero a la normativa y estándares de la UE en materia de lucha contra el COT e incluyen cláusulas relativas a la cooperación regional en diversos ámbitos como elemento indispensable.

¹²⁷ En principio, el Tratado de Lisboa incluye una referencia respecto de la competencia del Tribunal de Justicia que sería de aplicación a este tipo de “acuerdos técnicos”:

El Tratado de Lisboa, asimismo, deja sin resolver todas las interrogantes planteadas con la práctica anterior relacionadas con el equilibrio institucional en la negociación de acuerdos bilaterales. Así, la ausencia del Parlamento Europeo en el proceso de celebración de acuerdos con terceros Estados y la falta de competencia del Tribunal de Justicia en materias que afectan directamente a los Derechos y libertades fundamentales de los individuos, “especialmente intolerables” para algunos autores ¹²⁸, se mantiene en los actuales términos de los Tratados en vigor, pues sigue dejando fuera del proceso negociador a los parlamentos nacionales en algunos ámbitos ahora cubiertos por el TFUE, como el movimiento transfronterizo de servicios y aspectos comerciales de los bienes falsificados, y no toma en consideración al Parlamento Europeo en la apertura de negociaciones o en la definición del mandato negociador ¹²⁹, reduciendo su capacidad de control democrático a la posibilidad de rechazar un acuerdo ya firmado, como ocurriera con la firma del acuerdo SWIFT con EE.UU. ¹³⁰, y a la obligación de mantenerlo informado durante “todas las fases del procedimiento” (Art. 218, § 10 TFUE), incluso en las negociaciones de ampliación. Estas limitaciones del papel del Parlamento Europeo han sido posteriormente confirmadas y desarrolladas ¹³¹, dejándolo

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.” (Art. 263 TFUE, además del artículo 267 TFUE).

¹²⁸ MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “Los acuerdos internacionales del tercer pilar...”, *loc. cit.* en Nota 116, p. 230.

¹²⁹ WOUTERS, J., COPPENS, D., y DE MEESTER, B., “The European Union’s External Relations...”, *loc. cit.* en Nota 104, p. 186.

¹³⁰ El Parlamento Europeo rechazó el Acuerdo SWIFT con EE.UU., tras su entrada en vigor provisional, alegando preocupaciones sobre la efectiva protección de los datos intercambiados (P7_TA(2010)0029). Para una panorámica general de los problemas planteados, *vid.*, GOEDE, M. De, “The SWIFT Affair and the Global Politics of European Security”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 50, Núm. 2, 2012, pp. 214-230; MITSILEGAS, V., “The External Dimension”, *loc. cit.* en Nota 5, pp. 298-308; PAWLAK, P., “The Unintentional Development of the EU’s Security Governance...”, *loc. cit.* en Nota 3; MONAR, J., “The Rejection of the EU-US SWIFT Interim Agreement by the European Parliament: A Historic Vote and Its Implications”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 15, Kluwer Law International BV, 2010, pp. 143-151.

¹³¹ “(ii) Acuerdos internacionales y ampliación

23. Se informará al Parlamento cumplida e inmediatamente en todas las etapas de la negociación y celebración de acuerdos internacionales, incluida la definición de las directrices de negociación. [...].

24. La información contemplada en el punto 23 se remitirá al Parlamento con la suficiente antelación para que este pueda expresar, si procede, sus puntos de vista, de manera que la Comisión pueda tener en cuenta, *en la medida de lo posible*, los puntos de vista del Parlamento. [...].

25. [...] Cuando la Comisión represente a la Unión en conferencias internacionales, facilitará, a petición del Parlamento, la inclusión de una delegación de diputados al Parlamento Europeo, *en calidad de observadores*, en las delegaciones de la Unión, de forma que pueda obtener una información inmediata

en los términos actuales en clara posición de inferioridad respecto de la preeminencia del Consejo y de la Comisión en la negociación y celebración de estos acuerdos ¹³², a pesar de afectar tanto a cuestiones económico-financieras como a la salvaguardia de los Derechos fundamentales de europeos y, sobre todo, nacionales de terceros Estados, en particular teniendo en cuenta cómo les afectan las medidas de excepción dictadas contra el COT por las instituciones comunitarias, con aplicación dentro y fuera del espacio europeo (internamiento en centros de reclusión similares a cárceles y procedimientos de expulsión de nacionales de terceros países entrados ilegalmente o que residen de manera irregular, intercambio de datos de pasajeros entre autoridades aduaneras y policiales, etc.). Estas lagunas contrastan drásticamente con el papel reforzado que ha adquirido el Parlamento Europeo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en la negociación de la legislación interna y que no se ha trasladado al control parlamentario de la actuación exterior de la Unión contra el COT.

y plena del desarrollo de la conferencia. La Comisión se compromete, *cuando proceda*, a informar sistemáticamente a la delegación del Parlamento sobre el resultado de las negociaciones.

Los diputados al Parlamento Europeo no participarán directamente en estas negociaciones. [...].

28. La Comisión mantendrá al Parlamento plenamente informado del desarrollo de las negociaciones de ampliación [...]. COMISIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, *Diario Oficial L 304*, de 20.11.2010, pp. 47-62.

¹³² Artículo 218 TFUE, *ex Art.* 300 TCE:

“2. El Consejo autorizará la apertura de negociaciones, aprobará las directrices de negociación, autorizará la firma y celebrará los acuerdos.

3. La Comisión, o el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad cuando el acuerdo previsto se refiera exclusiva o principalmente a la política exterior y de seguridad común, presentará recomendaciones al Consejo, que adoptará una decisión por la que se autorice la apertura de negociaciones y se designe, en función de la materia del acuerdo previsto, al negociador o al jefe del equipo de negociación de la Unión.

4. El Consejo podrá dictar directrices al negociador y designar un comité especial, al que deberá consultarse durante las negociaciones.

5. El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor.

6. El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo.

Con excepción de los acuerdos que se refieran exclusivamente a la política exterior y de seguridad común, el Consejo adoptará la decisión de celebración del acuerdo:

a) previa aprobación del Parlamento Europeo en los casos siguientes:

i) acuerdos de asociación; [...]

b) previa consulta al Parlamento Europeo en los demás casos. [...]

8. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada durante todo el procedimiento.

Sin embargo, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando el acuerdo se refiera a un ámbito en el que se requiera la unanimidad para la adopción de un acto de la Unión y cuando se trate de acuerdos de asociación y de los acuerdos previstos [...] con los Estados candidatos a la adhesión. [...]

10. Se informará cumplida e inmediatamente al Parlamento Europeo en todas las fases del procedimiento. [...].”

Este déficit democrático, no obstante, no se limita a la participación activa del Parlamento Europeo en la negociación de los acuerdos firmados por la Unión o los actores del ELSJ. Éste se percibe igualmente en otros aspectos de la vertiente exterior de la política “común” contra el COT que escapan a su control, como la cooperación policial operativa y las actividades contra la inmigración ilegal y los tráficos ilícitos de los EEMM coordinadas por Frontex en aguas territoriales de terceros Estados basadas en acuerdos bilaterales estatales o “acuerdos técnicos” de la agencia, a pesar de las implicaciones que para el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Unión y sus EEMM con la Comunidad Internacional tienen estas operaciones extraterritoriales. Además, este quebranto de los principios de participación parlamentaria es extensible a la escasa participación de las asambleas nacionales de terceros Estados en la implementación del *acervo* contra el COT impuesto por la UE, cuya agenda de reformas legislativas es adoptada por los Ejecutivos conjuntamente con las instituciones comunitarias, incluso si la perspectiva de adhesión es lejana (por ejemplo, Moldavia) o manifiestamente irrealizable a pesar de su “voluntarismo” (Marruecos) ¹³³.

2. La tipificación de determinados delitos relacionados con el crimen organizado en los Balcanes occidentales y Turquía. La perspectiva europea como motor de cambio

Es un asunto harto difícil de aprehender e, incluso, de apreciar hasta qué punto la UE ha ejercido o no una influencia en el legislador local en la cuestión de la tipificación de determinados delitos relacionados con el COT. La pluralidad de actores internacionales y regionales en los Balcanes occidentales ¹³⁴, como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la ONU, es una realidad que ha de matizar cualquier éxito potencial de la UE. No obstante, si bien existen otros actores en la región, la Unión es la única que realiza un seguimiento exhaustivo de las reformas en todos los sectores implicados y de la implementación en Derecho interno de los compromisos adquiridos internacionalmente por los países de la región y de los textos

¹³³ El 1 de octubre de 1987, el Consejo Europeo rechazó formalmente la petición de adhesión de Marruecos, alegando la falta de un requisito esencial, el ser un Estado “europeo”. Posteriormente, este criterio se añadiría en el anterior marco legal originario, *ex Art. O Tratado de Maastricht y Art. 49 TUE* tras la reforma operada en Ámsterdam.

¹³⁴ Para un estudio sobre la influencia de la Convención de Palermo en Croacia, Bosnia-Herzegovina y Serbia, *vid. MALJEVIĆ, A., 'Participation in a criminal organization' and 'conspiracy'. Different legal models against criminal collectives*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011, pp. 190-278.

internacionales de lucha contra el COT, como la Convención de Palermo y sus Protocolos. Este seguimiento incluye igualmente, a diferencia de otros Organismos internacionales, la adopción de medidas en otros sectores en caso de incumplimiento de los compromisos adquiridos con la UE. Estas cuestiones le aportan una plusvalía respecto de otros actores que, de monitorizar la implementación de esos compromisos internacionales, se centran solamente en determinados aspectos del Derecho transnacional, como la tipificación y prevención de la trata de seres humanos o del blanqueo de capitales ¹³⁵, además de carecer de elementos de reacción sancionadora en caso de incumplimiento de los compromisos adquiridos bilateralmente entre Unión y terceros Estados. Por otra parte, la perspectiva de integración es, sin duda, el mayor motor de cambio y de adaptación de la legislación nacional a las exigencias de la UE en materia de prevención y lucha contra el COT, especialmente por medio de la tipificación de determinados delitos siguiendo el Derecho penal adoptado en la Unión, como ya sucediese con las ampliaciones de 2004 y 2007 ¹³⁶. Por ello, a semejanza de anteriores candidatos, los Estados con perspectiva de adhesión se han convertido en los principales “importadores” ¹³⁷ del Derecho de la UE en materia de prevención y represión del COT, dada la influencia que ejerce la condicionalidad del proceso de ampliación en dichos países. En este sentido, es evidente la contradicción entre los

¹³⁵ El Consejo de Europa (CoE) es la única Organización regional europea que realmente realiza una evaluación y seguimiento de las legislaciones estatales en determinadas materias, aunque las medidas destinadas a implementar las oportunas recomendaciones están supervisadas por el ámbito político. Por ejemplo, el Grupo de Expertos sobre la Trata de Seres Humanos (GRETA) realiza informes de seguimiento de las legislaciones e instituciones de los EEMM de la Organización paneuropea. Sin embargo, las medidas de control corresponden al “pilar político”, es decir la Conferencia de las Partes de la Convención del CoE, la cual puede adoptar recomendaciones para implementar las conclusiones del GRETA. Mecanismos similares ha puesto en marcha el CoE en materia de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales (MONEYVAL) y la corrupción (GRECO). Puede consultar la información disponible a través del siguiente enlace: <http://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/home> [última consulta: 31.8.2015].

¹³⁶ “El deseo de la mayoría de los [Países de Europa Central y Oriental] de adherirse a la UE, combinado con el alto volumen e intrusión de las normas ligadas a su membresía, han permitido que la UE tenga una influencia sin precedentes en la reestructuración de las instituciones nacionales y el completo abanico de políticas públicas en estos países”. SCHIMMELFENNIG, F. y SEDELMEIER, U., “Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe”, *Journal of European Public Policy*, 11/4, agosto de 2004, p. 661 (traducción propia).

¹³⁷ DUPRÉ, C., *Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

En concreto, los países candidatos de Europa oriental y central firmaron el Pacto de Preadhesión para luchar contra la Delincuencia Organizada que incorporaba toda una serie de medidas concretas para fomentar la cooperación bilateral judicial y policial y una serie de reformas en materia de lucha contra el COT, que vendrían a sumarse las acciones concretas contenidas en la Política de Ampliación. *Vid. Diario Oficial C 220*, de 15.7.1998, pp. 1-5.

objetivos de las diferentes políticas con dimensión exterior, supuestamente unificados en el marco del Tratado de Lisboa ¹³⁸, pues “los esfuerzos de la UE por promover el desarrollo democrático se contradicen con los incentivos creados por el proceso de adhesión, donde la UE da prioridad a la eficiencia sobre la legitimidad”, especialmente al considerar la implementación del *acervo* comunitario sin pasar por los parlamentos estatales de los países candidatos, dado el más que discutible “sesgo de Ejecutivo” durante todo el proceso ¹³⁹.

Las relaciones bilaterales entre la UE y los países candidatos y futuros candidatos están definidas por los *Acuerdos de Estabilización y Asociación* (AEA), concluidos en virtud del artículo 217 TFUE y monitorizados regularmente por un comité bilateral, el Comité de Estabilización y Asociación ¹⁴⁰. Estos acuerdos regulan, con carácter general, la cooperación en los ámbitos de “Justicia, Libertad y Seguridad”, con especial referencia a la prevención y represión del COT e incluyen, particularmente en aquellos AEA más recientes, disposiciones específicas de aproximación a la legislación comunitaria sobre protección de datos, cuestión de especial importancia para la UE a la hora de establecer relaciones con terceros Estados particularmente en materia

¹³⁸ Artículo 21 TUE

“1. La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. [...].

2. La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de:

a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad;

b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional;

c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores; [...]”. Estos principios se reafirman en el artículo 205 TFUE.

¹³⁹ GRABBE, H., “How does Europeanisation affect CEE governance...”, *loc. cit.* en Nota 18, p. 1024 (traducción propia).

¹⁴⁰ Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Albania, por otra - Protocolos – Declaraciones, *Diario Oficial L 107*, de 28.4.2009, pp. 166-502; Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, *Diario Oficial L 84*, de 20.3.2004, pp. 1-197; y Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Montenegro, *Diario Oficial L 108*, de 29.4.2010, pp. 1-354; Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, *Diario Oficial L 278*, de 18.10.2013, pp. 14-471; Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra, *Diario Oficial L 164*, de 30.6.2015, pp. 2-550.

de cooperación policial. A los AEA se añaden las *Asociaciones Europeas*, diseñadas para preparar la adhesión de los países de los Balcanes occidentales en el marco del Proceso de Estabilización y Asociación ¹⁴¹, y los *Planes de Acción* por país, que detallan y programan (prácticamente, de forma unilateral) el plan de reformas que los Estados candidatos han de emprender para adaptar su Derecho interno a los estándares definidos por el *acervo comunitario* directamente relacionado con la prevención y represión del COT.

Con el fin de financiar las importantes reformas exigidas por las instituciones comunitarias, la UE puso en marcha en 2007 el Instrumento de Ayuda de Preadhesión (IPA), uno de cuyos ámbitos de aplicación ha estado dedicado exclusivamente a financiar el “fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho, incluida la aplicación de sus principios”, así como al refuerzo de la gestión de fronteras y de las capacidades de las autoridades policiales. Este instrumento financiero se ha mantenido para el presente período 2014-2020 en líneas similares, con la inclusión de la lucha contra el COT como uno de sus objetivos específicos ¹⁴². Además, debido a la creciente complejidad de la implementación del acervo, la UE asiste a los países de la ampliación, así como a los Estados de la PEV y a la Federación de Rusia, a través del instrumento de Asistencia Técnica e Intercambio de Información (*Technical Assistance and Information Exchange*, TAIEX). Esta herramienta, gestionada por la Dirección General Ampliación de la Comisión Europea, proporciona a las autoridades locales *expertise* adaptado a las condiciones particulares y necesidades de los países que lo solicitan en un corto espacio de tiempo. En concreto, TAIEX facilita asistencia técnica a corto plazo y asesoramiento en la trasposición del Derecho de la UE por medio de visitas de estudio y seminarios, así como en su posterior administración, implementación y aplicación, siendo el ámbito del ELSJ el sector en el que mayor

¹⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 533/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, sobre el establecimiento de Asociaciones europeas en el marco del Proceso de Estabilización y Asociación, *Diario Oficial L 86*, de 24.3.2004, pp. 1-2.

¹⁴² Art. 2, § 1 del Reglamento 1085/2006 del Consejo, de 17 de julio de 2006, por el que se establece un Instrumento de ayuda Preadhesión (IPA), *Diario Oficial L 210*, de 31.7.2006, pp. 82-93.

El Art. 2, § 1 del Reglamento IPA II incluye, en concreto, la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada entre sus objetivos específicos. PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 231/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP II), *Diario Oficial L 77*, de 15.3.2014, pp. 11-26.

número de actividades se organizaron en 2012-2013 ¹⁴³. En los últimos años, TAIEX ha enfatizado en aquellas acciones destinadas a reforzar las capacidades de las autoridades policiales y judiciales en materia de lucha contra el COT y otros delitos transfronterizos en un proceso dirigido, programado y controlado por los servicios de la Comisión por medio de los informes anuales de situación adoptados en el marco de la Política de Ampliación ¹⁴⁴. De esta forma, a través de TAIEX, los Estados terceros receptores de este tipo de asistencia técnica forman parte de un proceso de “socialización” en los estándares de la UE en materia legislativa y de implementación de la ley contra las actividades criminales de grupos organizados que tiende más a la imposición de normas —o “dominación” en palabras de Sandra Lavenex y Nicole Wichmann— que a la búsqueda de métodos de involucración de dichos países en una suerte de “gobernanza participativa” ¹⁴⁵.

Con carácter específico, la tipificación de determinados delitos relacionados con el COT es uno de los principales puntos en el cumplimiento del *acervo comunitario*, como parte del *Capítulo 24*, denominado “Justicia, Libertad y Seguridad” ¹⁴⁶. En líneas generales, la actuación de la UE en la región ha estado encaminada a la tipificación de determinados delitos concretos relacionados con el COT, además de la participación en organización delictiva, dada la relevancia que tienen estos países en el tránsito de

¹⁴³ Entre 2012 y 2014, el número de actividades del ELSJ fue superior, incluso, a los sectores relacionados con el mercado interior, la agricultura y la Comunidad turco-chipriota: http://ec.europa.eu/enlargement/ta/ex/activities/statistics_en.htm; http://ec.europa.eu/enlargement/ta/ex/publications/reports/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁴⁴ A través de los informes de situación, la Comisión evalúa periódicamente los avances en la implementación de la normativa europea en la materia y el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Unión, que no terminan con la adhesión, sino que siguen siendo objeto de escrutinio por la Comisión una vez ésta se ha consumado, como han evidenciado los casos de Bulgaria y Rumania. Esto ha sido consecuencia de la desconfianza de los “antiguos” EEMM y las propias instituciones europeas, especialmente tras la adhesión de Bulgaria y Rumania en 2007, ante los continuos avisos negativos en informes previos de la Comisión sobre la incapacidad de ambos Estados de asumir las obligaciones derivadas del *acervo* en la materia. De esta forma, el Acta de Adhesión, tanto de los países de 2004 como de 2007, incluía una “cláusula de salvaguarda” en caso de poner en riesgo el resto del *espacio*, pudiendo ser invocado hasta tres años después de la adhesión formal. *Vid.* a este respecto, LAVENEX, S., “Channels of Externalisation of EU Justice and Home Affairs”, CREMONA, M., MONAR, J. y POLI, S. (Eds.), *The external dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, 13, P. I. E. Peter Lang, Bruselas, 2011, pp. 123-126; MITSILEGAS, V., “The External Dimension”, *loc. cit.* en Nota 5, pp. 281-287.

¹⁴⁵ LAVENEX, S. y WICHMANN, N., “The External Governance of EU Internal Security”, *European Integration*, Vol. 31, Núm. 1, enero de 2009, p. 98.

¹⁴⁶ En concreto, su punto número 7. Para obtener un panorama general de cómo funciona el proceso de ampliación y los diferentes informes de seguimiento elaborados por los servicios de la Comisión por país, puede consultarse toda la información a través del siguiente enlace: http://ec.europa.eu/enlargement/index_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

inmigrantes y de víctimas de trata de personas y en diversos tráfico ilícitos —en particular, de armas y drogas—, identificados en repetidas ocasiones como amenazas transnacionales a la seguridad de la UE en los diferentes documentos estratégicos adoptados por las instituciones y actores del ELSJ. Este énfasis en la lucha contra el COT y la corrupción en los Balcanes occidentales como medio para apuntalar las reformas democráticas y el Estado de Derecho en estos países, presente en el discurso oficial desde la Cumbre de Zagreb (2000), forma parte del renovado enfoque de la UE respecto de la ampliación, aprobado por el Consejo en diciembre de 2011, y posteriormente reiterado por la Comisión en su informe de evaluación estratégica de la ampliación:

La lucha contra la delincuencia organizada sigue siendo una prioridad clave y supone un gran problema en la mayoría de los países de la ampliación. [...] El fortalecimiento del Estado de Derecho y la gobernanza democrática es básico para el proceso de ampliación. [...] Así se apuntala y se fomenta la estabilidad de una región en la que todavía no se han borrado las cicatrices del conflicto, y se promueve la creación de un entorno, en Europa sudoriental, que propicie el crecimiento y la captación de inversión, el incremento de la cooperación regional y la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada, entre otros problemas compartidos. [...] ¹⁴⁷

Considerando los países de la región de manera individualizada, la lucha contra el COT es una de las prioridades de la Asociación Europea con Albania ¹⁴⁸. Percibido por la UE y otros organismos internacionales como un “serio problema” en el país ¹⁴⁹ y, en general, el “verdadero problema” de los Balcanes ¹⁵⁰, los esfuerzos de la UE han estado encaminados a implementar la estrategia contra el COT, adoptada en julio de

¹⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Estrategia de ampliación y retos principales 2012-2013*, COM (2012) 600 final, Bruselas, 10.10.2012, pp. 5 y 2. En las siguientes comunicaciones de la Comisión se continúa este discurso casi “paternalista” y general. *Vid.*, por ejemplo, la última comunicación hasta el momento: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de ampliación y retos principales 2014-2015*, COM (2014) 700 final, Bruselas, 8.10.2012.

¹⁴⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2008/210/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2008, sobre los principios, las prioridades y las condiciones que figuran en la Asociación Europea con Albania y por la que se deroga la Decisión 2006/54/CE, *Diario Oficial L 80*, de 19.03.2008, pp. 1-17.

¹⁴⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Albania Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “Enlargement Strategy and Main Challenges 2008-2009”*, SEC (2008) 2692, Bruselas, 5.11.2008, p. 48.

¹⁵⁰ “La cuestión que crea titulares en el Sureste de Europa no es el crimen convencional [...] sino el crimen organizado y, en particular, el papel que los grupos del Sureste europeo han jugado en el crimen organizado de Europa occidental”. ONUDD, *Crime and its impact on the Balkans and affected countries*, marzo de 2008, p. 45 (traducción propia).

2008, y a mejorar la legislación “anti-mafia” albanesa ¹⁵¹. Del mismo modo, la prevención y represión del COT está entre las prioridades a corto plazo de la Asociación Europea con Bosnia-Herzegovina ¹⁵² y Serbia (incluida Kosovo) ¹⁵³. No obstante, los resultados han sido relativamente moderados en Albania, Bosnia-Herzegovina y Kosovo, especialmente, como veremos en el siguiente epígrafe, en el ámbito policial y de cooperación judicial ¹⁵⁴. En el caso de Serbia, la Comisión ha reconocido en repetidas ocasiones que “el marco legal para luchar contra el crimen organizado, por regla general, existe”, al igual que en materia de lucha contra el blanqueo de capitales ¹⁵⁵, cuestión que, junto con el cumplimiento de otros requisitos, le valiera en su día el reconocimiento como país candidato ¹⁵⁶. Así, la participación en un grupo organizado o

¹⁵¹ ASAMBLEA DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE ALBANIA, *Código Penal de la República de Albania*, Ley Núm. 7895, de 27 de enero de 1995, cuyo artículo 333 tipifica penalmente la formación de un grupo criminal organizado o su participación en el mismo y establece una pena de cinco a quince años de prisión. Asimismo, la comisión de un delito por un grupo organizado constituye una agravante, según el artículo 334, además de otras disposiciones sobre delitos particulares, como la explotación de la prostitución ajena (Art. 114/a).

Igualmente, resulta de aplicación la Ley Núm. 9284, de 30 de septiembre de 2004, sobre la prevención y lucha contra el crimen organizado, especialmente a través del decomiso de los productos del delito. Para un análisis detallado, con estudio de caso, *vid.* CONSEJO DE EUROPA-UNIÓN EUROPEA, *Project against Corruption in Albania Technical Paper “Albanian Judicial Practice in the Interpretation and Implementation of Seizure of Crime Proceeds under the Anti-Mafia Law”*, CMU-PACA-06/2011.

La mayor parte de legislación penal que utilizamos para este análisis está disponible en los siguientes enlaces web de bases de datos: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, y http://wcjp.unicri.it/db_legislation/ [última consulta: 31.8.2015].

¹⁵² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2008/211/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2008, sobre los principios, las prioridades y las condiciones de la Asociación Europea con Bosnia y Herzegovina y por la que se deroga la Decisión 2006/55/CE, *Diario Oficial L 80*, de 19.3.2008, pp. 18–31.

Para un estudio del caso de la implementación de la Convención de Palermo en Bosnia-Herzegovina, *vid.* MALJEVIĆ, A., *‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’...*, *op. cit.* en Nota 134.

¹⁵³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2008/213/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2008, sobre los principios, las prioridades y las condiciones que figuran en la Asociación Europea con Serbia, incluido Kosovo tal como se define en la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1244 (RCSNU 1244), de 10 de junio de 1999, y por la que se deroga la Decisión 2006/56/CE, *Diario Oficial L 80*, de 19.3.2008, pp. 46-70.

¹⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Estrategia de ampliación y principales retos 2011-2012”*, COM (2011) 666 final, Bruselas, 12.10.2011.

¹⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Paper Analytical Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “Commission’s Opinion on Serbia’s application for membership of the European Union”*, SEC (2011) 1208, Bruselas, 12.10.2011, pp. 108-109.

Para un estudio del caso de la implementación de la Convención de Palermo en Serbia, *vid.* MALJEVIĆ, A., *‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’...*, *op. cit.* en Nota 134. Adicionalmente, ISTVÁN, F., “The Evolution of the Serbian Criminal Legislation: From the Beginning of the Transition until the New Criminal Code”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, 2008, pp. 283-298.

¹⁵⁶ “El marco legal e institucional del Estado de Derecho es completo, también en los ámbitos de la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada, en los que se han logrado los primeros

“alianza criminal”, su formación o dirección están tipificados como delitos en la legislación serbia (Art. 346 Código penal), además de constituir una circunstancia agravante en la comisión de determinados delitos, como el tráfico de migrantes ilegales (Art. 350), la trata de seres humanos (Art. 388) o la coacción y la extorsión (Arts. 135 y 214). No obstante, los servicios de la Comisión volvieron a criticar la falta de cooperación y la efectiva implementación de las medidas contra el COT y la corrupción en el último informe de seguimiento, adoptado en 2014, haciendo especial referencia a la falta de imposición de condenas, las carencias de las autoridades policiales para investigar y producir inteligencia comparable a los estándares europeos y a la necesidad de mejorar la investigación y represión de los delitos económicos ¹⁵⁷ —a pesar de tener el marco legal más represivo en Europa ¹⁵⁸—, por lo que la lucha contra el COT y el refuerzo de la cooperación regional serán temas clave especialmente en el proceso de adhesión de Serbia, más si cabe que en el resto de Estados balcánicos, dada la relevancia de este país en la región y su papel en la lucha contra el COT en los Balcanes occidentales.

Asimismo, las Asociaciones Europeas de Montenegro y de la ARYM, países candidatos a la adhesión, incluyen entre sus prioridades a corto plazo reforzar los esfuerzos nacionales en la prevención y represión del COT e insisten en la cooperación con otras autoridades internacionales y regionales para luchar contra determinados delitos, especialmente la trata de seres humanos y los tráfico ilícitos ¹⁵⁹. En el caso de Montenegro, la Unión hace especial hincapié entre las prioridades de reforma en la

resultados. [...] Serbia estaría en condiciones de asumir las obligaciones inherentes a la adhesión a medio plazo en la mayoría de los ámbitos del acervo, siempre que prosiga el proceso de aproximación al acervo y se hagan esfuerzos considerables y sostenidos para asegurar la aplicación y el cumplimiento de la legislación. Merecen particular atención los ámbitos de [...] poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad [...]. La Comisión recomienda al Consejo que otorgue a Serbia el estatuto de país candidato teniendo en cuenta los progresos logrados hasta ahora [...]”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Estrategia de ampliación y principales retos 2011-2012*, COM (2011) 666 final, Bruselas, 12.10.2011, Anexo 1.

¹⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Serbia. 2014 Progress Report*, disponible en: http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁵⁸ ISTVÁN, F., “The Evolution of the Serbian Criminal Legislation...”, *loc. cit.* en Nota 155, p. 298.

¹⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2007/49/CE del Consejo, de 22 de enero de 2007, sobre los principios, las prioridades y las condiciones que figuran en la Asociación Europea con Montenegro, *Diario Oficial L 20*, de 27.1.2007, pp. 16-31; Decisión 2008/212/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2008, sobre los principios, las prioridades y las condiciones que figuran en la Asociación para la adhesión con la Antigua República Yugoslava de Macedonia y por la que se deroga la Decisión 2006/57/CE, *Diario Oficial L 80*, de 19.3.2008, pp. 32-45.

creación de mecanismos de cooperación interdepartamental e inter-agencias, la “modernización” del uso de los medios de investigación especiales y en “adaptar la legislación nacional y la práctica a las normas y acuerdos internacionales pertinentes”, además de llamar la atención sobre la necesidad de adoptar “legislación y mejorar la capacidad de embargo de los bienes y productos del delito”; mientras que respecto de la ARYM, la AE con este país solicita mayores esfuerzos en la “aplicación del plan de acción nacional para combatir la trata de seres humanos y a reforzar las capacidades de investigación en el campo de la delincuencia informática”, además de adaptar su normativa en materia de asilo y extranjería al *acervo* existente. Es decir, la UE se afana en que los Estados balcánicos y candidatos adapten sus respectivos ordenamientos internos a la normativa europea, en particular respecto de las medidas de investigación y prevención de las actividades delictivas de los grupos organizados a través de la ampliación de la legislación contra el blanqueo de capitales y el decomiso, así como principalmente con la tipificación de determinados delitos relacionados por la doctrina y los expertos al COT. Así, por ejemplo, el Código penal montenegrino tipifica la organización de una “asociación criminal” (Art. 401), pero no la membresía ¹⁶⁰, y establece sanciones mayores en caso de otros delitos sean cometidos por un “grupo”. Por su parte, el Código penal macedonio sí tipifica ambas conductas (Art. 418-c), si bien la sanción impuesta es relativamente baja atendiendo a los estándares europeos (mínimo de un año de privación de libertad) y solamente en relación con los delitos de tráfico de migrantes ilegales, trata de seres humanos y de jóvenes. A pesar de ciertas lagunas o insuficiencias en determinados aspectos de la tipificación penal de determinados elementos o delitos ligados al COT, la adopción de una legislación comparable a los estándares de la UE ha sido un proceso continuo en el que los Estados candidatos han ido incorporando progresivamente a sus respectivos ordenamientos la normativa transnacional vigente en el Derecho penal europeo y la propia Convención de Palermo, como han recogido los diferentes informes anuales de la Política de Ampliación elaborados por los servicios de la Comisión y que han servido de base para la adopción de decisiones respecto de la adhesión por el Consejo ¹⁶¹, a pesar de que la

¹⁶⁰ Según el artículo 404 del Código penal puede ser penalmente responsable una persona que participa de un grupo que ha cometido un crimen o un delito castigado con cinco años o más de privación de libertad, sanción impuesta a los crímenes contra la Humanidad.

¹⁶¹ Pueden consultarse los diferentes informes de situación regional y por país en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/enlargement/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

ampliación en determinados casos sea lejana o se haya dilatado en el tiempo —jugando en contra de la propia credibilidad de la Unión y del avance de las reformas en este terreno—.

Finalmente, Turquía es uno de los países con mayor interés geoestratégico para la Unión en la lucha contra el COT fuera de “sus” fronteras. Por ello, las instituciones comunitarias también ha presionado para que Ankara, primero, adopte disposiciones penales específicas contra el COT ¹⁶² y, segundo, implemente efectivamente su estrategia nacional sobre el crimen organizado (2010-2015), prioridades a corto plazo de la Asociación Europea ¹⁶³. Según los informes publicados periódicamente por diversos Estados y organismos internacionales, Turquía es país de destino y tránsito para mujeres y niños víctimas de trata de seres humanos, principalmente con fines de explotación sexual, especialmente de nacionales de países del Este europeo y de las Repúblicas centroasiáticas, además de jugar un papel clave en el tráfico ilegal de migrantes y otros tráfico ilícitos (esencialmente, heroína proveniente de Afganistán ¹⁶⁴) ¹⁶⁵. Para invertir esta negativa tendencia, la UE ha insistido en la tipificación a nivel interno del tráfico de migrantes ilegales, “con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio material” (Art. 79 Código penal), y de la trata de seres humanos (Art. 80), con resultados dispares ¹⁶⁶, además de la participación en y dirección de organización

¹⁶² El artículo 220 del Código Penal (Ley Núm. 5237, de 26.9.2004) identifica los elementos necesarios para considerar un grupo organizado como tal —por ejemplo, la existencia de un mínimo de tres miembros— y establece los umbrales de penas de prisión para los dirigentes o promotores del grupo, además de para quienes sean miembros de la misma.

¹⁶³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2008/157/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2008, relativa a los principios, prioridades y condiciones contemplados en la Asociación para la adhesión con la República de Turquía y por la que se deroga la Decisión 2006/35/CE, *Diario Oficial L 51*, de 26.02.2008, pp. 4-18.

¹⁶⁴ NATIONAL CRIME AGENCY, *National Strategic Assessment of Serious and Organised Crime 2015*, 23.6.2015, disponible en: <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶⁵ DEPARTMENT OF STATE – UNITED STATES OF AMERICA, *2015 Trafficking in Persons Report*, julio de 2015, disponible en: <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/> [última consulta: 31.8.2015]; NATIONAL CRIME AGENCY, *The United Kingdom Threat Assessment of Organised Crime*, 2009/10, disponible en: http://www.twolittlegirls.org/ufiles/2009-10_UKTA_NPM.pdf [última consulta: 31.8.2015]; UNODD, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, Viena, 2010. Asimismo, los diferentes informes de amenaza de Europol, disponibles en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁶⁶ La tipificación en el ordenamiento turco de algunos de los delitos del *acervo* manifiesta vacíos evidentes en algunos elementos de los delitos, mientras que en otros resulta más avanzada que la propia normativa comunitaria. Por una parte, el artículo 80 (“Comercio de Personas”), en una primera lectura, solamente parece entender la trata de personas en términos laborales o de servidumbre o el traslado de la víctima a otro punto “donde es tratado casi como un esclavo”, obviando la motivación sexual o de otro tipo de este delito no directamente relacionado con la prostitución —además de la

delictiva (Art. 220), para los que el Código Penal turco establece igualmente sanciones similares a las previstas en la legislación europea. Asimismo, son delitos bajo la legislación penal turca la falsificación de moneda y de documentos oficiales (Arts. 197-212 Código penal), el tráfico ilícito de armas o sustancias sicotrópicas (Art. 295) y el decomiso de los productos y beneficios del delito (Arts. 54-55), entre otras tipificaciones de actividades criminales contenidas en el Derecho europeo objeto de desarrollo legislativo en Turquía por imperativo de la ampliación. Sin embargo, la implementación de esta nueva legislación no ha estado exenta de críticas desde la UE y otras instancias internacionales por la falta de esfuerzos en la aplicación de la normativa en materia migratoria y por cuestiones relacionadas con el respeto de los Derechos fundamentales, especialmente en lo relativo a la protección de las víctimas de trata ¹⁶⁷.

Por lo tanto, al igual que en el caso de los demás países candidatos y Estados balcánicos, la adhesión de Turquía está marcada por las reformas en el sector de la seguridad y, en concreto, por el refuerzo de las capacidades de las autoridades policiales, judiciales y aduaneras locales contra el COT a través de la implementación de una normativa externa (Derecho penal de la UE y, por extensión, de la Convención de Palermo) claramente guiada por las instituciones comunitarias, en detrimento de las necesidades reales de los Estados “importadores” de este Derecho penal transnacional. Consecuencia de esta incorporación legislativa en sus respectivos ordenamientos internos, en la que predominan los elementos característicos de una normativa en la que el recurso a los medios procesales y de investigación excepcionales se ha banalizado o

dimensión de género reconocida en la Directiva europea de 2011 (*vid. supra*, Capítulo II)—, por lo que han de tenerse igualmente en cuenta otras disposiciones del Código Penal para que la tipificación de la trata de personas sea más comprehensiva, sin que, no obstante, constituya una tipificación completa de la explotación sexual de los tratantes ni se les imponga sanciones penales. Así, ha de recurrirse adicionalmente a los artículos 227 del Código Penal turco, que tipifica como “delito contra la ética general” (Sección Séptima) la incitación a la prostitución o su facilitación, con especial referencia a la prostitución de menores, y 229, que tipifica penalmente el uso de menores o incapacitados para mendigar. Asimismo, tanto la comisión de este tipo de delitos por un grupo organizado como el uso de la fuerza, intimidación o sirviéndose del desamparo de la víctima o de su grado de parentesco han de ser consideradas circunstancias agravantes, que permitirían elevar el nivel de la pena impuesta. Igualmente de manera accesoria, el artículo 91 tipifica como delito e impone sanciones penales a las personas que cometan tráfico de órganos o tejidos, delito contemplado igualmente en el Art. 80.

Por otra parte, sin embargo, el Código Penal turco va más allá de la legislación comunitaria al prever expresamente la tipificación de la organización, formación y dirección de un grupo criminal, como estipula la Convención de Palermo y obvia la Decisión marco de 2008. En otros casos introduce delitos que no están contemplados a nivel internacional, como la tipificación del uso de la propaganda para ensalzar un grupo delictivo organizado o sus actividades criminales (Art. 220, § 8 Código Penal de Turquía, Ley Núm. 5237, de 26.9.2004), pensado, por regla general, para los grupos terroristas.

¹⁶⁷ DEPARTMENT OF STATE (USA), *Trafficking in Persons Report*, junio de 2009, pp. 286-288.

normalizado (*vid. supra*, Capítulo II), los países candidatos y futuros adherentes a la Unión han ampliado considerablemente los delitos tipificados en la legislación interna y las funciones y competencias de los cuerpos y fuerzas de seguridad sin que por ello se hayan reforzado las competencias de control democrático y judicial de dichos medios, en un enfoque contra el COT promovido por la UE en un claro ejemplo de imposición de normas más que de difusión por “contagio”.

Como avanzamos al principio de este apartado, la concurrencia de diferentes actores en la región, con sus propias agendas de reforma institucional y legal, no siempre coincidentes o coordinadas ¹⁶⁸, dificulta considerablemente el trazar nítidamente el éxito de uno u otro en los avances observados en la implementación en Derecho interno de la normativa internacional y europea (tanto del Consejo de Europa como de la UE). Con todo, es evidente que la actuación de la Unión ha ejercido una influencia notable en la positivación de determinados delitos ligados al COT y en otras reformas relacionadas con el refuerzo de las capacidades de las autoridades locales, gracias notablemente a los incentivos ofrecidos a estos países a medio (liberalización de visados, apertura del mercado interior, asistencia financiera) y largo plazo (ampliación) en otras políticas comunitarias y a su capacidad de monitorizar todo el proceso. Así, “el incentivo de ingresar en la UE ha contribuido a que ésta se convierta en el interlocutor externo de mayor envergadura e influencia en la región” ¹⁶⁹, muy beneficioso para poder

¹⁶⁸ Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas Europeo “llega a la conclusión de que los análisis de las necesidades [de los países de los Balcanes occidentales] no siempre eran adecuados y observa una falta de coordinación entre los donantes”. TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *La eficacia de los proyectos de la Comisión en el ámbito de Justicia y Asuntos de Interior de los Balcanes occidentales*, Informe Especial Núm. 12, Luxemburgo, 2009, p. 33.

En el caso particular de la ARYM, se observa que “las recomendaciones formuladas por los representantes de la Unión y de la comunidad internacional a las autoridades macedonias están cargadas de contradicciones: la búsqueda de estabilidad política y las exigencias macroeconómicas no casan necesariamente. Estas contradicciones revelan una falta de coordinación entre los actores implicados en la formulación de las políticas europeas en Macedonia”. RAGARU, N., « Macédoine : le bilan en Demitenteinte de la politique européenne », *Crtique internationale*, Vol. 3, Núm. 24, Presses de Science Po, París, julio de 2004, p. 13.

Esta rivalidad o concurrencia entre deferentes Organismos regionales y actores en la región se percibe igualmente en el terreno de la gestión de crisis, donde la UE ha ido ganando relevancia a costa de Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y con una agenda de reformas postconflicto propias, en las que el refuerzo de las capacidades de las autoridades policiales, judiciales y aduaneras locales es el claro elemento predominante. *Vid.* RUIZ DÍAZ, L. J., “La complejidad de las relaciones UE-OSCE en la reconfiguración de la arquitectura de seguridad europea”, GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Dir.), *La Unión Europea y el Multilateralismo Eficaz, ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp.129-161.

¹⁶⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *La eficacia de los proyectos...*, *op. cit.* en Nota 168, p. 33.

imponer externamente unas reformas claramente marcadas por la agenda comunitaria en la programación de la vertiente exterior de la política “común” contra el COT. Esta particular “metodología de los palos y zanahorias” seguida en los Balcanes occidentales se ha dejado notar, incluso, en el florecimiento de iniciativas de cooperación regional promovidas e impuestas por la UE como condición indispensable para avanzar en la adhesión ¹⁷⁰. Como veremos en el siguiente epígrafe, el ámbito policial ha sido especialmente fructífero a este respecto, en el que la Unión ha fomentado la adecuación de las capacidades locales a los estándares comunitarios en la lucha contra el COT, enfatizando particularmente la expansión de las nuevas técnicas de investigación y prevención de la delincuencia, la ampliación de la tipificación e investigación de los delitos económicos y, especialmente, del blanqueo de capitales y el fomento de la cooperación entre las autoridades de la región por medio de iniciativas similares a los estándares policiales europeos. Si bien la “perspectiva europea” de los Estados candidatos ha sido el principal aliciente de la adaptación de los ordenamientos nacionales al Derecho de la UE, precisamente, la falta de claridad respecto de los objetivos e incentivos concretos a corto plazo a otras áreas geográficas vecinas ha sido uno de los aspectos negativos de la actividad de la Unión en áreas más alejadas de Europa, incluidas en la PEV, poniendo límites a la capacidad de influencia de la Unión para alentar las reformas legales en estos países.

3. La relevancia de las reformas legales en la Política Europea de Vecindad. Entre asociación e imposición de prioridades

La lucha contra el COT ha sido igualmente una constante en el marco de la PEV. En particular, la Unión ha puesto especial interés en la aproximación de las legislaciones penales nacionales a la normativa y estándares de la UE, si bien su actuación en las distintas regiones englobadas bajo el “paraguas” de la PEV ha sido más sutil y menos imperativa que en el caso de los países candidatos o de los Balcanes occidentales. De hecho, como resume Jörg Monar:

En general, se puede afirmar que la capacitación institucional y las reformas apoyadas y alentadas por la UE reflejan claramente las prioridades en asuntos de Justicia e Interior

¹⁷⁰ La mejora de la cooperación regional en materia de lucha contra el COT es una prioridad y una “obligación internacional” según las Asociaciones Europeas y los AEA concluidos con los países de los Balcanes occidentales, dentro del marco general del Proceso de Estabilización y Asociación.

de la Unión. [Sin embargo, la] “inversión” de la UE [...] tiende a ser mucho más modesta en el caso de los países de la PEV los cuales plantean menos desafíos inmediatos a los objetivos del ELSJ y/o sobre los cuales la UE simplemente ejerce menos influencia.¹⁷¹

Por tanto, las principales limitaciones de la PEV son de carácter estructural, internas a la propia “política”: falta de credibilidad y de influencia, derivadas del vago compromiso mostrado por la Unión, así como de voluntad política o deficiencias institucionales¹⁷². Consecuencia de ello o razón por la cual la PEV ha sido así diseñada, lo cierto es que existe una limitación adicional, ésta de carácter externo y sobre la que las instituciones europeas poco o nada pueden hacer: la apreciable asimetría en el nivel de relaciones bilaterales que estos terceros Estados quieren respecto de la Unión, que marca considerablemente el avance y rumbo de las reformas que ésta les impone en la lucha contra el COT. Contrariamente al caso de los Balcanes occidentales y Turquía, las relaciones que la Unión ha promovido con estos terceros países del entorno europeo dependen, en gran medida, de la voluntad de colaboración y cooperación del país en cuestión. Así, solamente algunos terceros Estados han querido adaptar sus legislaciones y estructuras policiales a los requisitos de la Unión, deseando profundizar sus relaciones

¹⁷¹ MONAR, J., “The Integration of Police and Judicial Cooperation...”, *loc. cit.* en Nota 10, pp. 66 y 68 (traducción propia). En este sentido igualmente, TRAUNER, F. y CARRAPIÇO, H., “The external dimension of EU Justice and Home Affairs after the Lisbon Treaty...”, *loc. cit.* en Nota 102.

¹⁷² A los autores citados en la Nota anterior se suman a estas críticas, AKGÜL AÇIKMEŞE, S., “Management of Security in EU’s Neighbourhood: Union’s Tactics Revisited”, *Perceptions*, Center for Strategic Research, Vol. X, otoño de 2005, pp. 1-25; KARTSONAKI, A. y WOLFF, S., “The EU’s Responses to Conflicts in its Wider Neighbourhood: Human or European Security?”, *Global Society*, Vol. 29, Núm. 2, 2015, pp. 199-226; VAN HOOFF, L., “Why de EU Is Failing in Its Neighbourhood: The Case of Armenia”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 17, Núm. 2, 2012, pp. 285-302; WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy in Context”, WHITMAN, R. G. y WOLFF, S. (eds.), *The European Neighbourhood Policy in Perspective. Context, Implementation and Impact*, Palgrave MacMillan, Hampshire (Reino Unido), 2010, pp. 8-15.

En esta línea, para el conjunto de la acción exterior de la UE en materia JAI, MONAR, J., “The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 9, Núm. 3, 2004, pp. 395-415; WOLFF, S., WICHMANN, N. y MOUNIER, G. (Eds.), *The External Dimension of Justice and Home Affairs. A Different Security Agenda for the European Union?*, Routledge, 2010.

Respecto de las dificultades y desafíos de la política de la UE hacia el Mediterráneo, especialmente tras la instauración de la PEV, *vid.* LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “La política exterior de la Unión Europea y el Mediterráneo”, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. (Coord.), *La Conferencia de Algeciras y las relaciones internacionales*, Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, Editorial Almuzara, 2007, pp. 223-242. En concreto, respecto de los asuntos JAI, ECHEVERRÍA, C., “La cooperación en asuntos de Justicia e Interior y el Proceso de Barcelona: un balance”, *Revista UNISCI Discussion Papers*, Núm. 9, octubre de 2005, pp. 83-92; SCHUMACHER, T., “Uncertainty at the EU’s borders: narratives of EU external relations in the revised European Neighbourhood Policy towards the southern borderlands”, *European Security*, Vol. 24, Núm. 3, 2015, pp. 381-401.

con ésta en la lucha contra el COT como compensación a avances en otras materias no necesariamente relacionadas con el orden y la seguridad públicos, principalmente en los ámbitos comercial y de liberalización de visados. Por todo ello, la PEV “se ha convertido en [...] un cascarón de dos diferentes políticas de vecindad – una para los países de Europa del Este (con exclusión de Rusia) y otra para los países del sur y este del Mediterráneo, reconociendo así las diferencias significativas entre estos dos conjuntos de vecinos”¹⁷³. En materia de seguridad y lucha contra el COT, esta diversificación se ha plasmado en diferentes prioridades de acción según la zona; en esencia, “combatir” la inmigración ilegal y las redes de tráfico de inmigrantes ilegales en la ribera Sur del Mediterráneo y luchar contra el tráfico de drogas y los delitos transfronterizos en el Este de Europa, así como, siempre en un segundo plano, la lucha contra la corrupción y el refuerzo de las instituciones del Estado de Derecho en ambas regiones¹⁷⁴.

A) Los principios cardinales de la PEV: flexibilidad, condicionalidad y asociación

Resultado de esta dispersión de intereses respecto de los países del vecindario y de la propia incapacidad de la UE para influir de manera homogénea en la evolución de las reformas internas en estos países sin perspectiva de adhesión, la PEV ha adoptado el principio de flexibilidad como punto de partida en sus relaciones con los países vecinos. Esta necesaria flexibilidad, reconocida igualmente como principio básico en la *Estrategia de dimensión exterior del ELSJ*¹⁷⁵, se deja apreciar en los diferentes instrumentos de cooperación bilateral en los ámbitos político, económico, comercial y de seguridad que la Unión y terceros Estados han puesto en marcha. Así, por ejemplo, la UE ha firmado con Armenia y Moldavia sendos Acuerdos de Asociación y Cooperación

¹⁷³ WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy...”, *loc. cit.* en Nota 172, p. 9 (traducción propia). En el mismo sentido, IOANNIDES, I., “The EU Internal-External Security Link...”, *loc. cit.* en Nota 14, p. 27. Esta diferenciación ha quedado patente con la instauración de la Sinergia del mar Negro y la Unión para el Mediterráneo, en 2008, y de la Asociación Oriental, en 2009, iniciativas de cooperación multilateral que vendrán a sumarse a la bilateralidad de la PEV.

¹⁷⁴ Así lo señala igualmente Isabelle Ioannides, quien insiste, no obstante, en que la lucha contra la corrupción y el refuerzo de las instituciones y de la imparcialidad del Poder Judicial es una prioridad solamente en los países de la PEV y los Balcanes occidentales. IOANNIDES, I., “The EU Internal-External Security Link...”, *loc. cit.* en Nota 14, p. 27.

¹⁷⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia para la dimensión exterior...*, *op. cit.* en Nota 26, p. 5.

y con Marruecos o Túnez Acuerdos de Asociación, mientras que la cooperación con Bielorrusia y Libia ha tenido un marcado carácter puntual y fluctuante, derivado de los regímenes autoritarios que han gobernado estos países durante décadas. Este principio de flexibilidad requiere de un enfoque diferenciado, según el grado de compromiso adquirido por las partes en la lucha contra las amenazas y desafíos a la seguridad comunes, entre las cuales destaca en la agenda bilateral el COT; una flexibilidad reflejada no solamente en los acuerdos con terceros Estados, sino también en las prioridades y objetivos estratégicos establecidos en los Planes de Acción por país y en las “compensaciones” ofertadas (o prometidas) por la UE en otros ámbitos.

La PEV también está basada en el principio de condicionalidad, íntimamente ligado al proceso de ampliación y, necesariamente, derivado del enfoque diferenciado de la Unión en su relación con los países vecinos. Esta condicionalidad, junto al principio de flexibilidad de la PEV, se resume en el eslogan *más por más* propugnado por la Comisión tras los acontecimientos de la llamada “Primavera árabe” en 2011; es decir, “[cuanto] mayores y más rápidos sean los progresos de un país en sus reformas internas, tanto más apoyo recibirá de la UE”, reiterando que este mayor apoyo se plasmará de diversas formas, en particular con una “mayor financiación para el desarrollo económico y social, programas más amplios de desarrollo institucional global, un mayor acceso al mercado, el aumento de la financiación del [Banco Europeo de Inversiones] en apoyo de las inversiones y una mayor facilitación de la movilidad”¹⁷⁶. Para reforzar este principio cardinal de la PEV, la UE disponía bajo el marco anterior de una *cláusula de suspensión* por el cual ligaba la asistencia financiera disponible y otros instrumentos con fines similares a los perseguidos por ésta en materia de seguridad y lucha contra el COT¹⁷⁷ al respeto de los principios básicos de buena vecindad, del Estado de Derecho o de los Derechos fundamentales¹⁷⁸. De este modo, la asistencia financiera se convertía en un instrumento tremendamente útil para la UE y un

¹⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA – ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una nueva respuesta a una vecindad cambiante*, COM (2011) 303 final, Bruselas, 25.5.2011, p. 3.

¹⁷⁷ Puede verse una relación de los diferentes instrumentos, subvenciones y ayudas técnica y financiera en: http://eeas.europa.eu/enp/how-is-it-financed/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁷⁸ Artículo 28 del Reglamento 1638/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas a la creación de un Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación, *Diario Oficial L 310*, de 9.11.2006, pp. 1-14.

elemento disuasorio o potencial —más que real ¹⁷⁹— bastante importante para conseguir sus objetivos en materia de lucha contra el COT en el exterior y que terceros países adaptasen su legislación a los estándares de la Unión, si bien con una cadencia temporal mucho más pausada que en el caso de los Estados balcánicos y Turquía. Con la actual normativa para el período 2014-2020 ¹⁸⁰, la UE ha perdido este (al menos, en teoría) poderoso instrumento de presión que resta credibilidad a la implementación efectiva de la condicionalidad de la PEV, añadiendo ineficacia a la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT.

Por último, otro eje cardinal en el enfoque de la UE respecto de los países del vecindario es el de principio asociación, recogido igualmente en la *Estrategia de dimensión exterior del ELSJ*, “para abordar problemas comunes y alcanzar objetivos

¹⁷⁹ La Unión no ha suspendido este tipo de ayuda financiera en ningún caso, si bien se hubieran dado las condiciones para ello en algunos relativamente recientes, y particularmente hubiera sido casi impensable que la interrumpiera con socios clave cubiertos por este instrumento, como Ucrania o Marruecos, o fuera del marco de la PEV por expreso deseo de las partes, como el caso de la Federación de Rusia, a pesar de que haya hecho méritos en los últimos años. Así, la UE no suspendió la ayuda financiera a la Federación de Rusia ni siquiera tras el conflicto en Osetia del Sur, en agosto de 2008, o, más recientemente, su papel en la proclamación de la independencia de Crimea en marzo de 2014 y su posterior anexión a la Federación. *Vid.*, PETROV, R. y KALINICHENKO, P., “The Europeanization of third country judiciaries through the application of the EU *acquis*: the cases of Russia and Ukraine”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, abril de 2011, p. 333.

La UE tampoco inició este tipo de sanciones con otros socios de la PEV, como el Líbano, incluso después de que fuera solicitado por el activista pro Derechos Humanos Muhamad Mugraby, alegando la violación de la “cláusula de derechos humanos” (Art. 2 del AA UE-Líbano). *Vid.* Recurso de casación interpuesto el 22 de noviembre de 2011 por Muhamad Mugraby contra el auto del Tribunal General (Sala Tercera) dictado el 6 de septiembre de 2011 en el asunto T-292/09, Muhamad Mugraby/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea (Asunto C-581/11 P), *Diario Oficial C 25*, de 28.1.2012, pp. 37-38.

En el caso de la crisis en Ucrania, la Unión se mostró especialmente inactiva, sobre todo el Consejo. Pocas y tímidas fueron las declaraciones de condena, principalmente por parte de la Comisión y, en particular, del Parlamento Europeo, que abogó por tomar medidas selectivas contra personalidades del régimen, prohibiciones de viaje y congelación de bienes [P7_TA(2014)0229, Resolución adoptada el 12.3.2014]. Solamente unos meses más tarde, a pesar de la situación de inestabilidad en el este del país, la Unión y Ucrania adoptaron un Acuerdo de Asociación en el que ambas partes optaron por un enfoque pragmático en sus relaciones bilaterales y en el que la lucha contra el COT encuentra un sitio particular [*Diario Oficial L 161*, de 29.5.2014, pp. 3-2137].

Para un análisis crítico con el papel que juega la condicionalidad en la PEV, especialmente en relación a los países del Sur del Mediterráneo, *vid.* BALFOUR, R., “EU Conditionality after the Arab Spring”, *EuroMeSCo Papers*, Núm. 16, European Institute of the Mediterranean, junio de 2012, disponible en: <http://www.euromesco.net/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 232/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento Europeo de Vecindad, *Diario Oficial L 77*, de 15.3.2014, pp. 27-43.

En una Declaración aneja sobre la suspensión de la ayuda, el Parlamento Europeo critica la ausencia de referencia a la posibilidad de supeditar la transferencia de fondos al respeto de determinados principios cardinales para la construcción europea, pero simplemente para proteger sus prerrogativas como colegislador presupuestario.

políticos compartidos”¹⁸¹. Sin embargo, el aspecto *asociación* de los acuerdos rubricados por las partes, es decir, la “apropiación conjunta” de la lucha contra el COT, resulta ciertamente criticable si echamos un vistazo a los principales instrumentos utilizados en la promoción de las reformas: los Planes de Acción por país o las Agendas de Asociación para los Estados de Europa oriental¹⁸². En ellos, con carácter general, la Unión insta a los países vecinos a la ratificación de la Convención de Palermo y de sus Protocolos, así como a la implementación de otros compromisos internacionales, como las recomendaciones o los planes de acción del Consejo de Europa o la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). A pesar de ser supuestamente instrumentos bilaterales, la UE ha insistido en la promoción de su propia agenda de seguridad interior y, en consecuencia, todos estos Planes de Acción están sesgados por los propios intereses de seguridad de la Unión¹⁸³. Además, todo avance o evolución de la legislación estatal hacia la concordancia con los estándares de la UE es monitorizado, como en el caso de los países candidatos, a través de la publicación de informes por país, sin que, por ello, la Unión necesariamente ofrezca mayores y mejores beneficios a la otra parte. Este hecho, junto a la ausencia de interés político por parte de algunos EEMM y la indefinición de la finalidad de la PEV a largo plazo, debilita sus posibilidades de éxito¹⁸⁴ y, en concreto, de las posibilidades de consecución de los objetivos de la política “común” de lucha contra el COT en su dimensión exterior.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y ante la posibilidad de haber fracasado en la consecución de los dos objetivos declarados de la PEV —es decir, extender estabilidad, seguridad y prosperidad en el vecindario y prevenir sentimientos de exclusión entre estos países tras las ampliaciones al Este de Europa¹⁸⁵—, la

¹⁸¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia para la dimensión exterior...*, *op. cit.* en Nota 27, p. 5.

¹⁸² Pueden consultarse todos estos documentos en: http://eeas.europa.eu/enp/documents/action-plans/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸³ WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy...”, *loc. cit.* en Nota 172, p. 15. En línea con estas conclusiones, ALBI, A., “The EU’s ‘External Governance’ and Legislative Approximation by Neighbours: Challenges for the Classic Constitutional Templates”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 14, Núm. 2, 2009, pp. 209-230.

¹⁸⁴ WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy...”, *loc. cit.* en Nota 172, p.15.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 13. Este relativo fracaso ha sido tímidamente reconocido por el propio Consejo de la UE en el cuarto informe de implementación de la Estrategia sobre la dimensión exterior del ELSJ, de 4 de julio de 2011, en el que afirma que “es necesario realizar esfuerzos encaminados a mejorar la eficiencia y la relevancia” de los proyectos y acciones relacionados con el ELSJ [11678/11]. La Comisión, en cambio, sí se ha mostrado algo más crítica, al reconocer que “la PEV apenas si ha contribuido a la resolución de

Comisión propuso la revisión en profundidad de esta “política” y de sus instrumentos de financiación en el verano de 2010, en consulta con los terceros Estados y partes interesadas. En pleno examen, los eventos de la “Primavera Árabe” acentuaron la urgencia de replantear la PEV para adaptarla a la nueva realidad sociopolítica de su entorno, lo que condujo a la adopción, en mayo de 2011, de un renovado enfoque para la PEV destinado a apoyar los procesos de reforma internos, si bien basado en sus “viejos” principios de diferenciación, asociación (ahora, “responsabilidad recíproca”) y condicionalidad (“dar más para recibir más”) ¹⁸⁶. En concreto, la nueva generación de Planes de Acción de la PEV prevista por la Comisión, focalizados en un reducido número de prioridades e índices de referencia más precisos, habría de proporcionar “un marco político actualizado, que debería garantizar que la UE y los Estados miembros puedan coordinar mejor la asistencia técnica y financiera” ¹⁸⁷. El refuerzo de las instituciones democráticas y del sector de la seguridad, especialmente en la lucha contra el COT y otros delitos transfronterizos, sigue siendo, empero, un interés compartido en estos nuevos Planes de Acción, a pesar de este pretendido cambio de enfoque de la PEV, por lo que se ha ido plasmando en las relaciones bilaterales de la Unión con estos terceros Estados. Tan sólo cuatro años más tarde, la Comisión abrió una consulta pública para renovar la PEV ante los acontecimientos en el “vecindario europeo” que han impedido ponerla en marcha en ciertas regiones y países, como reconociera en el último informe de aplicación de esta “política”, de 2015 ¹⁸⁸, abriendo así una nueva

los conflictos en la región, ya sean abiertos o enquistados” [COM (2006) 726 final, Bruselas, 4.12.2006, p. 4].

¹⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE DE LA UE, *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una nueva respuesta a una vecindad cambiante*, COM (2011) 303 final, Bruselas, 25.5.2011; y *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Diseño de una nueva Política Europea de Vecindad*, JOIN (2012) 14 final, Bruselas, 15.5.2012.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 20.

¹⁸⁸ “En 2014, sin embargo, los problemas de seguridad en la Vecindad crecieron de forma exponencial. Las amenazas procedentes de grupos terroristas como Da'esh, los conflictos prolongados, la delincuencia organizada y las crisis provocadas por el nuevo trazado de fronteras por la fuerza han ensombrecido las perspectivas de la Vecindad europea. El nivel de inestabilidad de algunos países socios ha contribuido a la existencia de flujos migratorios irregulares y amenazas a la seguridad con repercusión directa en la UE”. COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Aplicación de la Política Europea de Vecindad en 2014*, JOIN (2015) 9 final, Bruselas, 25.3.2015, p. 7.

Adicionalmente, COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Documento conjunto de consulta. Hacia una nueva Política Europea de Vecindad*, JOIN (2015) 6 final, Bruselas, 4.3.2015.

etapa de reflexión destinada a reenfocar un instrumento que ha mostrado ser, a todas luces, ineficaz en la consecución de sus objetivos de seguridad.

B) Europa del Este

Dejando a un lado los casos de Bielorrusia, regido por una política de “compromiso crítico” debido a su régimen autoritario ¹⁸⁹, y la “asociación estratégica genuina” que se pretende establecer con la Federación de Rusia en torno a un *Espacio Común de Libertad, Seguridad y Justicia* ¹⁹⁰, la Unión mantiene relaciones complejas con buena parte de los países terceros englobados en la Asociación Oriental ¹⁹¹, notablemente marcadas por la nueva política exterior rusa, claramente intervencionista desde la llegada al poder de Putin ¹⁹².

Pueden encontrarse los documentos de la consulta, cerrada el 30.6.2015, en el siguiente enlace: http://eeas.europa.eu/top_stories/2015/300615_enp-consultation_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁸⁹ Actualmente, las relaciones bilaterales están regidas por las *Conclusiones sobre Bielorrusia* del Consejo de la Unión Europea, adoptadas en Luxemburgo el 15.10.2012, que incluían la negociación de sendos Acuerdos de Readmisión y Liberalización de Visados y una Asociación para la Movilidad. Pueden consultarse los diferentes documentos en: http://eeas.europa.eu/belarus/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

Para un análisis del panorama general de las relaciones bilaterales UE-Bielorrusia y de la posibilidad de replantear su posición ante el régimen de Aleksandr Lukashenko, anunciada por el Consejo de la UE en septiembre de 2008, *vid.* FISCHER, S. (Ed.), “Back from the cold? The EU and Belarus in 2009”, *Chaillot Papers*, Núm. 119, EU Institute for Security Studies, Paris, noviembre de 2009. Adicionalmente, DITRYCH, O., “Good cop or bad cop? Sanctioning Belarus”, *EU Institute for Security Studies Brief*, Núm. 14, de 4.3.2013; POPESCU, N., “Eurasian Union: the real, the imaginary and the likely”, *Chaillot Papers*, Núm. 132, EU Institute for Security Studies, Paris, septiembre de 2014, disponibles ambos en: <http://www.iss.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Action oriented paper on implementing with Russia the Common Space of Freedom, Security and Justice*, 15534/1/06 Rev. 1, Bruselas, 28.11.2006, p. 3. Tras su adopción, se han monitorizado anualmente los progresos en este sentido por medio de la publicación de informes de seguimiento, el último adoptado en 2013.

Por otra parte, desde 2007, se ha estado negociando un nuevo Acuerdo de Asociación y Cooperación que reemplace al actual, de 1994, con un ámbito de cooperación mucho más amplio. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Comunicado de prensa – Principales Resultados del Consejo (Asuntos Generales)*, Sesión Núm. 2869 del Consejo Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, 9866/08, de 26.5.2008.

Puede encontrarse toda la información sobre la cooperación bilateral, incluidos los informes de seguimiento, en el siguiente enlace: http://eeas.europa.eu/delegations/russia/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹¹ Los países terceros son Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania. En un comunicado conjunto, ambas partes evaluaron los (escasos) logros alcanzados por la Asociación Oriental y adoptaron la agenda para los años 2014-2015. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Joint Declaration of the Eastern Partnership Summit. Eastern Partnership: the way ahead*, 17130/13, Vilna, 29.11.2013.

Puede consultarse toda la información sobre la Asociación Oriental en el siguiente enlace: http://eeas.europa.eu/eastern/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹² Por ejemplo, en el caso de Ucrania y la crisis en Crimea, *vid.* este artículo de Jesús A. Núñez Villaverde en *El País* sobre la política intervencionista rusa, de 3.8.2014, “La Rusia (militarista) que

Especialmente, las relaciones bilaterales con Ucrania están regidas por un régimen particular respecto del resto de países vecinos, fruto de la importancia geoestratégica y de la reciente evolución política del país, agravada por la crisis de Crimea de marzo de 2014. Como en el resto de los casos, el *Acuerdo de Colaboración y Cooperación UE-Ucrania*, de 1994, identifica el marco general de relaciones bilaterales, mientras que la *Agenda para la Asociación* detalla las prioridades concretas en cuestión de prevención y represión del COT en el país, entre las cuales destacan la lucha contra la trata de seres humanos y los tráfico ilícitos de armas y drogas ¹⁹³. En cuanto a la normativa estatal, Ucrania ha ido incorporando progresivamente los principales instrumentos internacionales y regionales a su ordenamiento interno, tal y como pedía la UE en la *Agenda para la Asociación* en su versión de 2011 e insiste en la actual, de marzo de 2015 ¹⁹⁴. Así, en nuestros días, el Código penal ucraniano establece la responsabilidad penal de los organizadores y miembros de un grupo organizado u “organización criminal” (Art. 30) y tipifica la creación, dirección y participación en “organización criminal” o la participación en la comisión de delitos en su seno, sancionando con penas privativas de libertad que van de los cinco a los doce años,

vuelve”: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/08/actualidad/1394293935_594864.html [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹³ Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, hecho en Luxemburgo el 14.6.1994, *Diario Oficial L 49*, de 19.2.1998, pp. 3-39.

En marzo 2007 se iniciaron las negociaciones para la firma de un Acuerdo de Asociación, finalizadas en diciembre de 2011. El nuevo Acuerdo fue finalmente firmado el 27 de junio de 2014 [*Diario Oficial L 161*, de 29.5.2014, pp. 3-2137] e incorpora entre los principios generales que guían las relaciones bilaterales la lucha contra el COT. Su ratificación está en suspenso, según la evolución de las circunstancias políticas internas. En 2001, la UE también adoptó un *Plan de Acción en materia ELSJ UE-Ucrania*, revisado en junio de 2007 y vigente en la actualidad, que insiste en la necesidad de que las autoridades ucranianas ratifiquen e implementen los principales instrumentos internacionales y regionales en materia de lucha contra el COT, así como el Convenio del CoE de 1981 relativo a la protección de datos. Este Plan sigue actualmente en vigor, a pesar de las modificaciones políticas acontecidas en la última década y el nuevo Acuerdo de Asociación.

Puede consultarse toda la información disponible sobre las relaciones políticas, económicas, comerciales y de seguridad en el siguiente enlace: http://eeas.europa.eu/ukraine/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹⁴ Ucrania ratificó la Convención de Palermo y los dos primeros Protocolos el 21 de mayo de 2004. Todavía no ha ratificado el tercer Protocolo. También ha ratificado el Convenio Europeo de Extradición, CETS Núm. 24, 1957, y sus dos primeros Protocolos adicionales; el Convenio Europeo de Asistencia Legal en Materia Penal, CETS 30; el Convenio sobre Blanqueo y Decomiso de los Productos del Delito, CETS 141, de 1990 (en 1998); el Convenio contra el Cibercrimen, CETS 185, de 2001 (en 2006); el Convenio Europeo de Derecho Penal sobre Corrupción, CETS 173, de 1999 (en 2009); el Convenio Europeo de Protección de Datos, CETS 108, de 1981; el Convenio Europeo contra la Trata de Seres Humanos, CETS 197, de 2005 (en 2010); el Convenio Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la financiación del Terrorismo, CETS 198, de 2005 (en 2011); y el Convenio Europeo sobre la falsificación de productos médicos y delitos relacionados que implican riesgos para la salud pública, CETS 211, de 2011 (en 2012).

independientemente del grado de participación (Art. 255). Asimismo, tipifica el tráfico ilícito de narcóticos o precursores (Arts. 305-307), la trata de seres humanos (Art. 149), la falsificación de los medios de pago (Art. 199) y el blanqueo de capitales (Art. 209), entre otros delitos relacionados con el COT considerados igualmente en el Derecho penal europeo ¹⁹⁵. Neutro

Ahora bien, la implementación y aplicación efectivas de esta normativa y, en general, del Derecho penal y procesal, junto al refuerzo de la transparencia e independencia de las autoridades judiciales y policiales, continúan siendo cuestiones esenciales en la lista de prioridades de la Agenda para la Asociación UE-Ucrania, renovada en marzo de 2015 ¹⁹⁶. Al igual que ocurriera con documentos programáticos anteriores, las relaciones bilaterales en materia de lucha contra el COT dependen en gran medida de la política interna ucraniana y de la voluntad de avanzar en las reformas pretendidas por las instituciones comunitarias ¹⁹⁷, por lo que los progresos son lentos en este terreno. Este vaivén de avances y retrocesos ¹⁹⁸, sin embargo, no ha impedido que las partes progresen en la gradual liberalización de visados, teniendo en cuenta la

¹⁹⁵ Los textos legales consultados en el presente Capítulo, salvo aclaración en contrario, se encuentran disponibles en: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹⁶ *EU-Ukraine Association Agenda to prepare and facilitate the implementation of the Association Agreement*, adoptada por el Consejo de Asociación UE-Ucrania el 16.3.2015.

¹⁹⁷ Así, durante la presidencia de Viktor Yushchenko (2005-2010), la UE había ejercido notable influencia en la transposición interna del *acquis*, reflejándose en la adopción de un ambicioso programa de reformas para adaptar voluntariamente la legislación estatal a los estándares de la UE en la lucha contra el COT, incluso si la adhesión no era una cuestión realista. Ejemplo de ello es la adopción de la ley Núm. 1629-IV, de 18.03.2004, relativa al Programa Estatal para Adaptar la legislación ucraniana a la legislación de la Unión Europea. *Vid.*, para un análisis de esta etapa, YEVGENYEVA, A. y KOVRYZHENKO, D., “Why «Europe» Matters. Europeanisation of the Lawmaking Process and Parliamentary Practices: Lessons for Ukraine”, Agency for Legislative Initiatives, Kiev, 2010; PETROV, R. y KALINICHENKO, P., “The Europeanization of third country judiciaries...”, *loc. cit.* en Nota 179.

Por el contrario, el gobierno pro-ruso de Viktor Yanukóvich (2010-2014) rechazó la renovación del Acuerdo de Asociación, lo que provocaría las protestas de la ciudadanía a partir de noviembre de 2013 (*Euromaidán*) y la elección de un nuevo gobierno pro-occidental, el 25 de mayo de 2014, en manos de Petró Poroshenko. *Vid.*, POPESCU, N., “Ukraine: four crises, one country”, *EU Institute for Security Studies Brief*, Núm. 16, EU Institute for Security Studies, Paris, mayo de 2014, disponible en: <http://www.iss.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

¹⁹⁸ Existen considerables diferencias entre los informes de aplicación de la PEV en Ucrania entre 2012 y 2015. Si en el primero los servicios de la Comisión observaban la falta de implementación de la estrategia contra el COT y de la ausencia de normativa estatal contra la trata de seres humanos, el último informe —como los demás adoptados en el marco de la PEV en 2015, bastante timorato y escueto respecto de la evaluación de las reformas— considera que son numerosos los avances realizados recientemente por el gobierno ucraniano en esta materia. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in Ukraine. Progress in 2011 and recommendations for action*, SWD (2012) 124 final, Bruselas, 15.5.2012, en particular pp. 15 y 2; *Implementation of the European Neighbourhood Policy in Ukraine Progress in 2014 and recommendations for actions*, SWD (2015) 74 final, Bruselas, 25.3.2015.

implementación en Ucrania de las medidas oportunas para mejorar el cruce de fronteras y luchar contra la falsificación de documentos (*vid. infra*, epígrafe tercero), si bien la situación política interna del país (secesión de Crimea, Donetsk y Lugansk e inestabilidad gubernamental) puede retrasar su efectiva puesta en marcha a pesar de la voluntad de colaboración del nuevo Ejecutivo ucraniano.

En otros casos, más que la inestabilidad política interna, es la injerencia de otros Estados la que hace mella en las relaciones bilaterales con los países la región y la adopción del *acquis*, en particular en materia de lucha contra el COT. Un claro ejemplo de esto mismo es la relación de la Unión con Moldavia, “Estado laboratorio” para la política exterior europea ¹⁹⁹. Tanto el *Acuerdo de Asociación UE-Moldavia*, de 1998, y sus documentos de programación posteriores como la renovada *Agenda para la Asociación*, de 2014, incluyen entre sus prioridades la lucha contra el COT y el blanqueo de capitales, especialmente por medio de la ratificación e implementación de los principales instrumentos internacionales, como la Convención de Palermo, y el desarrollo de sus disposiciones a nivel interno ²⁰⁰. Tras las reformas, el Código penal moldavo tipifica actualmente la participación en organización criminal y establece las sanciones penales oportunas, si bien el miembro será penalmente responsable solamente de los delitos en los que esté involucrado en la preparación o su comisión (Art. 47), a diferencia del marco comunitario. Asimismo, tipifica la creación o dirección de una “organización criminal” (Art. 284) y la “organización de migración ilegal” (Art. 362), delitos inexistentes para el Derecho penal de la UE pero presentes en la Convención de Palermo; la trata de seres humanos (Art. 165) y el blanqueo de capitales (Art. 243), además de considerar la implicación de una organización criminal como una

¹⁹⁹ PARMENTIER, F., « La Moldavie et la Transnistrie. Géopolitique du voisinage euro-russe », 1 de abril de 2006, disponible en: <http://www.diploweb.com/La-Moldavie-et-la-Transnistrie.html> [última consulta: 31.8.2015]. *Vid.* igualmente, DEMPSEY, J., “Moldova Is Next Battleground for Russia and EU”, *The Moscow Times*, Carnegie Europe, 4.12.2014, artículo de opinión disponible en: <http://carnegieeurope.eu/2014/12/04/moldova-is-next-battleground-for-russia-and-eu/hvyu> [última consulta: 31.8.2015]; DERCACI, A., “La europeización de la República de Moldova: un camino sinuoso e incierto hacia la integración europea”, *UNISCI Discussion Papers*, Núm. 34, enero de 2014.

²⁰⁰ Las relaciones con Moldavia se definen actualmente por el Acuerdo de Asociación y Cooperación, de 1998 [*Diario Oficial L 181*, de 24.6.1998, pp. 3-48], aunque está pendiente de ratificación y entrada en vigor el nuevo Acuerdo de Asociación [*Diario Oficial L 260*, de 30.8.2014, pp. 4-738], rubricado en la Cumbre de la Asociación Oriental celebrada en Vilna en noviembre de 2013. Puede consultarse toda la documentación en: http://eeas.europa.eu/moldova/docs/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

La República de Moldavia ratificó finalmente la Convención de Palermo y el Protocolo contra la Trata de Personas el 16 de septiembre de 2005, cinco años después de firmarlos. El 28 de febrero de 2006 accedió a los Protocolos contra el Tráfico Ilegal de Migrantes y de Armas.

circunstancia agravante, como en el caso de la violación de los derechos de propiedad intelectual o de autor (Art. 185) y el fraude (Art. 190), fruto de una reforma de la legislación penal moldava operada en 2008 ²⁰¹. El 22 de marzo de 2012, el Parlamento moldavo adoptó finalmente la Ley sobre la Prevención y Lucha contra el Crimen Organizado, que incluye, además de indicar las instituciones centrales competentes, las medidas para prevenir y combatir la creación de nuevos grupos organizados y su actividad delictiva, campañas de información y “el control operativo de las personas vulnerables a la captación para actividades de la delincuencia organizada” ²⁰². Asimismo, Moldavia adoptó un nuevo plan de acción contra la trata de seres humanos para el período 2014-2016, en línea con las disposiciones del marco del Consejo de Europa. Ante estos tímidos avances, en consecuencia, la UE ha avanzado en otros ámbitos de interés para el país, como la liberalización de visados ²⁰³, si bien el conflicto en Transnistria, junto a otras cuestiones de relevancia regional e interna, paralizan toda posible negociación de adhesión.

La UE, con vistas a la implementación de los objetivos estratégicos identificados por los diferentes Acuerdos de Asociación y Planes de acción, ha previsto la asistencia técnica de TAIEX también para los Estados de la PEV, incluidos Ucrania y Moldavia. Al igual que sucede en el caso de los países candidatos y balcánicos, el apoyo de TAIEX pretende facilitar la implementación del *acervo* en los respectivos ordenamientos estatales por medio de la organización de seminarios de intercambio de experiencias, de formación de expertos nacionales y ayuda específica en la redacción de las leyes y reglamentos estatales de implementación. Además, los Estados de la PEV

²⁰¹ La reforma fue operada por las leyes Núm. 277-XVI, de 18.12.2008, y 184-XVI, de 29.6.2006.

²⁰² COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por la República de Moldavia del Plan de Acción para la Liberalización de Visados*, COM (2012) 348 final, Bruselas, 22.6.2012, p. 10.

Para un informe actualizado sobre el avance de las reformas: COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in the Republic of Moldova. Progress in 2014 and recommendations for actions*, SWD (2015) 69 final, Bruselas, 25.3.2015.

²⁰³ El 14 de marzo de 2014, el Consejo aprobó que los ciudadanos moldavos en posesión de un pasaporte biométrico pudieran entrar y viajar libremente en el espacio Schengen sin necesidad de visado por un período máximo de 90 días, tras obtener el visto bueno del Parlamento Europeo un mes antes. *Vid. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Visa liberalisation for Moldova*, PRESSE 146, Bruselas, 14.3.2014.

disponen de la asistencia financiera del Instrumento Europeo de Vecindad (IEV) ²⁰⁴ y los proyectos *Twinning*, para financiar las reformas a largo plazo, con el fin de mejorar las capacidades de las autoridades judiciales y policiales locales ²⁰⁵. A estos instrumentos, hemos de añadir la posibilidad de que de estos países participen en los diferentes programas comunitarios abiertos a la participación de terceros Estados, según las disposiciones que los rijan y en condiciones similares a las de los EEMM ²⁰⁶, y el acceso a los créditos del Banco Europeo de Inversiones (BEI) ²⁰⁷, por lo que los países englobados en la PEV disfrutan de ventajas similares a las previstas para los Estados de la Ampliación en términos de financiación de las reformas institucionales y legales exigidas. No obstante, el principal ámbito en el que estos programas de asistencia técnica y financiera han enfatizado es en el de capacitación de las autoridades policiales y de fronteras y aduanas en la prevención y represión del COT por medio de la incorporación de los estándares europeos en su actividad cotidiana, dentro del Programa Global de Consolidación Institucional de la Asociación Oriental y en el marco de las reformas previstas por los diferentes Planes de acción (*vid. infra*, epígrafe tercero), donde la Unión ha incidido de manera directa en la negociación y en la evolución de las reformas de las agencias de aplicación de la ley, a través de la compensación por medio de la política de visados y la promesa de su liberalización con aquellos países más

²⁰⁴ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 232/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento Europeo de Vecindad, *Diario Oficial L 77*, de 15.3.2014, pp. 27-43.

²⁰⁵ Por ejemplo, a través del marco de cooperación *Twinning*, la UE ha financiado diversos proyectos en los países del vecindario. Uno de ellos financió la mejora de la efectividad y de la gestión de las capacidades de la justicia administrativa en Ucrania, con el objetivo de acercarla a los estándares democráticos y las buenas prácticas de la UE, por un total de más de 1,5 millones de euros: http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/projects/list_of_projects/241814_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

²⁰⁶ Los representantes de estos Estados terceros, no obstante, tendrán estatuto de observador en los correspondientes Comités de Gestión de aquellos programas en los que participen y contribuyan a financiar.

Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldova, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y la República de Moldova sobre los principios generales para la participación de la República de Moldova en los programas de la Unión, *Diario Oficial L 14*, de 19.1.2011, pp. 2-4; Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y Ucrania sobre los principios generales para la participación de Ucrania en los programas de la Unión, *Diario Oficial L 18*, de 21.1.2011, pp. 3-6.

²⁰⁷ <http://www.eib.org/projects/regions/eastern-neighbours/index.htm> [última consulta: 31.8.2015].

cumplidores con las reformas programadas por las instituciones europeas, como hace en otras regiones más alejadas.

C) Cáucaso meridional

Tras las ampliaciones de 2004 y 2007, la UE tuvo que redefinir sus relaciones exteriores y, en concreto, la propia PEV, para incluir otros países que no entraban en el planteamiento original de la Comisión ²⁰⁸. En realidad, esta inicial ausencia se justifica por el escaso interés que históricamente ha presentado la región para los intereses geopolíticos de la Unión y, en particular, en la planificación estratégica de la vertiente exterior de la lucha contra el COT en relación a otras áreas geográficas más cercanas al espacio europeo, siendo prácticamente nulas las referencias a estos países en los informes de amenaza elaborados por Europol. Por lejanía geográfica y la existencia de conflictos latentes en los que la UE ha tenido escaso o ningún papel ²⁰⁹, el Cáucaso meridional (Armenia, Azerbaiyán y Georgia) ejemplifica bien las limitaciones exógenas a las aspiraciones de la Unión por jugar un rol internacional más activo en materia de seguridad y, al mismo tiempo, manifiesta las carencias de los instrumentos al servicio de su acción exterior en innumerables aspectos que escapan a nuestro ámbito de estudio

²⁰⁸ “Dada su situación, el Cáucaso del Sur tampoco entra por el momento en el ámbito geográfico de la presente iniciativa”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Una Europa más amplia. Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, COM (2003) 104 final, Bruselas, 11.3.2003, nota a pie de página núm. 4, p. 4.

²⁰⁹ Existen “conflictos latentes” a los que la primera Comunicación de la PEV, de 2003, hacía ya mención y en los que la UE no ha jugado ningún papel, como el conflicto en torno a Nagorno Karabaj o la independencia discutida de los territorios de Abjasia y Osetia del Sur. Por otra parte, los instrumentos que la Unión ha puesto en marcha en la región distan de ser apropiados a la situación geopolítica actual, redundando en el mantenimiento del *status quo*. Así, la Unión, además de por medio de los instrumentos de asistencia financiera de la PEV y la participación de estos países en los programas comunitarios, asiste a los Estados de la región a través del Representante Especial de la UE (REUE) para el Cáucaso Meridional y la crisis en Georgia, que trabaja en coordinación con el SEAE y bajo la supervisión de la Alta Representante. Entre sus funciones, marcadas por el carácter eminentemente diplomático y de coordinación del cargo, el REUE tiene encomendado el fomento de la cooperación entre los tres países de la región y, en su caso, con los vecinos en asuntos regionales de interés común, como las amenazas para la seguridad, la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito y el COT. A su vez, el REUE ha de coordinar la acción de la Unión sobre el terreno, lo que incluye proporcionar orientación política local al Jefe de la Misión de Observación de la UE en Georgia (*vid. infra*, epígrafe cuarto), y cooperar con otros actores internacionales en la estabilización y resolución de los conflictos en la región, entre los cuales destaca por su relevancia el Grupo de Minsk de la OSCE. Por lo tanto, un instrumento carente de relevancia en la resolución del conflicto, destinado a mantener el actual *status quo* regional, en contra de los propios intereses de la UE en la lucha contra el COT y de la coherencia de su actuación exterior.

y que no reciben la atención suficiente en la Asociación Oriental ²¹⁰. En consecuencia, dada la mayor influencia ejercida por otros actores en la región, como la Federación de Rusia, EE.UU. e, incluso, la OSCE, la UE se ha limitado a ejercer un papel más modesto y centrado en aspectos concretos de colaboración y cooperación inter-regional que, en el terreno de la lucha contra el COT, se ha basado en la mejora de la gestión de las fronteras y aduanas locales y la firma de acuerdos de readmisión, obviando entrar en una monitorización exhaustiva de las reformas emprendidas en el sector de la seguridad o en el refuerzo del Estado de Derecho, en general, como en otros Estados terceros englobados en la PEV.

En su actuación exterior en el Cáucaso meridional, la UE parte de la base de que la región es fuente de inseguridad y representa la periferia de Europa ²¹¹. De esta forma, los Acuerdos de Asociación firmados mayoritariamente en la década de 1990 con estos países ²¹² incluyen la cooperación en la prevención y represión de diversas actividades delictivas ligadas al COT, como el blanqueo de capitales, la falsificación y el tráfico ilícito de drogas, así como otras que han sucumbido al discurso securitario de las instituciones y actores del ELSJ, como la inmigración ilegal. Estas cuestiones, junto con otras medidas en materia de investigación y de refuerzo de las capacidades policiales, han sido incorporadas a los diferentes planes de acción de la PEV adoptados para estos países ²¹³, centrados esencialmente en la tipificación de las principales conductas relacionadas con el COT que son objeto del Derecho penal de la UE. Así, de manera lenta pero progresiva, los Estados de la región han ido incorporando la legislación transnacional —incluyendo la normativa europea— a sus respectivos ordenamientos

²¹⁰ Para una panorámica general, *vid.* BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus: a challenge for the EU”, *Chaillot Papers*, Núm. 65, Institute for Security Studies of the EU, París, diciembre de 2003, pp. 171-190; BOONSTRA, J. y MELVIN, N., “Challenging the South Caucasus security deficit”, *Working Paper*, Núm. 108, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), abril de 2011.

²¹¹ En esta tesis, *vid.*, COPPIETERS, B., “An EU Special Representative to a new periphery”, BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus: a challenge...”, *loc. cit.* en Nota 210, pp. 159-170.

²¹² Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, *Diario Oficial L 261*, 30.8.2014, pp. 4-743; Acuerdo de colaboración y de cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, *Diario Oficial L 239*, de 9.9.1999, pp. 1-50; Acuerdo de colaboración y de cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Azerbaiyán, por otra, *Diario Oficial L246*, de 17.9.1999, pp. 1-51.

²¹³ Pueden consultarse los distintos planes de acción e informes de los países de la región a través de los siguientes enlaces: http://ec.europa.eu/enlargement/neighbourhood/countries/index_en.htm, http://eeas.europa.eu/south_caucasus/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

estatales ²¹⁴, si bien con carencias manifiestas no solamente en el ámbito material cubierto por la legislación penal y procesal, sino igualmente por la escasa implementación efectiva que ha tenido en la realidad y que ha recibido la atención tanto de las instituciones comunitarias como la doctrina ²¹⁵.

Especialmente en el caso de Georgia, las autoridades locales han sido particularmente reacias, primero, a ratificar la Convención de Palermo y sus Protocolos ²¹⁶ y, segundo, a profundizar en la adopción de medidas procesales y penales similares a los estándares de la UE para numerosos delitos. El ejemplo de Georgia es paradigmático por varias cuestiones. En particular, el documento estratégico del país para 2007-2013

²¹⁴ El Código Penal armenio tipifica la creación, dirección y participación en una “asociación criminal” (Art. 223), considerado un “grupo organizado consolidado creado para cometer crímenes graves o particularmente graves” (Art. 41). Este texto establece como delito e impone igualmente sanciones para la trata de seres humanos (Art. 132), el tráfico ilícito de drogas (Art. 266) y el tráfico ilícito de armas (Art. 235), con una formulación próxima a la contenida en la Convención de Palermo y sus Protocolos, además de constituir una circunstancia agravante (Art. 63, junto a otras disposiciones concretas sobre la comisión de delitos particulares).

El Código penal azerbaiyano tipifica la creación y la participación en una organización criminal (Art. 218), así como el tráfico ilegal de drogas (Art. 234) y armas (Art. 228) y el blanqueo de capitales provenientes del tráfico de estupefacientes (Art. 241).

Por último, el Código Penal georgiano contiene una laxa definición de “grupo organizado”, que no cumple con los requisitos establecidos por la Convención de Palermo ni por los estándares de la UE: “[...] perpetrado por un grupo rígido de personas que previamente se confabularon para cometer varios delitos” (Art. 27 del Código penal). Asimismo, tipifica varios delitos relacionados con el COT, si bien de manera segmentada e incompleta, entre los cuales la producción y tráfico ilícitos de drogas (Art. 260), la trata de seres humanos (Art. 143), especialmente menores (Art. 172) o la prostitución forzada de terceros (Art. 253), así como el tráfico ilícito de armamento y munición (Arts. 214 y 236) y el blanqueo de capitales (Art. 194), y considera la involucración de un grupo organizado como una agravante a considerar en el establecimiento de sanciones.

²¹⁵ “En todos los países socios (pero más incluso en el Cáucaso sur), la implementación de la PEV se ha visto afectada por pobres capacidades administrativas y una débil coordinación institucional. Estas cuestiones son centrales para que la Asociación Oriental sea efectiva. [...] En general, la PEV es considerada demasiado a menudo parte integrante de la política exterior y hay poca concienciación acerca del hecho de que ofrece una agenda para la reforma”. DELCOUR, L. y DUHOT, H., “Bringing South Caucasus Closer to Europe: Achievements and Challenges in ENP Implementation”, *Natolin Research Papers*, 03/2011, abril de 2011, p. 50 (traducción propia), disponible en: www.coleurope.eu [última consulta: 31.8.2015].

En el mismo sentido, BOONSTRA, J. y DELCOUR, L., “Una región rota: análisis de las políticas de la UE en el sur del Cáucaso”, *Policy Brief*, Núm. 119, FRIDE, enero de 2015, disponible en: <http://fride.org/publicacion/1246/una-region-rota-analisis-de-las-politicas-de-la-ue-en-el-sur-del-caucaso> [última consulta: 31.8.2015].

²¹⁶ Georgia, por ejemplo, ratificó la Convención de Palermo y los dos primeros Protocolos contra la trata y el tráfico de inmigrantes ilegales el 5 de septiembre de 2006, si bien todavía no ha ratificado el Protocolo relativo al Tráfico Ilícito de Armamento ni varios instrumentos importantes del CoE; solamente en junio de 2012 ratificaría el Convenio contra la Ciberdelincuencia y en septiembre de 2014 el Convenio Europeo contra la Explotación de Menores. Por su parte, Azerbaiyán ha ratificado la Convención de Palermo y solamente los dos primeros Protocolos, al igual que Armenia, si bien ambos Estados se han mostrado reacios a adherirse a los principales instrumentos del CoE hasta el último lustro. Información disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html>, <http://conventions.coe.int/> [última consulta: 31.8.2015].

hacia especial referencia a la proliferación de armas en la situación postconflicto que vive actualmente Georgia e insistía en la necesidad de implementar medidas efectivas para abordar este problema ²¹⁷, presente igualmente en los otros dos países de la región. No obstante, además de no haber ratificado el tercer Protocolo de la Convención de Palermo, la problemática proliferación ilícita de armamento continúa lastrando las lentas reformas institucionales y legales en el país, a pesar de haber insertado la “cláusula ALPC” en recientes acuerdos bilaterales ²¹⁸ y formar parte de la actual Agenda para la Asociación (adoptada en junio de 2014), con la presencia de grupos delictivos organizados relacionados con el tráfico ilícito de armas y drogas —dada su situación geográfica en la ruta de drogas provenientes de Asia central a Europa y la presencia de bases militares rusas en Georgia y Armenia ²¹⁹—.

Por otra parte, en la misma línea, en los casos de Azerbaiyán y Armenia los resultados en los diferentes ámbitos del refuerzo del Estado de Derecho pretendido por la UE han demostrado igualmente la limitación de las reformas y de la implementación operativa de la normativa adoptada a nivel interno ²²⁰. Particularmente en dos ámbitos

²¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, *European Neighbourhood and Partnership Instrument. Georgia Country Strategy Paper 2007-2013*.

Este objetivo está igualmente presente en la actual Agenda para la Asociación, que reemplaza al Plan de Acción UE-Georgia de 2006 y que ha marcado las reformas en el último decenio.

²¹⁸ POITEVIN, C., “European Union initiatives to control small arms and light weapons...”, *loc. cit.* en Nota 56.

²¹⁹ CORNELL, S., “The growing threat of transnational crime”, BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus...”, *loc. cit.* en Nota 210, pp. 23-40.

²²⁰ La monitorización de la evolución de los países de la región ha sido una constante en los informes de la Comisión, si bien han ido siendo cada vez menos críticos con las reformas en los dos últimos años. En concreto, los informes de 2009 sobre Armenia [SEC (2009) 511/2, de 23.4.2009] y Georgia [SEC (2009) 513/2, de 23.4.2009] reconocían explícitamente estas limitaciones en la implementación efectiva de los compromisos adquiridos y de la legislación adoptada en el marco de la lucha contra el COT y el blanqueo de capitales, en particular contra el tráfico ilícito de drogas. El informe de 2012 destacaba algunos de los limitados progresos realizados en el año 2011 para ambos países [SWD (2012) 114 final, Bruselas, 15.5.2012]. En el caso de Azerbaiyán, la Comisión observó en 2012 que el país había experimentado un progreso significativo en algunos de los aspectos exigidos por la Unión (lucha contra la trata), si bien indicó que la implementación legislativa y práctica de estos instrumentos internacionales resultaba más bien deficiente en otros aspectos, como la represión de la corrupción [SWD (2012) 111 final, Bruselas, 15.5.2012, p. 2]. No obstante, los informes de 2015 para los tres países son realmente escuetos en la monitorización de las reformas, limitándose a incluir varias líneas con afirmaciones genéricas sobre los ámbitos contenidos en el ELSJ, resultando más completos los informes relativos a la implementación de los planes de acción para la liberalización de visados [*vid.*, por ejemplo, COM (2015) 199 final, Bruselas, 8.5.2015].

Por su parte, diversas Organizaciones internacionales han insistido en la necesidad de mejorar la formación de las autoridades policiales y judiciales en materia de prevención y persecución de la trata de seres humanos en sus diferentes formas y en la protección de las víctimas. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), OSCE y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Republic of Armenia Law Enforcement Anti-Trafficking Training Needs Assessment. Report*, diciembre de 2007, disponible en: <http://www.osce.org/yerevan/30894> [última consulta: 31.8.2015].

de especial interés para la Unión en la prevención y represión del COT, como son la lucha contra la corrupción y las reformas en el entorno judicial y policial, las medidas destinadas a aproximar los ordenamientos estatales a los estándares comunitarios se han ido posponiendo *sine die* o su implementación se ha mostrado limitada. Por ello, la UE no ha liberalizado plenamente su política de inmigración y visados con los países de la región como “compensación” ligada a las reformas, por lo que sus nacionales siguen requiriendo visado para entrar en el espacio Schengen, a pesar de haber establecido sendas asociaciones de movilidad con los tres Estados caucásicos, considerado un paso previo destinado a tal fin ²²¹.

Dada la creciente importancia geoestratégica del Cáucaso meridional y la urgencia de los desafíos a la seguridad de la Unión que supondría mantener el *status quo* actual —caracterizado por la presencia de territorios donde no existe Estado—, se hace cada vez más necesario que la UE tenga un papel relevante a largo plazo en la resolución de los “conflictos latentes”, y cuente para ello con una estrategia global subregional, si quiere que su actuación en la lucha contra el COT en el Cáucaso meridional tenga los efectos deseados. Aparte de las relaciones bilaterales promovidas por la PEV, esta estrategia subregional resulta necesaria si tenemos en cuenta que la mayoría de los problemas y desafíos que afrontan estos tres Estados están interconectados y existe un clima reconocido de desconfianza entre las autoridades locales, fruto de estos conflictos no resueltos. Ya en 2010, el Parlamento Europeo pidió que la Unión elaborase una estrategia global para la región, dada la importancia geoestratégica del Cáucaso desde el punto de vista de la salvaguarda de la seguridad en todas sus dimensiones (seguridad energética incluida) ²²²; una cuestión suscitada tiempo atrás por el Instituto de Estudios de Seguridad de la UE ²²³ y que no es abordada con la

²²¹ Información en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy/index_en.htm, <http://www.osce.org/yerevan/30894> [última consulta: 31.8.2015].

²²² PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2010, sobre la necesidad de una estrategia de la UE para el Cáucaso Meridional (2009/2216(INI)), *Diario Oficial C 161 E*, de 31.5.2011, pp. 136-147.

Para un análisis del papel del Parlamento Europeo en relación a la región, *vid.* VAN HOOFF, L., “Why de EU Is Failing in Its Neighbourhood...”, *loc. cit.* en Nota 172, pp. 289-293.

²²³ LYNCH, D., “The EU: towards a strategy”, BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus: a challenge...”, *loc. cit.* en Nota 210, pp. 171-190. En la misma línea, BOONSTRA, J. y MELVIN, N., “Challenging the South Caucasus security...”, *loc. cit.* en Nota 210; y CORNELL, S., STARR, S. F. y TSERETELI, M., “A Western Strategy for the South Caucasus”, *Silk Road Paper*, Central Asia-Caucasus Institute, Washington D. C., febrero de 2015, disponible en: <http://www.silkroadstudies.org/> [última consulta: 31.8.2015].

suficiente profundidad en la Asociación Oriental ni puede ser tratada con eficacia solamente a nivel bilateral como hasta ahora.

D) Ribera sur del Mediterráneo

Los cambios políticos y sociales acontecidos en los países del sur del Mediterráneo tras la “Primavera Árabe” evidenciaron la falta de capacidad de prevención y respuesta de la UE a las transformaciones del entorno y los limitados éxitos de la PEV en la consecución de los objetivos de reforma política pretendidos desde que formalmente iniciara su andadura en 2004. Además, refuerzan la imagen de fracaso generalizado de las diferentes iniciativas propuestas desde la Unión para la avanzar en temas relacionados con la identificación de amenazas comunes a la seguridad, la consolidación de sistemas jurídico-políticos estables y la gobernanza democrática en la ribera sur del Mediterráneo ²²⁴. Como reconocieran expresamente la Comisión Europea y la Alta Representante en una Comunicación conjunta adoptada en 2011, tras los primeros eventos de la “Primavera Árabe”:

Los recientes acontecimientos y los resultados de la reconsideración han puesto de manifiesto que la ayuda de la UE a las reformas políticas de los países vecinos ha dado resultados limitados. Por ejemplo, es necesario que haya mayor flexibilidad y respuestas más adaptadas a la hora de tratar con interlocutores en rápida evolución y necesidades de reforma, tanto si están experimentando un rápido cambio de régimen o un prolongado proceso de reforma y consolidación democrática. ²²⁵

A pesar de la importancia que la UE concede al apoyo a la instauración de una “democracia sostenible y sólida” como uno de los pilares fundamentales de la asociación de la UE con sus vecinos en esta nueva etapa ²²⁶ y de contradecir la

²²⁴ “La sucesión de fracasos de la UE en su intento de trasladar su preocupación por temas relacionados con la seguridad (definición del terrorismo, instrumentos de colaboración en materias de justicia e interior, control de migraciones) o de avanzar en el terreno de la democratización, la gobernanza, el respeto de los derechos humanos o, en fin, de asegurar en sus socios la existencia de un sistema político y jurídico que permita la eficacia de la relación económica y de la cooperación son un hecho incuestionable. En cierta medida [...] lo cierto es que estos objetivos con los instrumentos del Proceso de Barcelona parecen, en cierto sentido, inviables”. LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “La política exterior de la Unión Europea y el Mediterráneo”, *loc. cit.* en Nota 169, p. 239.

²²⁵ COMISIÓN EUROPEA – ALTA REPRESENTANTE DE LA UE PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD, *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una nueva respuesta a una vecindad cambiante*, COM (2011) 303 final, Bruselas, 25.5.2011, p. 1.

²²⁶ *Ibid.*, p. 4.

priorización de los diferentes objetivos PESC-JAI en las relaciones con estos países ²²⁷, las cuestiones de seguridad siguen teniendo un papel de primera magnitud en la PEV respecto de los países del sur del Mediterráneo, cuyas relaciones bilaterales están regidas por los respectivos Acuerdos euromediterráneos de Asociación (AEA) ²²⁸. En especial, dadas las limitaciones de la influencia ejercida por la Unión en los Estados de la región, las instituciones comunitarias y los actores del ELSJ se han centrado en la prevención y represión de los tráficó ilícitos de drogas y de la inmigración ilegal en los países de origen y tránsito y solamente con determinados países, obviando abarcar un enfoque más integrado de lucha contra el COT con todos los Estados del sur del Mediterráneo. Un caso de estudio particularmente relevante es la relación establecida con Marruecos. Ambas partes tienen una agenda propia, no siempre coincidente, en materia de seguridad, en particular en lo que atañe a la lucha contra el COT: mientras

²²⁷ “[...] la UE aprovechará plenamente las disposiciones del Tratado de Lisboa para abordar otros problemas de seguridad y otros intereses comunes específicos, como, por ejemplo, la seguridad energética y de recursos, el cambio climático, la no proliferación, la lucha contra el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transfronteriza y la lucha contra las drogas. [...] la UE debe también intentar celebrar acuerdos de facilitación de visado, de modo simultáneo con los acuerdos de readmisión, con los países socios meridionales. Todos esos acuerdos exigirán la cooperación con la UE sobre migración, movilidad y seguridad. Deberán tomarse medidas específicas para evitar la migración irregular, gestionar de forma efectiva sus fronteras, garantizar la seguridad de los documentos y luchar contra la delincuencia organizada, incluida la trata de seres humanos y el tráfico de emigrantes. A largo plazo, el avance hacia la liberalización de los visados deberá considerarse caso por caso, cuando se den las condiciones necesarias para una movilidad bien gestionada y segura.”, *Ibíd.*, pp. 7 y 15.

Este enfoque, lejos de ser corregido tras las continuas muestras de su ineficacia, fue reafirmado a primeros de 2014, reconociendo igualmente el papel de la PCSD en el mantenimiento de la seguridad interior contra el COT. COMISIÓN EUROPEA, *Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions - Neighbourhood at the Crossroads: Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2013*, JOIN (2014) 12 final, Bruselas, 27.3.2014.

²²⁸ Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, *Diario Oficial L 97*, de 30.3.1998, pp. 2-174; Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, *Diario Oficial L 70* de 18.3.2000, pp. 2-190; Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Israel, por otra, *Diario Oficial L 147*, de 21.6.2000, pp. 3-156; Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemita de Jordania, por otra, *Diario Oficial L 129*, de 15.5.2002, pp. 3-165; Acuerdo euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, *Diario Oficial L 304*, de 30.9.2004, pp. 39-208; Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, *Diario Oficial L 265*, de 10.10.2005, pp. 2-228; y Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Libanesa, por otra, *Diario Oficial L 143*, de 30.5.2006, pp. 2-188.

Más información sobre estos acuerdos y las Decisiones internas comunitarias en: http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r14104_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

que la UE se ha mostrado más preocupada por cuestiones ligadas a la contención de la inmigración irregular y a la seguridad de su *espacio* ante el florecimiento de actividades delictivas de grupos organizados en el país (tráficos ilícitos de drogas y migrantes, trata de seres humanos), Marruecos ha pretendido orientar las relaciones en otros ámbitos, conectados principalmente con las ventajas comerciales y el desarrollo local, buscando obtener de las instituciones comunitarias un estatus diferenciado del resto de los países de la región. A pesar de estos desencuentros, la Unión ha conseguido incorporar en la agenda conjunta cuestiones de especial interés para la eficacia de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT en el Norte de África, si bien sujetas a compensaciones en materia comercial, el acceso a financiación comunitaria adicional o su participación en misiones y operaciones de la PCSD en línea con socios estratégicos de relevancia en las relaciones exteriores de la UE ²²⁹. Siguiendo la línea de instrumentos anteriores, tanto el *Plan de Acción UE-Marruecos* como el documento estratégico 2013-2017 destacan el refuerzo de las autoridades policiales y judiciales y la lucha contra el COT y las redes transnacionales como una prioridad compartida en la cooperación bilateral, así como en la necesaria lucha contra la corrupción a nivel estatal y local, el desarrollo de la legislación estatal conforme a los estándares internacionales y europeos y la implementación de la normativa contra el blanqueo de capitales.

En el último decenio, Marruecos ha introducido importantes reformas en el sector de la seguridad y de la administración de Justicia para reforzar sus capacidades en materia de prevención y represión del COT en su territorio, en línea con los objetivos estratégicos a corto y medio plazo identificados en el Acuerdo de Asociación y documentos programáticos posteriores. Así, el Código Penal marroquí tipifica la “asociación de malhechores” —categorización típica del Código francés— y establece las sanciones penales correspondientes para este tipo de grupos delictivos ²³⁰. En 2003, Marruecos tipificó concretamente el tráfico ilegal de inmigrantes ²³¹ y, en 2011, accedió

²²⁹ Puede consultarse toda la información sobre las relaciones bilaterales, acuerdos, participación en programas conjuntos, etc. en: http://www.eeas.europa.eu/morocco/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

²³⁰ Libro III, Capítulo V, Sección I, *Asociación de Malhechores y Asistencia a los Delincuentes*, artículos 293 a 299, *Dahir* Núm. 1-59-413, de 26.11.1962.

²³¹ Artículo 52, *Dahir* Núm. 1-03-196 de 11 de noviembre de 2003 que promulga la Ley Núm. 2-03 relativa a la entrada y permanencia de los extranjeros en el Reino de Marruecos, a la emigración y la inmigración irregulares. Puede consultarse el texto íntegro a través del siguiente enlace: http://www.consulat.ma/fr/legislations.cfm?art_id=24 [última consulta: 31.8.2015].

al Protocolo contra la Trata ²³², aunque no la haya tipificado en Derecho interno como delito en todos sus elementos ²³³. Por otra parte, la legislación marroquí tipifica el blanqueo de capitales (incluido los productos de determinadas actividades delictivas relacionadas) y establece sanciones penales más graves en caso de que el delito haya sido cometido por “banda organizada” ²³⁴. Sin embargo, esta normativa interna en materia de prevención y lucha contra el COT, si bien ha mostrado un cierto avance en el terreno de la lucha contra el blanqueo de capitales ²³⁵, se muestra insuficiente en términos generales, especialmente ante la existencia de “zonas grises” ²³⁶ en las que la protección de los migrantes y las personas explotadas se hace particularmente necesaria y que se ve perjudicada ante la inexistencia de una norma interna relativa a la trata de seres humanos y la negativa de Marruecos a firmar y ratificar el segundo Protocolo de la Convención de Palermo, relativo al tráfico ilícito de migrantes, al considerar que no satisface las necesidades de protección de los migrantes ilegales ²³⁷. La realidad cotidiana de la presencia de estos delitos, empero, obliga a actuar para que el Reino alauita contemple íntegramente los diferentes elementos de la trata de personas en su ordenamiento interno y no solamente el aspecto represivo e identifique los

²³² Marruecos ratificó la Convención de Palermo el 19 de septiembre de 2002. El 8 de abril de 2009, accedió al Protocolo contra el Tráfico de Armas, además de al Protocolo contra la Trata de Personas, el 25 de abril de 2011, sin que haya ratificado ninguno de los dos. Marruecos no ha firmado el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por oponerse a sus principios durante su negociación.

²³³ Existen, no obstante, algunas tipificaciones para infracciones concretas relacionadas con la trata de seres humanos, como la explotación pornográfica de menores (Art. 503-2 Código penal), el rapto de menores (Art. 471), la prostitución de menores (Art. 497) o la prostitución ajena (Art. 498).

²³⁴ Art. 574-2 Código penal. Ley 43-05 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales, promulgada por *Dahir* 1-07-79 de 17 de abril de 2007, modificada por Ley 13-10 (*Bulletin Officiel*, Núm. 5911 bis, de 24.1.2011).

²³⁵ “Marruecos ha demostrado un avance en la mejora de su régimen contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, incluyendo la adopción de enmiendas para extender el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, la extensión de los requisitos de diligencia debida del cliente y los pasos tomados para poner en marcha la Unidad de Inteligencia Financiera. Sin embargo, el GAFI ha considerado que subsisten ciertas deficiencias estratégicas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Marruecos debería continuar trabajando para implementar su plan de acción con vistas a abordar estas deficiencias, incluyendo con la adecuada tipificación de la financiación del terrorismo”, disponible en:

<http://www.fatf-gafi.org/countries/j-m/morocco/documents/improvingglobalamlcftcomplianceon-goingprocess-22june2012.html> [última consulta: 31.8.2015].

²³⁶ LAUTIER, C. (coord.), *Traite transnationale des personnes. État des lieux et analyse des réponses au Maroc*, Ministerio de Justicia del Reino de Marruecos – Organización Mundial para las Migraciones, agosto de 2009, p. 23.

²³⁷ Marruecos critica, en particular, que los EEMM de la UE no cumplan con el principio de devolución de los refugiados reconocido por el Derecho internacional. Así, las propuestas que Marruecos hizo a la Convención de Palermo incluían la ratificación obligatoria de los instrumentos internacionales de protección de los refugiados y de los migrantes. *Vid.*, A/AC.254/5/Add.24, de 7 de abril de 2000, y ONUDD, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008.

instrumentos, medidas y buenas prácticas apropiados; desarrolle la normativa aprobada en 2003 sobre el tráfico de inmigrantes ilegales y ratifique e implemente los principales instrumentos internacionales, tal y como han reclamado los sucesivos planes de acción (el último, adoptado en 2013). Es por ello especialmente importante que Marruecos adapte su legislación interna a los estándares internacionales y de la UE, como demandan las instituciones europeas en sus informes de evaluación anuales y otros organismos internacionales o la doctrina, particularmente teniendo en cuenta la situación actual de la trata de seres humanos y la relevancia de la actuación marroquí para atajar el fenómeno del COT en sus diferentes vertientes:

A pesar de las dificultades para diferenciar las situaciones de trata y de tráfico [...], es posible afirmar [...] que Marruecos es, al mismo tiempo, país de origen, de tránsito y de destino de la trata de personas, sin poder proporcionar una estimación de su amplitud, si bien esta parezca limitada. [...] País de origen porque han sido identificados casos de marroquíes reclutados por medios engañosos para ser explotados principalmente en los países del Golfo, Oriente Medio y Europa. País de tránsito porque las redes nigerianas reclutan a niñas y mujeres nigerianas, las hacen transitar por Marruecos para dirigir las a Europa (España e Italia) y ser explotadas por redes de prostitución. País de destino porque las redes se establecen para enviar a mujeres de las Filipinas para explotarlas en el trabajo doméstico.²³⁸

Israel y Jordania²³⁹ han seguido caminos paralelos en la implementación de la normativa de la UE en materia de lucha contra el COT. El AEA con Israel, en vigor desde el año 2000, incluye la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de

²³⁸ LAUTIER, C. (coord.), *Traite transnationale des personnes. État des lieux...*, *op. cit.* en Nota 231, p. 22 (traducción propia). Además, existe otra realidad que no ha recibido la suficiente atención ni por parte de las autoridades locales ni por la UE: la explotación de niñas marroquíes en el servicio doméstico de las principales ciudades del país. *Vid.* HUMAN RIGHTS WATCH, *Lonely Servitude. Child Domestic Labor in Morocco*, noviembre de 2012, disponible en: www.hrw.org [última consulta: 31.8.2015].

²³⁹ En el presente Capítulo no haremos mención a los casos particulares de Argelia, Egipto, Líbano, Libia, Territorios Palestinos Ocupados, Siria o Túnez, dadas las particularidades internas, derivadas de las revueltas e inestabilidad política tras la “Primavera Árabe” o de conflictos internos que trascienden los propósitos de nuestro estudio. Solamente serán objeto de especial atención en momentos puntuales, como en el epígrafe tercero, para ejemplificar la concurrencia de objetivos de la PESC y la promoción de la paz y la seguridad internacionales, así como la protección de los Derechos Humanos, y la consecución de los objetivos de la vertiente exterior de la lucha contra el COT a través de su inclusión en las diferentes políticas exteriores de la UE y la extraterritorialidad de su modelo de seguridad interior. Por otra parte, recogemos en este análisis aquellos países que sirven para mostrar mejor el carácter selectivo y limitado de la acción exterior de la Unión en este ámbito en relación con los Estados englobados en la PEV.

los productos del delito y, en particular, del tráfico de drogas entre los ámbitos de cooperación, así como en materia de lucha contra los flujos migratorios ilegales. El *Plan de Acción UE-Israel*, de 2005, detalla otros ámbitos de cooperación en la prevención y lucha contra el COT en los que las Partes se comprometen a cooperar, como una de las áreas prioritarias de acción, especialmente a través del intercambio de información sobre las medidas preventivas, estándares, legislación y sanciones, jurisprudencia y protección de las víctimas en la lucha contra la trata de personas. El Plan de Acción contiene también disposiciones destinadas a promover el intercambio de información técnica, operacional y estratégica entre las autoridades del orden público y facilitar la asistencia legal mutua y la extradición entre la UE, los EEMM e Israel. Es importante destacar que el Plan de Acción insta a Israel a “trabajar en pro de la ratificación e implementación” de la Convención de Palermo y sus Protocolos ²⁴⁰, así como a “explorar la posibilidad de adherirse” a la Convención del Consejo de Europa (CoE) de 1981 relativa a la protección de datos. Ante las dificultades para ratificar esta Convención, condición sin la cual la cooperación judicial y policial entre la UE y terceros Estados no podría llevarse efectivamente a cabo, la Unión ha optado por tomar un atajo al declarar que Israel cumple los estándares europeos e internacionales de protección de datos de los individuos por medio de una Decisión de la Comisión ²⁴¹. Esto le ha permitido entrar en contacto con Eurojust y negociar un acuerdo de cooperación con Europol, todavía sin concluir. En materia de transposición de la normativa de la UE en Derecho interno, Israel adoptó, en 2003, una Ley contra las organizaciones delictivas que recoge los principales elementos de la norma europea y la Convención de Palermo, tanto en términos de elementos constitutivos de la organización delictiva, establecimiento de jurisdicción o sanciones, como en la consideración de la implicación de una organización delictiva como circunstancia

²⁴⁰ Israel solamente ha ratificado la Convención de Palermo (27.12.2006) y el primer Protocolo, relativo a la prevención y lucha contra la trata (23.7.2008). No ha firmado los otros dos Protocolos adicionales a la Convención de Palermo ni ninguno de los Convenios del CoE relevantes en la lucha contra el COT, si bien se ha mostrado interesado en el último año en la Convención contra la Ciberdelincuencia, dando los primeros pasos en la *Knesset*.

²⁴¹ COMISIÓN EUROPEA, Decisión 2011/61/UE de la Comisión, de 31 de enero de 2011, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales, *Diario Oficial L 27*, de 1.2.2011, pp. 39-42.

agravante ²⁴², si bien no considera la participación pasiva o membresía como delito. Asimismo, es delito en el ordenamiento penal israelí el blanqueo de capitales ²⁴³, la falsificación de dinero (Arts. 461 y ss. del Código Penal) y el “comercio de seres humanos” (Art. 377A).

El AEA con Jordania, al igual que en casos anteriores, contiene disposiciones destinadas a incrementar la cooperación bilateral en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la inmigración clandestina y el blanqueo de capitales, en particular de productos del delito; disposiciones que serían completadas y detalladas posteriormente por el *Plan de Acción UE-Jordania* en el marco de la PEV. Las cuestiones de cooperación en los ámbitos de asilo e inmigración, gestión de fronteras, lucha contra el blanqueo de capitales y el tráfico ilícito de drogas son igualmente relevantes en el Plan de Acción, aunque, a diferencia de otros terceros Estados cubiertos por la PEV, las acciones prioritarias están encaminadas esencialmente al intercambio de información entre las autoridades judiciales y policiales y la necesidad de que Jordania ratifique los principales instrumentos internacionales, incluidos la Convención de Palermo y sus Protocolos adicionales, y, en consecuencia, adapte su ordenamiento interno a los estándares de la UE e internacionales ²⁴⁴. Jordania, hasta el momento, solamente ha adoptado una normativa contra el blanqueo de capitales, aprobada en 2007 ²⁴⁵, y una ley contra la trata de seres humanos, en 2009 ²⁴⁶, que se han sumado a la normativa anterior

²⁴² Combating Criminal Organizations Law, 5763-2003, publicada en el *Sefer Ha-Chukkim*, Núm. 1894, de 17 de junio de 2003, disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweiser.htm> [última consulta: 31.8.2015].

²⁴³ Prohibition of Money Laundering Law, 5769-2000, disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweiser.htm> [última consulta: 31.8.2015].

²⁴⁴ Jordania ratificó la Convención de Palermo, en mayo de 2009, y accedió al primer Protocolo en junio del mismo año. No ha firmado los otros dos Protocolos adicionales a la Convención de Palermo ni ningún Convenio abierto a terceras partes relevante en materia de prevención y lucha contra el COT del CoE.

²⁴⁵ Anti Money Laundering Law, Núm. 46, 2007, disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweiser.htm> [última consulta: 31.8.2015].

²⁴⁶ Anti-Human Trafficking Law, Núm. 9, *Jordan Official Gazette*, 4932, p. 920.

“En 2009, Jordania adoptó la Ley contra la Trata de Personas y formó un comité especial responsable de elaborar políticas y planes para prevenir la trata de seres humanos y asegurar su implementación. El Ministerio de Justicia estableció una nueva sección para coordinar la ayuda legal y la protección de las víctimas de trata, así como la formación de jueces y fiscales. Se aprobó en febrero de 2009 un Plan de Acción quinquenal (2010-2015) para combatir la trata de seres humanos, centrándose en la prevención, persecución y protección”. COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2009. Progress Report Jordan*, SEC (2010) 525, Bruselas, 12.5.2010, p. 11.

contra el tráfico ilícito de drogas ²⁴⁷. No obstante, el país no ha ratificado los principales instrumentos del CoE abiertos a participación de Estados ajenos a la Organización ²⁴⁸ y ha realizado escasos progresos en los últimos dos años ²⁴⁹, además de precisar todavía de una efectiva implementación de la legislación adoptada en otros ámbitos, especialmente en materia de trata de personas ²⁵⁰. Por lo tanto, las perspectivas de compensación por medio de otras políticas exteriores no han inclinado la balanza del lado de la consecución de los intereses en materia de lucha contra el COT en favor de la UE, mostrando las limitaciones de la vertiente exterior de la política “común” en aquellos Estados vecinos sin posibilidades de adhesión o especialmente motivados por buscar un estatuto diferenciado respecto del resto de países, como ha intentado Marruecos.

Consecuencia de lo anterior, la influencia ejercida por la Unión como *actor normativo* ha sido relativamente escasa en los países de la ribera sur del Mediterráneo cubiertos por la PEV. Esto es así porque las reformas legislativas promovidas por la UE han sido lentas, mal implementadas y centradas en reprimir la inmigración ilegal en lugar de promover un enfoque integrado de la migración. Esta parcialidad estratégica y legal, reforzada por las medidas operativas puestas en marcha por las autoridades de los EEMM y Frontex (*vid. infra*, epígrafe cuarto), ha sido precisamente uno de los principales obstáculos para que los países de la región percibieran a la Unión como un

²⁴⁷ Law on Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Núm. 11, 1988, disponible en: http://www.unodc.org/enl/browse_country.jsp?country=JOR [última consulta: 31.8.2015].

²⁴⁸ <http://www.conventions.coe.int/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁴⁹ Estos avances se pueden resumir en las siguientes líneas: “En cuanto a la lucha contra la delincuencia organizada, el Comité Nacional para la Prevención de la Trata de Personas publicó oficialmente, en marzo de 2010, su Estrategia Nacional y Plan de Acción para 2010-2012 para combatir la trata de seres humanos. El Ministerio de Empleo elaboró un borrador de plan y directrices para abrir un refugio a largo plazo para aquellas personas afectadas por la trata de seres humanos y establecer una unidad especializada bajo competencia conjunta con la Dirección de Seguridad Pública”. COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Paper – Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2010. Country Report: Jordan*, SEC (2011) 648, Bruselas, 25.5.2011, p. 10 (traducción propia).

Los apartados correspondientes contenidos en informes posteriores son, incluso, más lacónicos que el anterior. *Vid.*, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in Jordan. Progress in 2011 and recommendations for action*, SWD (2012) 116 final, Bruselas, 15.5.2012; *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in Jordan. Progress in 2014 and recommendations for action*, SWD (2015) 67 final, Bruselas, 25.3.2015.

²⁵⁰ U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2012*, pp. 201-203.

Para un análisis detallado de la legislación jordana en materia de prevención y lucha contra la trata, *vid.* OLWAN, M., *Trafficking in Persons in Jordan*, CARIM-AS 2011/42, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2011, disponible en: <http://cadmus.eui.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

socio en pie de igualdad con intereses más globales en la lucha contra el COT que los meros objetivos de salvaguarda de la seguridad interna. Además, la implementación de la normativa en materia de prevención y represión de la actividad criminal tradicionalmente ligada a los grupos delictivos organizados ha estado fuertemente condicionada por la situación interna del país en cuestión, como ha sucedido en otros Estados englobados en la PEV que han experimentado cambios de sistema político o represiones internas para evitar alteraciones de unos regímenes que, directa o indirectamente, han cooperado con la UE en la lucha contra el COT, haciendo uso de las medidas policiales y judiciales excepcionales desde el punto de vista procesal adoptadas para aproximar su ordenamiento a los estándares europeos.

4. El exiguo papel de Eurojust en la cooperación judicial con terceros Estados y el ambiguo régimen de las unidades de investigación financiera

Eurojust tiene reconocida personalidad jurídica internacional propia, independiente de la UE, lo que significa que puede establecer relaciones de cooperación e, incluso, firmar acuerdos con terceros Estados u organismos internacionales ²⁵¹. No

²⁵¹ Artículo 26 bis, *Relaciones con terceros Estados y organizaciones*

“1. En la medida en que sea necesario para la realización de su cometido, Eurojust podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con las entidades siguientes:

a) terceros Estados;

b) organizaciones como:

i) organizaciones internacionales y sus organismos subordinados de Derecho público,

ii) otros organismos de Derecho público basados en un acuerdo entre dos o más Estados, y

iii) la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol).

2. Eurojust podrá celebrar acuerdos con las entidades mencionadas en el apartado 1. Estos acuerdos podrán referirse, en particular, al intercambio de información, incluidos los datos personales, y al envío de funcionarios de enlace en comisión de servicios a Eurojust. [...]

3. Los acuerdos contemplados en el apartado 2 que incluyan disposiciones sobre el intercambio de datos personales solo podrán celebrarse si la entidad de que se trate está sujeta al Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 o tras realizarse una evaluación que confirme que dicha entidad garantiza un nivel adecuado de protección de datos. [...]

7. En las condiciones previstas en el artículo 27, apartado 1, Eurojust podrá transmitir datos personales a las entidades contempladas en el apartado 1, siempre que:

a) en casos concretos, tal medida sea necesaria para prevenir o combatir actos delictivos que sean competencia de Eurojust;

b) Eurojust haya celebrado un acuerdo de los contemplados en el apartado 2 con la entidad de que se trate que ya ha entrado en vigor y que permite la transmisión de tales datos.

8. De observarse con posterioridad que las entidades mencionadas en el apartado 1 incumplen las condiciones mencionadas en el apartado 3 o que hay motivos importantes para suponer que las incumplen, Eurojust comunicará inmediatamente este hecho a la Autoridad Común de Control y a los Estados miembros afectados. La Autoridad Común de Control podrá suspender el intercambio de datos personales con las entidades de que se trate hasta que haya comprobado que se han tomado las medidas necesarias para resolver la situación [...].”

obstante, esta capacidad para entablar relaciones bilaterales con terceras partes no ha sido plenamente aprovechada, a pesar de figurar en su reglamento y ser parte de su planificación estratégica. La principal razón, si bien no la única, es que Eurojust solamente puede intercambiar datos personales con un tercer país u organismo internacional si su régimen de protección de datos es “adecuado”, según los estándares comunitarios, por lo que las relaciones bilaterales van desde el mero intercambio de información o el envío y recepción de puntos de contacto —como ha sucedido en la mayoría de los casos— hasta la conclusión de acuerdos operativos por los que se remitan o reciban, además de información estratégica, datos personales ²⁵². Asimismo, Eurojust tiene puntos de contacto en Albania, Bosnia-Herzegovina y Rusia, entre otros, y ha destacado magistrados de enlace en Suiza, Noruega y EE.UU., países con los que previamente había firmado un acuerdo de cooperación y cuyos ordenamientos contienen disposiciones similares a los estándares europeos en materia de protección de datos personales y de medidas de investigación del COT, por lo que la cooperación ha presentado menores complicaciones; al menos, en teoría, ya que la práctica muestra igualmente las reticencias de terceros Estados y organismos a tratar directamente con Eurojust sin pasar por las autoridades de los EEMM.

Pueden consultarse los acuerdos establecidos por Eurojust con terceras Partes en el siguiente enlace: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Pages/agreements-concluded-by-eurojust.aspx> [última consulta: 31.8.2015].

Vid. SURANO, L., “L’action extérieure d’Eurojust”, DONY, M. (Ed.), *La dimension externe de l’espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à parcourir*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, pp. 211-219.

²⁵² El artículo 26 bis admite, sin embargo, una excepción:

“9. No obstante, aun cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 7, un miembro nacional podrá, actuando en su condición de autoridad nacional competente y de conformidad con lo dispuesto en su propio Derecho nacional, de manera excepcional y únicamente para que se adopten medidas urgentes con el fin de prevenir un peligro inminente y grave para una persona o para la seguridad pública, proceder a un intercambio de información que incluya datos personales. Corresponderá al miembro nacional determinar si es legal autorizar la comunicación. Llevará un registro de las comunicaciones de datos realizadas y de los motivos por los que se han realizado. La comunicación de datos solo se autorizará si el destinatario se compromete a que los datos se utilicen únicamente para el fin para el que fueron comunicados”.

Dada las exigencias de la UE en materia de protección de datos, Eurojust solamente ha firmado con los países balcánicos un acuerdo —con la ARYM—, aunque está en negociación la conclusión de varios acuerdos bilaterales con el resto de los Estados de la región. Las negociaciones con otros países de la vecindad siguen su curso en casos como el de Georgia, cuyo parlamento aprobó en diciembre de 2011 la ley sobre la protección de datos, mientras que Eurojust ha confirmado la prioridad de firmar acuerdos de cooperación con la Federación de Rusia y Ucrania, además de entablar contactos para estudiar la posibilidad de iniciar negociaciones con Albania, Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Israel, Montenegro, Serbia y Turquía. En julio de 2014, finalmente se firmó el acuerdo con Moldavia.

En la práctica, el recurso a Eurojust por parte de terceros Estados ha conseguido un éxito modesto, ya que no se ha convertido en una colaboración habitual sino, más bien, un elemento de último recurso o de apoyo a las autoridades estatales con carácter puntual y poco institucionalizado. La firma de estos acuerdos y el establecimiento de puntos de contacto se han traducido, principalmente, en el apoyo en la ejecución de solicitudes de asistencia legal mutua y la participación de las autoridades de terceros Estados en las reuniones de coordinación organizadas por Eurojust y en el requerimiento dirigido a las mismas para cooperar en casos concretos coordinados por este actor, en ligerísimo pero progresivo aumento ²⁵³, así como en cuestiones técnicas y de aclaración de normas legales, especialmente en delitos relacionados con la participación en organización delictiva, el blanqueo de capitales y el tráfico ilícito de drogas ²⁵⁴. Adicionalmente, la mayor parte de los casos en los que se ha requerido la intervención de Eurojust están relacionados con países como Suiza, Noruega y EE.UU. ²⁵⁵, siendo ínfimo el número de solicitudes de asistencia provenientes de los países balcánicos a pesar de la importancia dada a la región como fuente de origen y tránsito de la mayoría de los tráficos ilícitos apuntados en el “patchwork” de estrategias destacado en el epígrafe primero del presente Capítulo.

²⁵³ Desde la renovación de los poderes de la entidad, sus relaciones con terceros Estados han progresado ligeramente, si bien siguen produciéndose vaivenes. Así, en el informe de actividad de 2011, “se contó con la participación en las reuniones de coordinación de representantes de terceros Estados en 45 ocasiones [...]”. En el informe de 2012, fueron 49 las ocasiones en las que los representantes de terceros países participaron en las reuniones de coordinación, lo que supone un ligerísimo incremento respecto del año anterior prácticamente imperceptible en la actividad diaria de las autoridades judiciales. En 2013, se produce un incremento mayor, con la participación de terceros Estados en 64 de las reuniones de coordinación organizadas por Eurojust, mientras que en el informe de la actividad de 2014 se destaca un notable descenso (41 reuniones), cifras que demuestran la volatilidad de la actividad exterior de Eurojust con terceros Estados.

²⁵⁴ “Eurojust proporcionó asistencia en 249 ocasiones en que estaban implicados terceros Estados. Los principales tipos de delitos en estos casos fueron la estafa y el fraude, el blanqueo de capitales y otros delitos asociados, el narcotráfico y los casos relacionados con los OCG. Los terceros Estados implicados más frecuentemente fueron Suiza (48 ocasiones), Noruega (33), los EE. UU. (23) y Croacia (21), seguidos de Serbia (15) y Turquía (12) [...] Las autoridades competentes de los Estados miembros solicitaron con frecuencia asistencia a Eurojust para facilitar la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial mutua e identificar la información de contacto de las autoridades competentes de los terceros Estados. Las barreras lingüísticas y una ejecución dilatada de las solicitudes de asistencia judicial mutua en terceros Estados crearon dificultades en la cooperación judicial”. EUROJUST, *Informe Anual de Eurojust 2013*, La Haya, 2014, p. 42.

Estas tendencias se perpetúan en el Informe anual de 2014 (p. 44).

²⁵⁵ “De las 64 reuniones de coordinación en las que participaron terceros Estados, la mayoría de las reuniones se refirieron a Suiza (15) y a Noruega (12), seguidas de EE. UU. (9). Se celebraron cinco reuniones de coordinación en terceros Estados: Suiza (2), Bosnia y Herzegovina (1), Antigua República Yugoslava de Macedonia (1), y Turquía (1)”. EUROJUST, *Informe Anual de Eurojust 2013*, La Haya, 2014, p. 21. Estas tendencias se perpetúan en el Informe anual de 2014 (p. 45).

En consecuencia, el papel de Eurojust en relación con terceros Estados es menor al ejercido por Europol y, sobre todo, Frontex, que sí han llevado a cabo una actuación exterior más activa tanto en el plano general u horizontal contra el COT como específico, en relación a determinadas actividades delictivas. Su ausencia en la pretendida *diplomacia normativa* de la acción exterior de la UE en materia de lucha contra el COT es claramente perceptible, pues son escasos o nulos los recursos a Eurojust en la asistencia técnica a terceros países, por ejemplo, en las actividades del TAIEX o en la capacitación de las autoridades judiciales locales para implementar la normativa contra el COT. Esta ausencia se deja notar particularmente en el terreno específico de la lucha contra el blanqueo de capitales y el decomiso y recuperación de los productos del delito en el exterior, ámbito considerado estratégico para “atajar” las raíces “empresariales” del COT y dismantelar los grupos delictivos organizados, como analizamos en el Capítulo II. Según señalan sus informes de actividad, la actuación de Eurojust en este ámbito ha sido escasa ²⁵⁶ y se ha dejado a merced del Derecho internacional la recuperación de activos, a través de la cooperación bilateral y multilateral entre Unidades de Investigación Financieras (UIF), fuera del marco supranacional de la asistencia y colaboración judicial del ELSJ. Por otra parte, la normativa europea no contempla el intercambio de información y datos de las UIF con terceros Estados ²⁵⁷, dificultando aún más un control comunitario de la información intercambiada por las autoridades de los EEMM en este ámbito y de la participación de las UIF en investigaciones con sus homólogas en terceros Estados. Por tanto, la cooperación entre UIF fuera de la UE se rige estrictamente por normas de Derecho internacional, en el marco del Grupo Egmont, del que los Estados terceros con los que la Unión coopera a través de sus políticas de Ampliación y Vecindad son miembros ²⁵⁸,

²⁵⁶ “La casuística de Eurojust en materia de decomiso y recuperación de activos todavía es limitada y demuestra que siguen existiendo procedimientos prolongados. Eurojust participa en estos casos principalmente como facilitador y mediador, ayudando a clarificar los requisitos legales de las diferentes jurisdicciones y facilitar la transmisión de solicitudes”. EUROJUST, *Informe Anual 2012*, p. 25. Las referencias en este ámbito en informes posteriores es escasa o nula.

²⁵⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información, *Diario Oficial L 271*, de 24.10.2000, pp. 4-6.

²⁵⁸ Túnez ha sido el último país de la PEV en convertirse en miembro del Grupo Egmont, en el ejercicio 2011-2012. Los dos Estados enmarcados en esta “política” que accedieron más recientemente fueron Marruecos y Armenia, en el ejercicio 2010-2011. Puede consultarse la información pertinente en: <http://www.egmontgroup.org> [última consulta: 31.8.2015].

y por las disposiciones oportunas de la Convención de Palermo para aquellos países firmantes ²⁵⁹, que actúan de marco general en caso de ausencia de acuerdo entre las partes, por lo que cabe destacar que el actual marco de cooperación es claramente multinacional y no supranacional como hubiera sido conveniente para atajar efectivamente este medio de supervivencia de los grupos delictivos organizados, ya que la información y actuaciones llevadas a cabo por las UIF individual o bilateralmente con Estados terceros no es compartida con sus homólogas de otros EEMM. Estas lagunas impiden ejercer un control real sobre las actividades de las UIF de los EEMM con terceros países en un ámbito que ha estado marcado por el carácter expansivo de las medidas contra el blanqueo de capitales y de recuperación de activos producto del delito adoptadas por la Unión en los últimos años y que se encuentran sujetas a la interpretación, según el caso concreto, de la correspondiente UIF a la hora de decidir intervenir o no y cooperar con autoridades terceras, por lo que no se ha conseguido integrar efectivamente este ámbito de la lucha contra el COT ni interna ni externamente, además de haber sido objeto de crítica en determinados EEMM, que han tenido que poner coto a la normativa europea en su transposición al ordenamiento interno ²⁶⁰.

A la ausencia competencial de la UE para cooperar directamente con las UIF de terceros Estados y la opacidad del sector bancario en los denominados “paraísos fiscales” a la que las instituciones comunitarias han intentado —sin éxito— poner freno ²⁶¹, hemos de sumarles problemas internos derivados de la falta de control estricto del

²⁵⁹ Artículo 7, *Medidas para combatir el blanqueo de dinero*

“1. Cada Estado Parte [...] considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.”

²⁶⁰ En el caso de España, por ejemplo: “Economía corrigió la norma del fichero de datos bancarios para limitar el acceso”, *El País*, 12.5.2014.

²⁶¹ La UE ha querido atajar el problema de los “paraísos fiscales”, intentando firmar acuerdos con terceros Estados que no cooperan con el GAFI en base a los artículos 24 y 38 *ex TUE* [12292/00, Bruselas, 13.10.2000; 10457/02, de 27.6.2002], si bien sin mucho éxito hasta la fecha. A pesar de no haberse puesto en práctica este tipo de acuerdos, optando por la vía bilateral EEMM-terceros Estados en el marco del Grupo Egmont o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la UE ha incorporado cláusulas contra el blanqueo de capitales en sus relaciones con buena parte de los terceros Estados incluidos en esta lista. Así, el *Acuerdo de Asociación y Cooperación UE-Ucrania* (1996) y el Plan de Acción UE-Ucrania en el marco de la PEV incluyen entre sus prioridades en materia JAI la lucha contra el blanqueo de capitales, en particular por medio de la implementación de los estándares del GAFI recogidos en las recomendaciones contra la financiación del terrorismo (extensibles a la lucha contra el COT), algunos de los cuales han sido recientemente incorporados a través de la reforma de la regulación y supervisión del sector bancario, razón por la cual el GAFI retiró a Ucrania de la lista de países que no cooperan con la institución en octubre de 2011.

Asimismo, el Acuerdo de asociación euromediterráneo firmado con el Líbano, al igual que los demás acuerdos de asociación suscritos con otros Estados del sur del Mediterráneo, incluye una cláusula

marco de sus actividades bilaterales ²⁶² para completar el complejo panorama de cooperación internacional entre las diferentes UIF dentro y fuera de la Unión. Esta falta de control de las actividades bilaterales puede poner en entredicho la protección de los Derechos fundamentales, especialmente respecto de la protección de la privacidad de las personas interesadas ²⁶³, dado el carácter expansivo de las medidas de excepcionales desde el punto de vista del Derecho procesal adoptadas a nivel interno para luchar contra el COT, aplicables igualmente a sujetos ajenos a las actividades delictivas de los grupos organizados, como analizamos brevemente en el Capítulo II. Esta cuestión se torna especialmente problemática en relación con la obtención de pruebas en el extranjero que pueden ser incorporadas al proceso penal si así lo permite el Derecho interno, en particular porque no existe un acuerdo marco multilateral que regule el intercambio de información entre las UIF o porque las garantías de protección de las personas no cumplen los requisitos mínimos en terceros Estados ²⁶⁴. Esta actividad escasamente fiscalizada por los parlamentos nacionales o por el Parlamento Europeo no es exclusiva de la cooperación en materia de investigación financiera o en el marco de las relaciones establecidas entre Eurojust y los Estados terceros, sino que se observa igualmente en la cooperación en el ámbito policial y aduanero —especialmente respecto de la protección de datos personales en el intercambio con terceros ²⁶⁵—, mostrando contradicciones adicionales entre la consecución de los objetivos de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, por una parte, y la promoción y efectiva protección de los Derechos fundamentales y el refuerzo del Estado de Derecho del

equivalente por la que las partes se comprometen a cooperar en la lucha contra el blanqueo de capitales y aplicar la normativa internacional; es decir, las recomendaciones del GAFI.

Por último, la UE también incluyó disposiciones similares en el Acuerdo de Cotonú que rige las relaciones con los países de África, Caribe y Pacífico (ACP) [*Diario Oficial L 317*, de 15.12.2000, pp. 3-286], introduciendo aspectos ligados al mantenimiento de la seguridad y el orden públicos en la política de cooperación al desarrollo comunitaria (*vid. infra*, epígrafe cuarto).

²⁶² Existen, no obstante, reglas de “derecho no vinculante” (*soft law*) que establecen una serie de principios básicos para el intercambio de información entre UIF. Entre otros: *Resolution of the Heads of FIUs of the Egmont Group: Enhancing International AML/CFT Information Exchange through Strengthening FIU Channels in “diagonal” cooperation* (agosto de 2011) y *Principles for Information Exchange Between Financial Intelligence Units for Money Laundering and Terrorism Financing Cases* (junio de 2001). <http://www.egmontgroup.org/library/egmont-documents> [última consulta: 31.8.2015].

²⁶³ GULLY-HART, P., “Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of international legal assistance in criminal matters”, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 76, Núm. 1, 2005, pp. 27-48.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Vid.* PAWLAK, P., “The Unintentional Development of the EU’s Security Governance...”, *loc. cit.* en Nota 3.

discurso oficial de la UE en su pretendida labor normativa en su acción exterior, por otra.

5. Entre imposición de reformas y “resocialización” institucional. Límites de la diplomacia normativa europea

La acción exterior de la Unión en la transferencia de una normativa contra el COT, más o menos transnacional —propia o enmarcada en el seno de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales, como la Convención de Palermo—, ejemplifica bien los límites de la teoría de la gobernanza exterior mediante la condicionalidad ²⁶⁶. Asimismo, muestra nuevas vías de cooperación con Estados terceros ante la imposibilidad de avanzar conjuntamente en la lucha contra el COT cuando las preferencias e instrumentos no son compartidos por los interlocutores de la Unión, minimizando el alcance del pretendido poder normativo que se le presupone en su acción externa. Es claro el énfasis puesto por la UE en el refuerzo de la legislación preventiva y represiva en terceros Estados y en la mejora de la cooperación judicial bilateral a través de diferentes acuerdos y del —relevante, aunque limitado— papel de Eurojust como parte esencial de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. No obstante, la Unión se ha topado en numerosas ocasiones con la realidad de que terceros Estados no siempre están dispuestos a incorporar a su ordenamiento una legislación adaptada a los estándares europeos y dictada unilateralmente desde las instituciones comunitarias o a fomentar la cooperación judicial con los actores del ELSJ si para ello han de cumplir unos requisitos mínimos, por ejemplo, en relación a la protección de datos personales. Por ello, especialmente si existe asimetría de intereses entre las partes, los esfuerzos de las instituciones comunitarias por promover la cooperación bilateral se vuelcan en fomentar métodos de colaboración diferentes y crear mayores sinergias en otros niveles de gobierno o de contenido meramente técnico, poniendo en marcha redes y contactos transnacionales que faciliten la progresiva “resocialización” de los cuerpos de funcionarios

²⁶⁶ “La gobernanza exterior mediante la condicionalidad presupone la existencia de un *acquis* supranacional claro destinado a ser exportado, así como un fuerte efecto palanca de la parte de la Unión. Considerando que la PEV adolece de los incentivos de la adhesión, en la JAI buena parte del *acquis* consiste menos en instrumentos legales transferibles que en la cooperación operativa. Un rasgo particular de la cooperación JAI es su carácter de red [de contacto de decisores políticos] y la preeminencia del transgubernamentalismo como modo de gobernanza”. LAVENEX, S. y WICHMANN, N., “The External Governance of EU Internal Security”, *loc. cit.* en Nota 145, p. 85 (traducción propia).

particularmente en aquellas áreas en las que existe competencia comunitaria clara y normativa internacional consolidada, como la lucha contra los tráfico ilícitos de droga o el blanqueo de capitales.

El discurso promovido por la Unión en sus relaciones con terceros Estados, destinado a reforzar la legislación y las capacidades de las autoridades judiciales locales, no es neutro como pretenden las instituciones comunitarias y actores del ELSJ y sería propio a todo actor normativo que incorpora a su retórica el calificativo de *responsable*, como mantiene Mayer ²⁶⁷. Más bien, la *diplomacia normativa europea* busca exportar su modelo de lucha contra el COT o, por lo menos, acercar el sistema legal y policial de terceros al marco de la Convención de Palermo, mostrando la transnacionalización del Derecho penal a falta de un mayor convencimiento de esos Estados receptores de las “bondades” de instaurar un modelo similar al de la UE. De esta forma, cuanto menos “jerárquica” sea la relación bilateral, más recurrentes serán los llamamientos al marco transnacional para aceptar las condicionantes de la UE en un terreno especialmente sensible a las soberanías estatales como la asistencia y la cooperación judicial contra el COT; un concepto, no hemos de olvidar, muy discutido incluso dentro de la propia UE y para el que los Estados terceros tienen visiones muy dispares ²⁶⁸. Esta jerarquización de las relaciones bilaterales es claramente observable en el caso de los países candidatos a la adhesión, los cuales están más dispuestos a asumir los “costes” de adecuar sus respectivos ordenamientos a la legislación europea contra el COT por las “recompensas” de una futura (o hipotética) integración en la UE, al mismo tiempo que las instituciones comunitarias muestran un mayor interés por realizar un seguimiento exhaustivo de las reformas internas operadas en este campo. Prueba de ello son los esfuerzos por adaptar el ordenamiento interno a las exigencias y la programación recogida en los acuerdos bilaterales y planes de acción conjuntos, la participación de terceros Estados en mecanismos como TAIEX o Twinning de capacitación de autoridades locales, la existencia de importantes instrumentos

²⁶⁷ Para un análisis de la retórica de la UE *vid.* MAYER, H., “Is it still called “Chinese Whispers”? The EU’s rhetoric and action as a responsible global institution”, *International Affairs*, Vol. 84, Núm. 1, enero de 2008, pp. 62-79.

²⁶⁸ No olvidemos que, por ejemplo, Argelia, Marruecos y Turquía consideraron durante la tramitación de la Convención de Palermo que era necesario eliminar las referencias al fin último de los grupos delictivos organizados (el beneficio económico o cualquier otro de orden material), pues creían conveniente incluir en la definición “un beneficio moral” o “cualquier otro fin” con el objetivo de abarcar igualmente a los grupos terroristas en el alcance de la Convención.

comunitarios destinados a financiar las reformas, la continua monitorización de los avances obtenidos y la colaboración con los actores del ELSJ en la lucha contra el COT en sus diferentes formas.

En casos concretos, en los que no funciona esta lógica de integración ni existen los medios apropiados de monitorización, pero existe interés común de colaboración en áreas determinadas, la Unión ha mostrado nuevas vías en la consecución de sus objetivos de seguridad frente al COT, imperando un enfoque puramente jerárquico o hegemónico en aquellos ámbitos en los que se conjugan un *acquis* comunitario claro y un marco transnacional identificable y relativamente consolidado. En los casos de la lucha contra el blanqueo de capitales y el tráfico ilícito de drogas, por ejemplo, las instituciones europeas han sabido incorporar en sus relaciones bilaterales —por medio de los acuerdos de cooperación, asociación o preferencias arancelarias (para este último punto, *vid. infra*, epígrafe cuarto)— cláusulas relativas al refuerzo de la legislación estatal y la capacidad de las autoridades locales para atajar el beneficio de los productos de ambos delitos como medio de represión del COT a nivel internacional. Dadas las dificultades en la incorporación del marco comunitario en los respectivos ordenamientos internos y la ausencia de mecanismos de monitorización, el éxito de las medidas tomadas contra el COT depende de la voluntad de cooperación del país en cuestión, así como la viabilidad de instaurar medios alternativos de colaboración o socialización a nivel técnico u operativo o la existencia de “recompensas” en otros ámbitos. Algunos de los Estados cubiertos por la PEV responden a este grupo de países que, como Moldavia o Georgia, participan en proyectos conjuntos financiados con cargo al presupuesto de la Unión (por ejemplo, Instrumento Preadhesión ²⁶⁹, TAIEX, IEV), en operaciones coordinadas por Frontex y otras iniciativas abiertas a la incorporación de oficiales de dichos Estados terceros (verbigracia, colaboración estratégica con Europol, *vid. infra*, epígrafe siguiente), destinadas a favorecer un intercambio de *expertise* y buenas prácticas a niveles directamente inferiores al político que favorecen o preparan el terreno para la adopción de estándares normativos similares a los europeos.

²⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Western Balkans’ Prosecutors and Policemen strengthen co-operation thanks to Regional IPA projects fighting Organised Crime”, disponible en: http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/news/2015/04/20150422_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

Por el contrario, este enfoque basado en la condicionalidad de las relaciones bilaterales se ha mostrado ineficaz con países con los que la Unión ha establecido vínculos asimétricos o para los que las “recompensas” en otros ámbitos son menores. En el caso de aquellos Estados englobados en la PEV con mayor peso en la relación bilateral con la Unión (Ucrania, Israel), con prioridades diferentes (Marruecos) o problemas internos (Jordania, Libia y Siria, cuya participación se encuentra actualmente en suspenso), son numerosos los llamamientos por parte de las instituciones comunitarias a implementar esta normativa transnacional (verbigracia, la Convención de Palermo) de manera efectiva e integrada ante las reticencias locales a incorporar y aplicar directamente el Derecho europeo, haciéndose valer para la consecución de sus propios objetivos de seguridad de un “argumento de autoridad” y de un pretendido consenso internacional para luchar contra el COT a través del Derecho penal y de normas especiales en materia procesal y de investigación del delito. Ante este panorama, la Unión solamente ha tenido la opción de colaborar en otros ámbitos conexos, vinculando las reformas a “recompensas” a través de otras políticas o instrumentos. El ejemplo más claro de asimetría de intereses corresponde a la lucha contra el tráfico ilícito de inmigrantes. En sus relaciones con terceros Estados, la Unión ha favorecido la incorporación de la normativa internacional en la materia a través de compensaciones en otros ámbitos, como la liberalización de visados, aprovechando una competencia comunitaria clara en la materia más que un consenso generalizado a nivel internacional ²⁷⁰; una tendencia que se aprecia, en general, en todos los países de la PEV.

Esta distancia entre la retórica comunitaria y su acción exterior concreta evidencian las limitaciones inherentes a su papel como actor normativo y realmente global, claramente marcado por asimetrías en los intereses entre las partes y la capacidad de influir en terceros Estados en ausencia de un marco transnacional en el que apoyarse. Esta disparidad deja entrever, además, las contradicciones con los objetivos de otras políticas exteriores en las que la Unión se erige como actor normativo, comprometido con la Sociedad Internacional en la promoción del Estado de Derecho o la denominada “intervención humanitaria” en la gestión de crisis y conflictos por medio

²⁷⁰ *Vid.* Capítulo I para referencias a las diferencias existentes entre los Estados firmantes de la Convención de Palermo en relación a la rúbrica y alcance del Protocolo relativo al tráfico ilícito de migrantes.

de las misiones y operaciones de la PCSD. Como veremos en el último epígrafe, estas actividades han estado encaminadas a la formación de las autoridades locales y el control directo sobre el terreno de las actividades criminales de los grupos delictivos organizados en ausencia de fuerzas y cuerpos de seguridad plenamente operativos en situaciones postconflicto. Estas vicisitudes, perceptibles en el ámbito judicial y el relativamente fallido “contagio de normas por difusión” —reformulado en “contagio de normas por imposición”, especialmente en aquellos países candidatos a la adhesión—, son igualmente apreciables en el terreno de la cooperación policial y aduanera con terceros Estados, en el que la Unión carece de competencia operativa directa pero que forma parte esencial de la agenda comunitaria en la vertiente exterior de su política “común” de lucha contra el COT.

3. La cooperación en el ámbito del *law enforcement*. El elemento activo de la acción exterior europea

La UE, junto con otros socios internacionales presentes en la región, ha puesto especial énfasis en la reestructuración de las autoridades policiales y aduaneras locales de los países del entorno geográfico próximo. Si bien la EES preconizaba ya en 2003 la necesidad de ser más proactivos en materia de seguridad, no sería hasta la ampliación al Centro y Este europeo cuando las instituciones comunitarias tomaron conciencia de la necesidad de promover igualmente en terceros Estados el modelo de policía basado en la inteligencia penal instaurado en la UE (*vid. supra*, Capítulo II), incorporando la lógica proactiva que se le ha querido otorgar al ámbito de la cooperación policial a sus relaciones con terceras partes. La cercanía a zonas en transición política y postconflicto, en las que la Unión sitúa los principales desafíos y amenazas a su seguridad relacionadas tradicionalmente con el COT (proliferación de ALPC y de armas de destrucción masiva, corrupción, Estados frágiles o inexistentes, rutas de tráfico ilícito de drogas e inmigrantes, etc.), ha provocado que las instituciones europeas concentren su atención en el refuerzo de las fronteras exteriores del *espacio* europeo y la mejora de las capacidades policiales y aduaneras de los terceros Estados con los que, a partir de ahora, la Unión comparte frontera.

A través de diferentes instrumentos de asistencia técnica y financiera y de la promoción de una normativa propia relativa al intercambio de información y datos, la

UE pretende exportar su modelo policial y de vigilancia y control integrado de las fronteras a terceros Estados. Su fin ha sido, desde el principio, capacitar a las autoridades policiales y aduaneras locales en la prevención y represión de las actividades ilícitas transfronterizas de los grupos delictivos organizados, en beneficio de ambas partes: para la Unión, por su relevancia en la eficacia de lucha contra el COT a nivel externo y el refuerzo de su seguridad interior; para el Estado tercero, por la considerable asistencia técnica y financiera comunitaria y los beneficios en otros ámbitos de interés derivados del efecto *spillover* de la cooperación contra el COT. Al igual que en el caso de la implementación del Derecho transnacional y de la UE, la Unión ha hecho uso de diversos instrumentos para aumentar su capacidad de influencia en la adopción-adaptación por terceros Estados de este modelo de gestión integrada de las fronteras (*Integrated Border Management*, IBM) propiamente europeo y de promover la cooperación policial bilateral UE-Estado tercero y entre éste y los EEMM. Nuevamente, la liberalización de visados y el acceso al mercado interior han sido los principales incentivos ofertados por la UE para conseguir estos fines, que han tenido una especial incidencia en los ordenamientos internos, la protección de los Derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados y el modo de actuar de las fuerzas encargadas del orden público.

1. De la cooperación policial internacional a la extensión del modelo europeo de prevención y lucha contra el crimen organizado en los países del vecindario

Por extensión a la competencia interna conferida por el TFUE, la UE es competente para cooperar con terceros Estados en los ámbitos policial y de aduanas, tanto con carácter preventivo como represivo. Así, además de los acuerdos firmados con EE.UU. y Japón en materia de asistencia judicial penal, la Unión ha concluido varios convenios de intercambio de información y datos personales esenciales para la cooperación bilateral policial y entre las autoridades aduaneras con los EE.UU. —los controvertidos acuerdos PNR y SWIFT²⁷¹—, Canadá²⁷² y Australia²⁷³, centrados casi

²⁷¹ Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, *Diario Oficial L 215*, de 11.8.2012, pp. 5-14 (sustituye al Acuerdo PNR 2007); y Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de seguimiento de la financiación contra el terrorismo, *Diario Oficial L 195*, de 27.7.2010, pp.

en exclusiva en la lucha contra el terrorismo y no exentos de polémica ²⁷⁴. Sin embargo, al igual que en el caso de la asistencia judicial bilateral, la UE no ha firmado ningún acuerdo de intercambio de datos con los países vecinos tan avanzado como los anteriores. Aparte de los acuerdos sobre la protección de la información clasificada intercambiada con la ARYM ²⁷⁵, Bosnia-Herzegovina ²⁷⁶, Serbia ²⁷⁷, Montenegro ²⁷⁸ y la Federación de Rusia ²⁷⁹, solamente encontramos como principios rectores de las relaciones bilaterales, con carácter general, las disposiciones relativas a la protección de datos personales, el refuerzo de las estructuras policiales y de aplicación de la ley y otras normas específicas sobre tráfico ilícito contenidas en los AEA concluidos con los Estados balcánicos. En el caso de los países englobados bajo el *paraguas* de la PEV, son igualmente genéricas las alusiones a la cooperación judicial penal bilateral e intercambio de datos e información en la lucha contra el COT y la asistencia administrativa mutua en materia aduanera, sin que este marco legal genérico sirva para garantizar potenciales abusos en la puesta en práctica de las medidas de *excepción* en la lucha contra el COT recogidas en el Derecho de la UE y desarrolladas plenamente en determinados EEEMM ²⁸⁰ y garanticen la protección efectiva de los Derechos fundamentales ante la actuación de las autoridades de las partes contratantes, sujetas,

5-14. Adicionalmente, Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre seguridad en materia de información clasificada, *Diario Oficial L 115*, de 3.5.2007, pp. 30-34.

²⁷² Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros y de los expedientes de pasajeros, *Diario Oficial L 82*, de 21.3.2006, pp. 15-19. En la actualidad, ambas partes negocian un nuevo acuerdo, para adaptarlo a las disposiciones del Tratado de Lisboa.

²⁷³ Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, *Diario Oficial L 186*, de 14.7.2012, pp. 4-16; Acuerdo entre Australia y la Unión Europea en materia de seguridad de la información clasificada, *Diario Oficial L 26*, de 30.1.2010, pp. 31-35.

²⁷⁴ *Vid.* Nota 130 para referencias doctrinales especialmente críticas con los acuerdos SWIFT.

²⁷⁵ Acuerdo entre la Antigua República Yugoslava de Macedonia y la Unión Europea sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada, *Diario Oficial L 94*, de 13.4.2005, pp. 39-44.

²⁷⁶ Acuerdo entre Bosnia y Herzegovina y la Unión Europea sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada, *Diario Oficial L 324*, de 27.10.2004, pp. 16-19.

²⁷⁷ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Serbia sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada, *Diario Oficial L 216*, de 23.8.2011, pp. 2-4.

²⁷⁸ Acuerdo entre la Unión Europea y Montenegro sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada, *Diario Oficial L 260*, de 2.10.2010, pp. 2-5.

²⁷⁹ Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y la Unión Europea sobre protección de información clasificada, *Diario Oficial L 155*, de 22.6.2010, pp. 57-60.

²⁸⁰ *Vid.*, por ejemplo, CESONI, M. L., (Dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant – L. G. D. J., Bruselas – París, 2007.

por tanto, a definiciones posteriores y acuerdos “técnicos” rubricados a medida con los actores del ELSJ.

El principal escollo en la negociación de acuerdos internacionales con terceros Estados tanto en el ámbito judicial como policial y aduanero es, precisamente, la protección de los datos personales —cuestión central en el modelo de cooperación policial europeo basado en la inteligencia (o ECIM, *vid supra*, Capítulo II)—. Con carácter general, el primer paso para relacionarse con la UE en los ámbitos cubiertos por el Título V del TFUE es la ratificación del Convenio del CoE para la protección de los individuos en el procesamiento automático de datos de 1981, en el que se inspira la normativa comunitaria ²⁸¹, o, en su defecto, la existencia de un régimen similar de protección de datos personales, como únicamente se ha señalado respecto de Israel ²⁸². Según esta normativa comunitaria, los Estados miembros no podrán transferir datos personales a un tercer Estado que no ofrezca garantías suficientes de protección ²⁸³. Igual sucede con Europol, que, a imagen de lo previsto para Eurojust, también puede establecer cooperaciones con terceros Estados y organismos internacionales en los ámbitos de sus competencias y siempre que, en caso de concluir acuerdos operativos con dichas terceras Partes, la protección de los datos intercambiados esté garantizada ²⁸⁴. Es por ello por lo que el Reino Unido priorizó —sin éxito ²⁸⁵— la introducción en la

²⁸¹ *Vid.* Nota 91.

²⁸² *Vid.* Nota 241.

²⁸³ Artículos 25 y 26, Capítulo IV, Transferencia de datos personales a países terceros, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 95/46/CE, *supra*, en Nota 91; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, *Diario Oficial L 350*, de 30.12.2008, pp. 60-71, en particular el artículo 13.

Adicionalmente, se aplican las siguientes decisiones de la Comisión: Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 181*, de 4.7.2001, pp. 19-31; Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países, *Diario Oficial L 385*, de 29.12.2004, pp. 74-84; Decisión 2010/87/CE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *Diario Oficial L 39*, de 12.2.2010, pp. 5-18.

²⁸⁴ Artículo 23 de la Decisión Europol, *Relaciones con terceros Estados y organizaciones*

“1. En la medida en que sea necesario para el ejercicio de sus funciones, Europol también podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con:

- a) terceros Estados;
- b) organizaciones [...]

2. Europol podrá celebrar acuerdos con las entidades mencionadas en el apartado 1 [...]. Tales acuerdos podrán referirse al intercambio de información operativa, estratégica y técnica, incluidos los

Estrategia para la dimensión exterior del ELSJ de medidas de protección de datos para el intercambio fluido entre autoridades de los EEMM y terceros Estados de acuerdo a los estándares comunitarios, al igual que mayores sinergias entre los aspectos e instrumentos internos y externos ²⁸⁶, posibilitando la adopción de estos acuerdos con terceras partes.

En la práctica, dadas las limitaciones del marco legal de protección de datos de los Estados terceros, la cooperación bilateral en materia policial entre la Unión y los países englobados en la PEV o candidatos a la adhesión ha estado principalmente centrada en aspectos estratégicos y de formación o capacitación de las autoridades policiales locales, más que operativos o tácticos, además de en realizar un seguimiento exhaustivo de las reformas operadas en materia de instituciones policiales y, en general, del sector de la seguridad ²⁸⁷. Es de resaltar el énfasis puesto por la Unión, especialmente en sus relaciones con los países candidatos o con “perspectiva europea”, en la adopción de métodos de trabajo similares a los utilizados por las autoridades del orden público de los EEMM, particularmente en cuanto a su carácter preventivo y el uso de técnicas especiales para luchar contra la actividad criminal del COT, en línea con los principios y objetivos del ECIM, así como en la reforma general de los servicios

datos personales y la información clasificada [...]. Europol podrá transmitir a las entidades mencionadas en el apartado 1 del presente artículo:

- a) datos personales e información clasificada cuando sea necesario en casos particulares a efectos de prevención y lucha contra las infracciones penales en el ámbito de competencias de Europol, y
- b) datos personales cuando Europol haya celebrado un acuerdo [...], que permita la transmisión de tales datos sobre la base de una evaluación de la existencia de un nivel adecuado de protección de datos por parte de dicha entidad.

7. La transmisión por parte de Europol de información clasificada a las entidades contempladas por el apartado 1 solo estará permitida en la medida en que exista un acuerdo en materia de confidencialidad entre Europol y la entidad receptora.

8. No obstante [...], Europol podrá transmitir datos personales e información clasificada que obre en su poder a las entidades contempladas en el apartado 1 del presente artículo cuando el director considere que la transmisión de dichos datos es absolutamente necesaria para proteger los intereses esenciales de los Estados miembros interesados en el marco de los objetivos de Europol, o con el fin de prevenir un peligro inminente asociado a delitos o actos terroristas. [...].”

Pueden consultarse los acuerdos concluidos por Europol con terceras Partes en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

²⁸⁵ Únicamente existe una breve referencia a la necesidad de “mejorar el intercambio de información con todos los países para identificar a los terroristas, interceptar sus actividades y llevarlos ante la justicia” [15446/05, Bruselas, 6.12.2005, p. 2].

²⁸⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Contribution by the UK delegation on the Strategy for the External Dimension of Justice and Home Affairs*, 11413/09, Bruselas, 26.6.2009,

²⁸⁷ *Vid.*, para un análisis de la influencia de la UE en la reforma del sector de la seguridad en estos países, HÁNGGI, H., y TANNER, F., “Promoting security sector governance in the EU’s neighbourhood”, *Chaillot Paper*, Núm. 80, Instituto de Estudios de Seguridad de la UE, París, julio de 2005.

policiales, dejando en un segundo plano la reglamentación interna de la protección de los Derechos fundamentales y el respeto del Estado de Derecho en la ejecución práctica de las medidas policiales promovidas por la Unión. Así, por ejemplo, el *Plan de Acción UE-Armenia* incluye entre las áreas de acción prioritaria la reforma judicial, la lucha contra la corrupción de las autoridades del orden público ²⁸⁸ y la mejora de la formación de los funcionarios de policía y prisiones, especialmente en materia de prevención y protección de las víctimas de trata de seres humanos, cuestión específicamente abordada en el programa de reforma de la policía armenia para el pasado período 2012-2014.

Por ello, una de las principales actividades de la Unión en sus relaciones con los Estados de la Ampliación y la PEV ha estado destinada a prestar asistencia en la formación e instrucción de las fuerzas policiales, así como aduaneras, principalmente a través de su participación en los proyectos multilaterales y bilaterales Twinning y la asistencia técnica ofrecida en el marco de TAIEX ²⁸⁹, así como por medio de la firma de acuerdos con la Escuela Europea de Policía (CEPOL) para la formación y la cooperación o de participación en programas conjuntos con esta entidad y la financiación del IEV, IPA y otros proyectos específicos para la formación de jueces y policías ²⁹⁰. Entre otros Estados de la PEV y de los Balcanes occidentales, Georgia firmó un acuerdo de cooperación con CEPOL, en diciembre de 2011, para mejorar la colaboración bilateral y promover el intercambio de buenas prácticas, dejando fuera, por tanto, el intercambio de datos personales y otra información “sensible” para las fuerzas

²⁸⁸ La UE incluye en los Planes de Acción de Armenia y Georgia la implementación del Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado por el Comité de Ministros del CoE en su Recomendación Rec (2001) 10, de 19 de septiembre de 2001.

²⁸⁹ Los proyectos en el sector JAI supusieron el 13% del total en el período 2004-mayo 2012, con tendencias idénticas para los años siguientes. *Vid.* para mayor detalle: http://ec.europa.eu/europeaid/where/neighbourhood/overview/twinning_en.htm, http://ec.europa.eu/enlargement/taix/dyn/activities/justice_en.jsp [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁰ La UE financió un proyecto de tres años (2006-2009) para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (MOLICO) en Moldavia, fruto de un acuerdo tripartito con el CoE y la Agencia Sueca de Cooperación Internacional al Desarrollo. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/MoneyLaundering/Projects/MOLICO/Molico_en_a_sp [última consulta: 31.8.2015].

La UE también contribuyó, con algo más de 1,5 millones de euros, a la financiación de un proyecto destinado a mejorar la eficiencia de las agencias policiales en la realización de tareas de protección del orden público en Ucrania, con el objetivo de salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos ucranianos y ajustar el funcionamiento de las Tropas de Interior de Ucrania del Ministerio de Asuntos Interiores ucraniano: http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/projects/list_of_projects/264883_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

de seguridad ²⁹¹. Además, CEPOL ha firmado otros acuerdos de cooperación similares con Albania y Moldavia, sumándose así a las labores de formación de los agentes locales del orden público que realiza la Misión de Observación de la UE en este último país y Ucrania (EUBAM), trabajo que también realizan otras misiones y operaciones de la PCSD desplegadas en el exterior, que han adquirido relevancia indiscutible en la prevención y represión directa e indirecta de determinados tráfico ilícitos sobre el terreno.

La existencia de estos acuerdos se ha plasmado, en la práctica, en la participación en seminarios y visitas de estudio para oficiales organizados por el Colegio, especialmente destinados a la puesta en común y promoción de las prácticas y estándares de las fuerzas y cuerpos de seguridad de los EEMM en los Estados de los Balcanes en ámbitos específicos de la lucha contra el COT ²⁹². Esta práctica de intercambio de experiencias ha puesto de relieve que la colaboración en el ámbito policial con los países de la región es un largo proceso de aprendizaje y adaptación a la normativa comunitaria en el que, más consciente que inconscientemente, las autoridades locales incorporan las técnicas de investigación, prevención y represión de las actividades delictivas de los grupos organizados transnacionales que operan en su territorio, facilitando una posterior incorporación *bottom-up* de la normativa europea a sus respectivos ordenamientos internos.

Europol, por su parte, ha entablado una cooperación fluida con determinados terceros Estados y organismos internacionales, como Interpol, EE.UU., Australia, Colombia y Canadá, con los que ha firmado acuerdos operacionales que incluyen el intercambio de información sensible y datos personales entre autoridades ²⁹³. Europol también firmó sendos acuerdos operacionales con la ARYM, Albania, Montenegro y la República de Serbia, mientras que con Bosnia-Herzegovina y Turquía las relaciones bilaterales quedan en un segundo plano, limitándose a rubricar acuerdos estratégicos, sin posibilidad de poder intercambiar este tipo de datos e información. Igualmente, la cooperación entre Europol y las autoridades rusas está regida por un acuerdo

²⁹¹ Decision 27/2011/GB of the Governing Board of the European Police College approving the Cooperation Agreement between CEPOL and the Academy of the Ministry of Interior of Georgia, Adopted by the Governing Board via written procedure on 17 August 2011, disponible en: <https://www.cepola.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹² <https://www.cepola.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹³ <https://www.europol.europa.eu/content/page/external-cooperation-31> [última consulta: 31.8.2015].

estratégico, a la espera de que la Federación de Rusia avance en la adopción de la Convención 1981 del CoE y aproxime su legislación a los estándares europeos en materia de protección de datos para poder firmar un acuerdo operativo que le permita profundizar en la cooperación bilateral y ocupar la posición que ambas partes pretenden darle a esa *asociación estratégica* todavía por concretar. Moldavia y Ucrania también tienen sendos acuerdos estratégicos con Europol, al mismo tiempo que otros Estados de la PEV avanzan en la ratificación de la Convención 1981 del CoE en sus ordenamientos internos, como hizo en abril de 2011 Armenia, aunque todavía no entran en la agenda de relaciones exteriores establecida para Europol, en la que tampoco figuran otros Estados englobados en la PEV ²⁹⁴. En la práctica, estos acuerdos se han traducido en la adaptación del mecanismo SIENA de intercambio de información de Europol para extenderlo a Albania, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Serbia y Turquía, y el envío de oficiales de enlace a La Haya para facilitar el contacto con las autoridades policiales locales en la conducción de las investigaciones y operaciones conjuntas ²⁹⁵, algo que ha quedado reflejado en varias operaciones conjuntas, como la *Operación Athena III*, desarrollada en octubre de 2012 contra el blanqueo de capitales ²⁹⁶ o la *Operación Arquímedes*, en septiembre de 2014, en la que participaron 34 países y entidades socias de Europol ²⁹⁷; actividades que han venido a sumarse al papel de la agencia en el

²⁹⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2009/935/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *Diario Oficial L 325*, de 11.12.2009, pp.12-13; Decisión de Ejecución 2014/269/UE del Consejo, de 6 de mayo de 2014, por la que se modifica la Decisión 2009/935/JAI en lo que respecta a la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *Diario Oficial L 138*, de 13.5.2014, pp. 104-105.

Israel, que sí está incluido en la lista de países con los que la agencia debe negociar acuerdos de cooperación, no tiene ningún tipo de acuerdo con Europol, si bien la Comisión consideró que el Estado cumplía los requisitos mínimos exigidos por los estándares de la UE y existe una cooperación relativamente fluida entre las partes. En la última modificación, estaba incluido solamente Georgia, país que pasó a formar parte de la lista tras la adopción de la Decisión de Ejecución en mayo de 2014.

²⁹⁵ Vid., EUROPOL, *Europol Review. General Report on Europol Activities*, Luxemburgo, 2012, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁶ Esta operación, cuya fase operacional se desplegó en octubre de 2012, estaba centrada en reprimir actividades de blanqueo de capitales, en particular verificar el cumplimiento de la obligación de declarar cantidades iguales o superiores a 10.000 € al entrar o salir de la UE. En ella participaron, además de los EEMM, ARYM, Islandia, Marruecos, Montenegro, Noruega, Serbia y Suiza, así como Interpol y otros organismos internacionales. Para más información, vid. EUROPOL, *General Report on Europol Activities*, La Haya, 2013, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁷ Entre el 15 y el 23 de septiembre de 2014, participaron 34 países, incluyendo Serbia y los 28 EEMM, constituyendo la operación de aplicación de la ley más grande jamás coordinada en Europa. Como resultado, se pusieron fin a las actividades criminales de varios grupos organizados implicados en tráfico ilícito de drogas, armamento y falsificaciones, la trata de seres humanos y la facilitación de la

intercambio de información y la colaboración con las misiones y operaciones de la PCSD sobre el terreno y otros Organismos regionales y actores implicados en la reconstrucción postconflicto de los Balcanes occidentales, como analizaremos con mayor detalle en el último epígrafe del presente Capítulo.

Adicionalmente, la UE ha financiado diversos proyectos para reforzar la lucha contra el COT en el terreno operativo y proporcionado asistencia práctica respecto de determinadas actividades delictivas, principalmente relacionadas con los tráfico ilícitos de inmigrantes y de drogas y la trata de seres humanos ²⁹⁸. Estas actividades de formación de las autoridades policiales participantes han facilitado la transmisión del *expertise* de los agentes europeos y de la asimilación de medios de investigación, análisis de inteligencia y especialización, además de facilitar la redacción de la reglamentación y los programas de reorganización de los servicios policiales con la creación de unidades especializadas en la prevención y lucha contra el COT y la corrupción, como ya ocurriese con la Oficina de la Policía Nacional croata contra la corrupción y el crimen organizado (PNUSKOK), órgano subsidiario de la Oficina del Fiscal (USKOK), y, en general, la preparación de las autoridades policiales locales previas a la adhesión, además de en otros países de la región, como Bosnia-Herzegovina ²⁹⁹, prácticamente tutorizada por la Unión en la reorganización de los servicios policiales y de aduanas en el marco de los Acuerdos de Dayton y de la PCSD ³⁰⁰.

inmigración ilegal. Puede consultarse toda la información sobre esta operación conjunta en: <https://www.europol.europa.eu/content/operation-archimedes> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁸ Con el concurso de los EE.UU. y la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, la UE cofinanció el “Project Prevention of Human Trafficking in the Russian Federation”, un proyecto de prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección, reintegración y asistencia a las víctimas que terminó el 31.12.2009. Puede consultar la información en: <http://www.no2slavery.ru/eng/> [última consulta: 31.8.2015].

²⁹⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Informe de supervisión de los preparativos para la adhesión de Croacia*, 9170/12, Bruselas, 25 de abril de 2012.

Para un estudio pormenorizado de las reformas realizadas en los países de los Balcanes occidentales en su conjunto, *vid.* ONUDD, *Development of Monitoring Instruments for Judicial and Law Enforcement institutions in the Western Balkans. Background Research on Systems and Context 2009-2011*, abril de 2010, disponible en: www.unodc.org [última consulta: 31.8.2015].

³⁰⁰ ASAMBLEA GENERAL y CONSEJO DE SEGURIDAD, *Carta de fecha 29 de noviembre de 1995 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas – Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina – Anexo 11. Acuerdo sobre la Fuerza Internacional de Policía*, 1995.

La Unión tomó el relevo de la Fuerza Internacional de Policía de Naciones Unidas con el despliegue de la Misión de Policía de la UE en Bosnia-Herzegovina. Analizaremos en el último epígrafe con mayor detalle las funciones y resultados de esta misión, la primera desarrollada en el marco de la PCSD.

Es de destacar, por último, la importancia que la UE ha otorgado a la cooperación policial a nivel regional en áreas vecinas como elemento íntimamente ligado a la reforma del sector de seguridad y a la transformación postconflicto. Las instituciones comunitarias han puesto especial énfasis particularmente en los Balcanes occidentales, donde se ha convertido en un requisito previo a cualquier negociación de adhesión y en un elemento esencial en la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. Así, en 2006, la UE apoyó la conclusión de la Convención relativa a la Cooperación Policial en el Sureste Europeo, con el objetivo de promover la cooperación regional —inspirada claramente en los estándares del *acervo Schengen*— en relación a la seguridad de las fronteras, el intercambio de información y la cooperación policial entre Albania, ARYM, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Eslovenia, Hungría, Moldavia, Montenegro, Rumania y Serbia ³⁰¹. Asimismo, el funcionamiento del Centro para la aplicación de la ley en el Sureste Europeo (SELEC, por sus siglas en inglés) se asemeja al de Europol, dividiéndose en ocho *task forces* especializadas en determinados delitos relacionados con el COT y la delincuencia transfronteriza, con capacidad operacional para coordinar y apoyar las investigaciones y operaciones conjuntas con dimensión transfronteriza, así como para elaborar informes estratégicos similares a los OCTA de la oficina europea ³⁰². De esta forma, se puede afirmar que estas redes son foros de aprendizaje, “cuyos miembros pertenecen a círculos concéntricos con diferentes grados de proximidad al centro de la UE” ³⁰³. No obstante, se hace necesaria una mayor cooperación entre estas iniciativas regionales y los actores del ELSJ, especialmente Europol y Eurojust, además de una mayor cooperación operativa, prácticamente ausente dentro de estas estructuras regionales y en relación con la UE, fruto, principalmente, de “la enorme desconfianza de los Estados vecinos que no solamente es alimentada por memorias de la guerra, sino más aún por la retórica política y las acciones actuales” que tienden a ser europeizadas ³⁰⁴.

En realidad, la asistencia que la UE ha prestado a la reforma de las instituciones de policía y, en general, del sector de seguridad en los países de los Balcanes

³⁰¹ www.pccseesecretariat.si [última consulta: 31.8.2015].

³⁰² <http://www.selec.org/m105/Home> [última consulta: 31.8.2015].

³⁰³ LAVENEX, S., “Channels of Externalisation of EU Justice...”, *loc. cit.* en Nota 144, p. 129.

³⁰⁴ LUIF, P., *The External Dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice in Relation to the Western Balkan Countries*, Briefing Paper, Dirección General para las Políticas Exteriores de la UE – Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, octubre de 2006, p. 10.

occidentales y de la PEV en el marco de la dimensión exterior de la lucha contra el COT ha estado esencialmente centrada en la capacitación de las autoridades locales y la adopción de los estándares europeos de manera bilateral, prestando, además, escasa o nula atención a los problemas de responsabilidad democrática de las autoridades policiales ante los parlamentos nacionales o de respeto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, cuestión que ha ido en detrimento de los principios y objetivos de la PESC y del discurso “humanista” de la propia UE que supuestamente ha de guiar la acción exterior europea (Arts. 21 TUE y 205 TFUE). Los programas financiados en el sector de la seguridad, así como la cuantía total a ellos asignada, prueban esta tendencia generalizada, principalmente en las relaciones de la UE con los Estados balcánicos y candidatos, en cuya agenda bilateral “el énfasis en la protección de datos y la privacidad es limitado y no es una prioridad”³⁰⁵. Por lo tanto, especialmente si nos encontramos ante un escenario postconflicto en el que la Unión ha enviado misiones y operaciones en el marco de la PCSD, la agenda bilateral está claramente marcada por los objetivos estratégicos de seguridad de la UE, caracterizados por el corto plazo en la lucha contra el COT, complementando las funciones de los efectivos desplegados por los EEMM. De esta forma, como resume Jörg Monar:

La asistencia de la UE para la reforma de las estructuras policiales y judiciales puede ser vista como una importante dimensión de la integración de los objetivos de policiales y judiciales en las relaciones exteriores de la UE. Esto es aún más cierto cuando los objetivos del ELSJ de reducir los riesgos a la seguridad interior coinciden sobre el

³⁰⁵ PAWLAK, P. “The Unintentional Development of the EU’s Security Governance...”, *loc. cit.* en Nota 3, p. 97 (traducción propia). En la misma línea, MOUNIER, G., “European Police Missions: From Security Sector Reform to Externalization of Internal Security Beyond the Borders”, *HUMSEC Journal*, Núm. 1, 2007, pp. 52-71.

En el caso de Afganistán, esta tendencia es incluso más patente al haber abandonado su modelo de policía democrático y civil por un modelo militarizado, a imagen del enfoque promovido por los EE.UU. en el país, indirectamente apoyado por las intervenciones de algunos EEMM.

“La posición pública de la UE en desarrollar los enfoques de policía democráticos ha sido marginal. Se habla poco [de ello]; las primeras reivindicaciones sobre la policía democrática y civil han sido anunciadas al parecer por nuevos objetivos estratégicos como la necesidad de estabilizar Afganistán por medio de instrumentos cada vez más militarizados. [...] Parece que la meta de la UE de exportar un modelo de policía democrática y civil a Afganistán no ha recalado entre la mayoría de los Estados miembros de la UE activos en Afganistán. [...] La asistencia policial es solamente un ejemplo de cómo la reforma del sector de la seguridad como concepto ha sido erosionado por una creciente militarización de los esfuerzos de reforma en línea con los objetivos estratégicos a corto plazo de los respectivos donantes”. HEIDUK, F., “Policing Mars or Venus? Comparing European and US approaches to police assistance”, *European Security*, Vol. 20, Núm. 3, septiembre de 2011, p. 380 (traducción propia).

En esta misma línea de securitización de la asistencia internacional en la reforma del sector de seguridad, DUFFIELD, M., “Governing the Borderlands: Decoding the Power of Aid”, *Disasters*, Vol. 25, Núm. 4, 2001, pp. 308-320.

terreno con los objetivos de la PESC relativos a la estabilización y refuerzo de Estados débiles.³⁰⁶

Este énfasis en la exportación del ECIM a los países del vecindario europeo y, en particular, de los Balcanes occidentales, como elemento activo de la vertiente exterior de la lucha contra el COT, acarrea un problema de responsabilidad democrática de las instituciones y agencias del sector de la seguridad que no ha recibido la suficiente atención por parte de la UE. El papel reforzado que adquieren las fuerzas policiales locales en la lucha contra el COT y la ingente adopción de normas procesales y penales inspiradas en el Derecho de la UE, junto con la expansiva provisión de otras medidas de investigación excepcionales, como la confiscación (“ampliada”) de bienes y el decomiso de los productos del delito o la legislación contra el blanqueo de capitales, requerirían de una especial consideración tanto a nivel interno como en la agenda comunitaria, ausente o vacía de contenido en los términos generales actuales —tal y como se desprende de los diferentes planes de acción bilaterales y otros documentos elaborados por las instituciones comunitarias—, sobre todo si tenemos en cuenta que el frágil equilibrio de las instituciones democráticas postconflicto o en transición política se ve alterado por la implantación de un modelo externo, desconectado de las necesidades locales reales.

Además, especialmente en relación con las funciones de formación de las autoridades locales de las misiones y operaciones de la PCSD, la implantación del modelo europeo de investigación y represión del COT está desconectada de las reformas políticas y socioeconómicas necesarias para la estabilidad a largo plazo y la paz sostenible, contradiciendo, en consecuencia, la propia identidad de la Unión como comunidad democrática y de promoción de esos mismos valores, como señalan algunos autores³⁰⁷. Estas cuestiones repercuten, directamente, en el nivel de *éxito/fracaso* de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y de consolidación del Estado de Derecho favorecedoras de la estabilidad en los países receptores de la ayuda financiera y

³⁰⁶ MONAR, J., “The integration of Police and Judicial Cooperation...”, *loc. cit.* en Nota 10, p. 63 (traducción propia).

³⁰⁷ IOANNIDES, I., y COLLANTES-CELADOR, G., “The internal-external security nexus and EU police/rule of law missions in the Western Balkans”, *Conflict, Security & Development*, Vol. 11, Núm. 4, septiembre de 2011, p. 415 (traducción propia); HÄNGGI, H., y TANNER, F., “Promoting security sector governance...”, *loc. cit.* en Nota 287.

asistencia técnica internacional y comunitaria, ya que, como señalan Heiner Hänggi y Fred Tanner:

Las actividades de reforma del sector de la seguridad llevadas a cabo en el marco de JAI, así como aquellas actividades realizadas bajo la PESD [...], se centran casi de manera exclusiva en reestructurar las instituciones de seguridad, tales como las fuerzas de policía y los agentes de fronteras, en lugar de en reforzar su responsabilidad democrática. [...] La reforma del sector de la seguridad asistida por la UE está principalmente motivada por reforzar sus fronteras exteriores y las capacidades de las autoridades del orden público de los países vecinos con el objetivo de prevenir la inmigración ilegal, la trata, el crimen organizado y el terrorismo, en lugar de por sus políticas públicas, explícita o implícitamente proclamadas, de mejorar la gobernanza democrática del sector de la seguridad en estos países. [...] Lo que se echa en falta es una estrategia integrada y coherente sobre la promoción de la gobernanza del sector de la seguridad en el marco más amplio de las relaciones exteriores de la UE.³⁰⁸

En consecuencia, la primacía en la consecución de los objetivos de lucha contra el COT y de la eficacia de la prevención y represión de las actividades delictivas e ilícitas cometidas por los grupos organizados choca frontalmente con los objetivos y fines concretos de promoción de la estabilidad y de los principios del Estado de Derecho que supuestamente guían la acción exterior de la Unión y que, en definitiva, son los que ayudarían a atajar directamente las raíces del problema y de factores desestabilizantes (políticos, de seguridad, sociales, económicos, corrupción, etc.) que favorecen la implantación y expansión de estos grupos en las sociedades postconflicto o en transición. Esta incoherencia se aprecia, igualmente, en la política comunitaria de ayuda al desarrollo, influida considerablemente por objetivos cortoplacistas relacionados con la lucha contra el COT a nivel local (*vid. infra*, epígrafe cuarto) y en otras políticas exteriores o con dimensión exterior originariamente destinadas a fines diferentes. De esta forma, lejos de ser una característica propia a la asistencia de la UE en materia de cooperación policial con los países del vecindario, basada principalmente en la adopción de los estándares del ECIM, la externalización de los objetivos de seguridad de la Unión relacionados directamente con la lucha contra el COT se percibe, con más claridad si cabe, en el ámbito de la cooperación aduanera y la gestión de

³⁰⁸ HÄNGGI, H., y TANNER, F., “Promoting security sector governance...”, *loc. cit.* en Nota 287, pp.40-41 (traducción propia).

fronteras con los países vecinos, que busca complementar las medidas adoptadas para reforzar las fronteras exteriores de los EEMM analizadas en el Capítulo anterior. Junto con el acento puesto en el refuerzo y la reforma de las instituciones policiales locales para aproximarlas a los estándares de la UE en la lucha contra el COT, la Unión ha enfatizado la necesidad de mejorar la gestión de las fronteras y el control de los flujos migratorios en los países de los Balcanes occidentales y del vecindario como paso indispensable para alcanzar los objetivos de la política “común” de lucha contra el COT y proteger el *espacio europeo* con un círculo de seguridad previo a las fronteras exteriores; una acción que ha sido completada por los EEMM en sus relaciones bilaterales con los países de la región ³⁰⁹.

2. Lucha contra el crimen organizado a través del refuerzo de los servicios aduaneros y de fronteras de terceros Estados. La implementación del IBM en los países vecinos

La gestión eficaz de las fronteras es de crucial importancia para la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, al mismo tiempo que contribuye a mantener buenas relaciones entre Estados vecinos. ³¹⁰

La gestión de las fronteras se ha convertido en una cuestión central en las relaciones de la UE con terceros Estados. Identificado como un elemento esencial en la protección de la seguridad interior de la UE ante amenazas consideradas “externas” al *espacio europeo*, como el COT, la Unión ha puesto especial énfasis en que los países colindantes gestionen adecuadamente sus fronteras para que las autoridades locales sean capaces de prevenir y reprimir potenciales actividades ilícitas o delictivas de los grupos organizados que tengan consecuencias negativas o puedan afectar al orden público europeo. Es más, lejos de ser percibida en términos de *frontera-zona* en la que ésta se convierte en elemento de cooperación en torno a intereses comunes —por ejemplo, luchar contra el COT en relaciones normales de vecindad—, la frontera recupera para la Unión su identificación como *frontera-línea* que separa dos sistemas políticos y

³⁰⁹ Para el caso concreto de las relaciones en materia JAI entre España y Marruecos, *vid.* DÍAZ BARRADO, C. M., “Marco jurídico de la cooperación judicial y policial en las relaciones hispano-marroquíes”, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. (Coord.), *La Conferencia de Algeciras y las relaciones...*, *op. cit.* en Nota 172, pp. 13-32.

³¹⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión – “Hacia una estrategia sobre la dimensión exterior...”*, *op. cit.* en Nota 29, p. 4.

reafirma la existencia de sendas realidades culturales y sociales diferenciadas (el *nosotros* y el *vosotros*)³¹¹, por lo que en sus relaciones con terceros Estados el carácter de *control* de las fronteras prevalece sobre la *gestión común* o conjunta. En consecuencia, el buen funcionamiento del control fronterizo y aduanero no solamente es un elemento facilitador de los intercambios comerciales bilaterales y de la movilidad migratoria como pretenden las instituciones comunitarias en su discurso oficial, sino que, casi de manera obsesiva, se convierte en un instrumento al servicio de la UE destinado a preservar el orden público interno de potenciales amenazas externas asociadas al COT: por un lado, las fronteras exteriores sirven tanto para limitar el acceso al *espacio interior* de los nacionales de los terceros Estados como para reprimir comercios ilícitos con origen, tránsito o destino en una de las Partes —previamente tipificados penalmente en los diferentes ordenamientos internos tras las reformas legales impulsadas por la Unión—; por otro lado, la UE insiste en el control fronterizo en países de origen y tránsito de determinados tráfico ilícitos (drogas, ALPC, migrantes ilegales, falsificaciones, tabaco, etc.) por parte de las instituciones locales como elemento indiscutible de prevención de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, por lo que el refuerzo de sus capacidades es parte esencial de su estrategia y de la consecución de sus objetivos en materia de protección del *espacio* interno. Esta orientación es consecuencia directa del enfoque seguido por la UE en la gestión de los flujos migratorios y del rol que desempeñan las autoridades aduaneras en la prevención y represión de las actividades delictivas y tráfico ilícitos ligados al COT, que ha redundado en la criminalización de la inmigración ilegal e irregular en lugar de promover alternativas al uso del Derecho penal, por ejemplo, a través de procedimientos administrativos sancionadores que conduzcan únicamente a la expulsión del inmigrante irregular/ilegal sin que la estancia irregular suponga un delito —si bien actualmente no puede ser objeto de medidas de prisión *per se* por la comisión de dicha infracción, ni sea

³¹¹ Mientras que a nivel interno las fronteras desaparecen en la UE, en su relación con terceros Estados se convierten en *límites* a la soberanía de las partes vecinas, contrariamente a la tendencia reciente en la que “la frontera se convierte en motor de cooperación (caso de la cooperación transfronteriza) y de la unión (caso de la Unión Europea) entre las poblaciones que comparten valores e intereses comunes”. BLACHÈRE, P., *Droit des relations internationales*, 3ª edición, LexisNexis S. A., París, 2008, p. 23 (traducción propia).

Sobre la doble naturaleza de la frontera como *línea* y *zona*, *vid.* PUEYO LOSA, J., “Las competencias del Estado (II): el territorio terrestre y el espacio aéreo. Delimitación y régimen jurídico”, DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 438-470.

posible la imposición de medidas coercitivas de expulsión y sanciones pecuniarias en un mismo caso, como algunos ordenamientos estatales han mantenido ³¹²—, y que ha convertido a las autoridades policiales y de aduanas de terceros Estados en un elemento más de la acción exterior de la política “común” de lucha contra el COT por medio de la exportación de su modelo de gestión integrada de fronteras o en *gendarmes* de la frontera europea en la implementación real de la política comunitaria de inmigración, como veremos en el siguiente epígrafe.

Este énfasis en la gestión/control eficaz de las fronteras fue una cuestión destacada en el Consejo Europeo de Tampere (1999) que precedió a la ampliación a Europa central y oriental ³¹³ y, actualmente, resulta indispensable en la política “común” de lucha contra el COT, además de ser complemento esencial del refuerzo del IBM europeo. De esta forma, la gestión y el control eficaz de fronteras pasan a un primer plano en la agenda de asociación con terceros Estados, convirtiéndose en un ámbito prioritario de cooperación bilateral reconocido tanto por el Programa de La Haya (2004-2009) y otros planes plurianuales posteriores como por la *Estrategia para la dimensión exterior de la JAI* del Consejo. Asimismo, los documentos sectoriales que han completado la programación estratégica en ámbitos concretos de la actuación exterior

³¹² El Tribunal de Justicia considera que la Directiva 2008/115 (o “Directiva de retorno”) “se opone a la normativa de un Estado miembro [...] que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11, en el procedimiento penal contra Hassen El Dridi, Rec. p. I-3015.

No obstante, el Tribunal estima que la citada Directiva no se opone a que una normativa de un Estado miembro imponga el encarcelamiento de un nacional de un Estado tercero en situación irregular u otras medidas coercitivas de último recurso si se ha dictado previamente una orden de expulsión y no existen motivos justificados para el no retorno. Este planteamiento se ha incorporado posteriormente a la jurisprudencia comunitaria por medio de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, en el procedimiento entre Alexandre Achughbadian y Préfet du Val-de-Marne.

Asimismo, según el Tribunal de Justicia, con contadas excepciones, la Directiva obliga a los EEMM a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin que se admita como sustitución de la pena la imposición de una sanción pecuniaria; es decir, para el Tribunal los ordenamientos internos han de imponer bien una sanción de multa, bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, en el procedimiento entre la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería y Samir Zaizoune.

³¹³ “25. Como consecuencia de la incorporación del acervo de Schengen a la Unión, los países candidatos deben aceptar en su totalidad el acervo y las demás medidas basadas en el mismo. El Consejo Europeo destaca la importancia del control efectivo de las futuras fronteras exteriores de la Unión por profesionales con formación especializada”. CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm [última consulta: 31.8.2015].

de la UE, como la estrategia para prevenir y luchar contra los tráficos ilícitos de ALPC y de drogas y el documento orientado a la acción para mejorar la cooperación contra el COT con los países de los Balcanes occidentales y vecinos, también han enfatizado en la necesidad de gestionar adecuadamente las fronteras comunes exteriores y cooperar con los Estados vecinos, aduciendo el papel que ejercen las autoridades policiales y aduaneras en la prevención y represión de las actividades delictivas de los grupos organizados. En conjunto, estas estrategias han otorgado a la UE un mandato claro en relación a la acción exterior contra el COT, mantenido en el Programa de Estocolmo (2009-2014) ³¹⁴ y continuado en documentos posteriores ³¹⁵, pero que casa mal con la práctica real en la que han primado los intereses de seguridad en detrimento de una gestión integrada de las fronteras exteriores:

La política de la UE debería aspirar a ayudar a terceros países, en forma de plena asociación [...], en sus esfuerzos por mejorar su capacidad de gestión de la migración y de protección de los refugiados, prevenir y combatir la inmigración ilegal, informar sobre los canales legales de migración, resolver determinadas situaciones de los refugiados proporcionando un mejor acceso a soluciones estables, crear capacidad de control de fronteras, mejorar la seguridad de los documentos y abordar el problema del retorno. [...] Por lo que se refiere a los países de tránsito, el Consejo Europeo pone de relieve la necesidad de cooperación intensificada y de creación de capacidad, tanto en las fronteras meridionales como en las orientales de la UE, para permitir que estos países gestionen mejor la migración y proporcionen protección adecuada a los refugiados. Se concederá apoyo a la creación de capacidad en los regímenes nacionales de asilo, el control fronterizo y la cooperación en sentido amplio en cuestiones de migración a los países que demuestren un empeño real en cumplir sus obligaciones conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. ³¹⁶

³¹⁴ CONSEJO EUROPEO, “Programa de Estocolmo...”, *loc. cit.* en Nota 36, especialmente pp. 35-37.

³¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, Estrasburgo, 11.3.2014; COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Agenda Europea de Seguridad*, COM (2015) 185 final, Estrasburgo, 28.4.2015; CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

³¹⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, *Diario Oficial C 53*, de 3.3.2005, p. 5.

Este mandato general para incentivar la acción exterior de la UE en relación a las fronteras exteriores y la cooperación con terceros Estados se ha plasmado en prioridades geográficas (países de la Ampliación y de la PEV) y temáticas (prevención y represión de tráfico ilícito) que se repiten en el discurso oficial y la programación práctica de la actuación externa comunitaria. En el caso de los países candidatos a la adhesión y de los Balcanes occidentales, la gestión de las fronteras va a ser un elemento esencial en el proceso de preparación para la ampliación y de implementación del *acervo* de la UE en este ámbito. Esto se ha plasmado en la tensión manifiesta entre adopción y adaptación ³¹⁷ del IBM por las autoridades locales del orden público y de fronteras, a pesar de lo cual ha sido una acción prioritaria contenida en los AEA y los Planes de acción por país ³¹⁸, monitorizada anualmente por los servicios de la Comisión en los informes anuales por país en el marco de las políticas de Ampliación y Vecindad y, dado el coste de la capacitación de las autoridades locales de fronteras y aduanas, financiada con cargos a fondos comunitarios ³¹⁹. Por su parte, en el caso de los países del vecindario, los Planes de acción por país también incluyen entre sus acciones prioritarias la adopción/adaptación del IBM en sus ordenamientos estatales, contando igualmente con la financiación del IEV para el refuerzo y capacitación de los cuerpos de

Este último inciso ha demostrado que, en la práctica, no ha sido tan importante como debiera, puesto que ha cooperado con regímenes autoritarios que no garantizan la efectiva protección internacional exigida por la Convención de Ginebra o Estados que, simplemente, no la han ratificado (Libia).

³¹⁷ Especialmente en el terreno de la implementación del IBM se observa la tensión entre los objetivos a corto plazo de seguridad promovidos por la UE y el “apropiamiento” de las iniciativas de reforma en los países candidatos y con perspectiva europea, cuestión que plantea serias dudas acerca de la oportuna recepción de las reformas impuestas externamente por la UE en la sociedad civil de acogida y el propio éxito/fracaso de las reformas emprendidas en el refuerzo del Estado de Derecho y consolidación democrática en los países en transición o postconflicto. En este sentido, *vid.* COLLANTES-CELADOR, G., y JUNCOS, A. E., “The EU and border management in the Western Balkans: preparing for European integration or safeguarding EU external borders?”, *Southeast European and Black Sea Studies*, Vol. 12, Núm. 2, junio de 2012, pp. 201-220.

³¹⁸ *Vid.*, Nota 228.

³¹⁹ Los instrumentos de financiación de preadhesión (CARDS y, posteriormente el Instrumento de Preadhesión) y los proyectos *Twinning* han contribuido financieramente a la implementación de determinados dispositivos de seguridad en los pasaportes e instrumentos de viaje y para mejorar la capacitación y formación profesional de los agentes de aduanas, además de contar con la asistencia técnica de TAIEX en el desarrollo de las estrategias nacionales de implementación del IBM, exigidas por Bruselas.

Puede verse un cuadro resumen de las principales iniciativas e instrumentos adoptados en el marco del CARDS en: CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Action Oriented Paper on Improving Cooperation, on Organised Crime, Corruption, Illegal Immigration and Counter-terrorism, between the EU, Western Balkans and relevant ENP countries*, 9272/06, Bruselas, 12 de mayo de 2006, especialmente los anexos.

fronteras de estos países de la PEV³²⁰ y la asistencia técnica de TAIEX, si bien, como en el nivel legislativo, su voluntad de implementación del modelo europeo depende en gran medida de los intereses y devenires internos de cada Estado vecino en sus relaciones bilaterales con la Unión.

Concretamente en el terreno aduanero, como vimos en el Capítulo II, la UE ha concedido una especial importancia al papel de las aduanas en la política “común” de lucha contra el COT, particularmente en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y la falsificación de productos. Este enfoque también ha sido incorporado a las relaciones exteriores con terceros países, constituyendo una parte esencial en la cooperación bilateral en la lucha contra el COT sobre el terreno. Así, junto a los acuerdos específicos de intercambio de datos firmados con determinados Estados terceros —igualmente de aplicación en la cooperación aduanera en la mayoría de los casos—, son de aplicación las cláusulas relativas a la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras y otras destinadas a prevenir y reprimir diversos tráficó ilícitos (principalmente, drogas y personas) contenidas en los Protocolos adicionales a los AEA concluidos con los Estados balcánicos y los Acuerdos euromediterráneos de Asociación, cuyas disposiciones son bastante más amplias que en el ámbito de la cooperación policial —relativamente ausentes del marco bilateral en este tipo de acuerdos—, si bien todavía sujetas a indefiniciones y escasas concreciones en el terreno operativo en relación a la lucha contra el COT. Las disposiciones de estos acuerdos firmados por la extinta Comunidad en virtud del antiguo artículo 310 TCE están destinadas a la asistencia mutua entre autoridades administrativas en materia aduanera y, en concreto, perseguir cualquier tipo de infracción a la legislación aduanera establecida por las Partes, sin perjudicar “las normas que regulan la asistencia mutua en materia penal” (Art. 2 de los respectivos Protocolos); por tanto, en principio, fuera del marco de la vertiente exterior de la lucha de la UE contra el COT.

Esta cuestión no ha impedido, sin embargo, que estos acuerdos bilaterales hayan sido de utilidad para la consecución de sus objetivos de seguridad. La asistencia mutua entre las autoridades aduaneras cubre un amplio conjunto de actuaciones con incidencia

³²⁰ Por ejemplo, la Unión financió, con 60 millones de euros, un proyecto destinado a la reforma y mejora sobre el terreno de la gestión de fronteras en Ucrania, en los que participaron la Guardia Fronteriza Estatal y los Servicios de Aduanas ucranianos: http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/projects/list_of_projects/278642_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

en la labor de las fuerzas y cuerpos de seguridad de las Partes firmantes y permite que la información intercambiada entre las autoridades aduaneras sea utilizada con fines distintos a los perseguidos por estos acuerdos si cuentan con la autorización previa de las autoridades suministradoras (Art. 10, § 3 de los respectivos Protocolos), incluido su uso en el marco de “acciones judiciales o administrativas iniciadas como consecuencia de la inobservancia de la legislación aduanera” ³²¹. Asimismo, el Reglamento EUROSUR permite el intercambio de información y cooperación entre los EEMM y Estados terceros, “sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales o a través de redes regionales establecidas con arreglo a dichos acuerdos” (Art. 20) ³²², por lo que la práctica actual puede verse considerablemente ampliada sin necesidad de modificar sustancialmente el marco de cooperación vigente y sin que de ello se derive un mayor control del Parlamento Europeo de los acuerdos por firmar, en la línea de otros “acuerdos técnicos”.

En la práctica, esta cooperación en materia de aduanas y de control de fronteras, fuertemente marcada por el nexo *seguridad interior-exterior*, ha sido una constante tanto en las relaciones con los países candidatos como con otros Estados terceros incluidos en la PEV. Esta interacción, no obstante, se ha reducido a la implementación del IBM, principalmente, en aquellos países con más posibilidades de participar de una futura adhesión o con mayor interés en colaborar con las instituciones de la UE en el marco de una relación bilateral más estrecha bajo el paraguas de la PEV. Además, ha reflejado la importancia de las Presidencias rotatorias del Consejo en la definición de la agenda de reformas en el vecindario, los intereses particulares de las políticas internas y exteriores de los EEMM y la diversidad de percepciones de riesgos a la seguridad existente entre ellos, que han marcado la actuación exterior de la UE contra el COT en

³²¹ En los casos de los Acuerdos euromediterráneos de Asociación con Líbano, Egipto y Argelia, los últimos firmados por la Comunidad en este ámbito, específicamente se estipula que:

“La utilización, en procedimientos judiciales o administrativos entablados respecto a operaciones contrarias a la legislación aduanera, de información obtenida con arreglo al presente Protocolo, se considera que es a los efectos del presente Protocolo. En sus registros de datos, informes y testimonios, así como durante los procedimientos y acusaciones ante los Tribunales, las Partes contratantes podrán utilizar como prueba la información obtenida y los documentos consultados, de conformidad con las disposiciones del presente Protocolo. Se notificará esa utilización a la autoridad competente que haya suministrado esta información o haya dado acceso a los documentos.”. *Vid.* Nota 200 para referencias.

³²² PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosir), *Diario Oficial L 295*, de 6.11.2013 pp. 11-26.

relación con los países vecinos también en este sector ³²³, si bien estas preocupaciones partidistas se dejan apreciar con mayor crudeza respecto de la inserción de la prevención y represión de la inmigración ilegal en el marco de la lucha contra el COT, como veremos en el siguiente apartado. Por ejemplo, con Turquía, país candidato a la adhesión, la cooperación transfronteriza en materia de fronteras y aduanas ha sido un elemento constante en la agenda bilateral en la última década dada la importancia del país en las rutas de inmigración ilegal y de tráfico de drogas. En junio de 2012, el Consejo señaló la necesidad de que Ankara firmara un Memorando de Entendimiento con Frontex para cooperar en materia de gestión de fronteras, invitando, al mismo tiempo, a la Comisión, “en paralelo a la firma de un acuerdo de readmisión”, a tomar los pasos necesarios para la liberalización de los visados “como una perspectiva gradual y a largo plazo” en el marco de la cooperación bilateral en materia JAI y según los resultados de las reformas emprendidas por el país con vistas a la implementación de las exigencias de la UE en este ámbito. Además, en la misma reunión, el Consejo alertó de la “urgencia” con la que Turquía y Europol debían firmar un acuerdo operativo para “combatir mejor el crimen organizado y el terrorismo al mismo tiempo que se respetan plenamente los estándares de protección de datos” ³²⁴. Sin embargo, ni el acuerdo con Europol ha sido firmado hasta la fecha, ni los avances en las reformas han dado el fruto esperado, según los servicios de la Comisión ³²⁵, por lo que las medidas contra el COT

³²³ Existe una clara división entre las percepciones de seguridad de los EEMM del sur y del norte de la UE, reflejado en la agenda de las Presidencias rotatorias del Consejo, que se ha traducido en el establecimiento de diferentes iniciativas a nivel de la UE. Por ejemplo, España introdujo durante su Presidencia en el primer semestre de 2002 una agenda JAI mediterránea con el documento marco de Valencia. Por su parte, los EEMM bálticos impulsaron el desarrollo de la Asociación Oriental, iniciada en 2009. Puede verse un análisis de la Presidencia española en WOLFF, S., “España y la Gobernanza de la Seguridad Mediterránea. Vecinos, Espacios y Actores”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Número especial sobre “La Política Árabe y Mediterránea de España”, 79/80, pp. 107-123. En el mismo número, sobre el papel de España en la integración y formación de la agenda de la política de migración de la UE, PINYOL JIMÉNEZ, G., “España en la construcción del escenario euroafricano de migraciones”, pp. 87-105.

³²⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Council conclusions on developing cooperation with Turkey in the areas of Justice and Home Affairs*, Luxemburgo, 21 de junio de 2012.

³²⁵ En el informe para el año 2013, la Comisión indicó que, si bien había adoptado el Plan de Acción contra el Crimen Organizado para el bienio 2013-2015, Turquía todavía no había aprobado un marco integral de lucha contra la trata de seres humanos, entre otros delitos que deben ser tipificados internamente para acercar su Derecho penal a los estándares de la UE, y la legislación relativa a la protección de datos carece de las medidas adecuadas según la normativa paneuropea y comunitaria. Un año más tarde, los servicios de la Comisión apuntaban una ligera mejora en este sentido, si bien señalan la inexistencia de medidas relacionadas con las fronteras exteriores y disposiciones relativas a Schengen, tal y como exhorta el plan de acción nacional para la implementación del IBM. COMISIÓN EUROPEA, *Commission Staff Working Document, Turkey 2013 Progress Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “Enlargement*

siguen representando uno de los principales quebraderos de cabeza de la adopción del *acervo* comunitario por parte de Ankara, cuando no una amenaza directa a la salvaguarda de las libertades fundamentales en el país como han llegado a reconocer las propias instituciones ³²⁶.

Turquía no es el único Estado con dificultades en la implementación de estándares similares a los de la Unión en el control de las fronteras y aduanas, ya que los Estados enmarcados en la PEV adolecen de las mismas deficiencias. Estos países están sujetos igualmente a supervisión de las reformas comprometidas con la Unión, a pesar de que encuentran menores incentivos para adaptar sus sistemas aduaneros y de vigilancia de fronteras a los criterios de la UE. La cuestión de la cooperación y la promoción de cambios en la gestión de las fronteras y aduanas con los países de la ribera sur del Mediterráneo ha estado principalmente centrada, más si cabe que en el caso de los países de la Asociación Oriental, en controlar los flujos migratorios ilegales hacia la Unión, aunque también en detener el tráfico ilícito de drogas y de otros tráficos ilícitos con destino al *espacio* europeo. Mientras que el *Plan de Acción UE-Marruecos* identifica la necesidad de reforzar la gestión de las fronteras comunes, incluyendo la cooperación regional, y de adaptar los servicios de aduanas a los estándares internacionales y de la UE en el corto plazo (puntos 21 y 51) ³²⁷, otros Planes de Acción, como el acordado con Túnez, destacan como prioridad la instauración de un sistema eficaz de gestión de fronteras, dada su “práctica inexistencia”, según los servicios de la Comisión, por lo que las exigencias de la UE varían en función de las posibilidades reales y potenciales del Estado tercero en cuestión, además de la voluntad (política) de cooperación mostrada por el “receptor” de la normativa europea. Así, Armenia, sin perspectivas reales de adhesión, ha encontrado en la financiación y las

Strategy and Main Challenges 2013-2014”, SWD (2013) 417 final, Bruselas, 16.10.2013; *Turkey Progress Report*, octubre de 2014.

³²⁶ “En general, la tasa de detención turca antes de la sentencia continúa siendo alta. Además, la duración de la detención preventiva es a menudo excesiva. Las decisiones relativas a la detención o la continuación de la detención no fueron, por lo general, apoyadas por un razonamiento adecuado, referido a hechos concretos, pruebas y motivos que justifiquen la privación de libertad, como requiere la ley. Éste fue notablemente el caso en el que las acusaciones estaban relacionadas con la seguridad del Estado, el crimen organizado y el terrorismo”. COMISIÓN EUROPEA, *Turkey Progress Report*, octubre de 2014, p. 46 (traducción propia).

³²⁷ Igualmente la Asociación de Movilidad con Marruecos hace hincapié en mejorar “la cooperación operativa y técnica en materia de gestión de fronteras”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Declaración conjunta por la que se establece una Asociación de Movilidad entre el Reino de Marruecos y la Unión Europea y sus Estados miembros*, 6139/13, Bruselas, 3.6.2013.

ventajas comerciales comunitarias un acicate para avanzar en las reformas exigidas por Bruselas en materia de fronteras y aduanas, pros que se suman a la posibilidad de obtener la liberalización de los visados para sus nacionales ³²⁸; una “zanahoria” que la UE ha utilizado igualmente para facilitar la implementación de las reformas de los servicios de fronteras y aduanas en otros países englobados en la PEV, incluso si ello requería de una mayor cooperación bilateral o regional entre países terceros anteriormente reticentes ³²⁹. Finalmente, a nivel bilateral, algunos Estados de la PEV han firmado acuerdos con los actores del ELSJ destinados a reforzar la cooperación sobre el terreno y capacitar a las autoridades aduaneras locales según los estándares europeos, como ejemplifica el acuerdo de trabajo entre Frontex y Armenia, si bien no están al alcance de la mayoría de los Estados enmarcados en la PEV ³³⁰ ni permiten el intercambio de datos personales a imagen de los firmados con socios clave para la acción exterior europea, como los EE.UU. ³³¹.

³²⁸ Precisamente, el cumplimiento de estas exigencias en materia de fronteras posibilitó que la UE adoptase directivas sobre acuerdos de readmisión y facilitación de visados con Armenia, comenzando las negociaciones el 27 de febrero de 2012, en el marco de la *Asociación para la Movilidad UE-Armenia* de octubre de 2011. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA y ALTO REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in Armenia. Progress in 2011 and recommendations for action*, SWD (2012) 110 final, Bruselas, 15.5.2012, en particular p. 13.

³²⁹ Recurriendo también a este tipo de marcos de cooperación en materia migratoria, la UE ha supervisado la implementación de la estrategia IBM en Georgia, enlazando cualquier avance en la liberalización de visados con progresos en la reforma de las autoridades aduaneras y de fronteras locales, con repercusiones de cooperación a nivel regional en este ámbito. Así, el informe de evaluación de Georgia de 2012 señala:

“La cooperación en materia de gestión de fronteras con Armenia progresó tras el acuerdo alcanzado en febrero de 2011 relativo al control conjunto de los pasos fronterizos. El proyecto para el refuerzo de las capacidades de gestión de fronteras en la frontera entre Georgia y Armenia en Ninotsminda-Bavra —en el marco de la Iniciativa emblemática IBM de la Asociación Oriental— empezará a implementarse en octubre de 2012”. COMISIÓN EUROPEA y ALTA REPRESENTANTE, *Joint Staff Working Document – Implementation of the European Neighbourhood Policy in Georgia. Progress in 2011 and recommendations for action*, SWD (2012) 114 final, Bruselas, 15.5.2012, p. 12 (traducción propia).

³³⁰ Así, por ejemplo, han sido nulos los éxitos en la conclusión de acuerdos con Marruecos, Libia, Egipto o Túnez, a pesar de estar en la agenda de la Agencia. *Vid.* “Frontex no logra firmar un acuerdo de trabajo con Marruecos”, *Europapress*, 21.2.2014.

³³¹ El acuerdo de trabajo firmado en febrero de 2012 con Frontex permite establecer y desarrollar progresivamente la cooperación bilateral en materias relacionadas con la seguridad en las fronteras, incluyendo: el intercambio de información y análisis de riesgo, compartir experiencias y buenas prácticas, desarrollar las capacidades locales a través de la formación profesional y la posibilidad de participar en operaciones conjuntas.

A este acuerdo, se le suma la posibilidad de concluir acuerdos de cooperación con Eurojust y Europol, ya que Armenia ratificó en abril de 2011 la Convención de 1981 del CoE relativa a la protección de datos personales. Sin embargo, principalmente por las carencias en las medidas de protección de datos personales, Armenia no figura en la lista de países con los que Europol puede firmar acuerdos ni en su documento de reforma [Decisión 2009/935/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, *Diario Oficial*

Particularmente difícil en los Balcanes occidentales ³³², la cooperación regional entre autoridades de frontera y de aduanas es otro de los puntos centrales de acción prioritaria en la implementación efectiva de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. Además, está íntimamente relacionada con el papel de la UE en la gestión de conflictos y el despliegue de las misiones y operaciones de la PCSD (*vid. infra*, epígrafe cuarto). En el marco del *Pacto de Estabilidad para el Sureste de Europa*, pero igualmente presentes en los AEA bilaterales concluidos con los países de los Balcanes occidentales, el desarrollo de buenas relaciones de vecindad y la cooperación regional en los diferentes ámbitos cubiertos por estos acuerdos es una prioridad en la agenda multilateral, especialmente en materia de control de fronteras y de aduanas ³³³. Sin embargo, el requisito de la cooperación regional como paso previo a etapas posteriores en la relación bilateral de la UE con Estados terceros, particularmente en la gestión de fronteras y aduanas, no es exclusivo de los Balcanes occidentales. En el caso de la frontera entre Ucrania y Moldavia, de difícil gestión debido a su permeabilidad y la secesión *de facto* de la región de Transnistria, la UE ha insistido en la necesidad de incrementar la cooperación regional operativa y en la demarcación conjunta de las fronteras (igualmente con Bielorrusia y la Federación de Rusia) y la implementación del IBM en ambos países como cuestión prioritaria para luchar contra los diferentes tráfico ilícitos que se producen en la zona e inciden en el *espacio* europeo. Este tipo de cooperación regional en la gestión de fronteras conjuntas, igualmente presente en el proyecto para la implementación del IBM en el Cáucaso meridional ³³⁴, está apoyada

L 325, de 11.12.2009, pp. 12-13; Decisión de Ejecución 2014/269/UE del Consejo, de 6 de mayo de 2014, *Diario Oficial L 138*, de 13.5.2014, pp. 104-105], ni en las previsiones de Eurojust.

³³² “Fueron las fronteras las que estuvieron en juego en las guerras de la década de los 90. La cuestión de fronteras políticas o étnicas, “justas” o “injustas”, es todavía un tema en los debates políticos en los diversos países[que sucedieron a la descomposición de la antigua Yugoslavia]. Que sea un debate que dura ya varios años y que, incluso, “sobrevivirá” a la membresía de la UE ha sido demostrado por la disputa en torno a la frontera entre Eslovenia y Croacia”. LUIF, P., *The External Dimension of the EU's Area of Freedom...*, *op. cit.* en Nota 304, p. 10 (traducción propia).

³³³ La cooperación regional aduanera y en la gestión de fronteras en el Sureste europeo tiene principal acomodo en el marco del Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (CEFTA, por sus siglas en inglés), firmado en 2006 bajo los auspicios del Pacto de Estabilidad, a imagen de zonas de libre comercio previas, como el CEFTA originario, rubricado inicialmente por los Estados del Grupo de Visegrad (Polonia, Hungría y la extinta Checoslovaquia).

Acuerdo relativo a la enmienda y acceso al Acuerdo Centroeuropeo de Libre Comercio (CEFTA 2006). Este acuerdo, en vigor desde 2007, contiene disposiciones en materia de aduanas y control policial de aduanas, para sus Estados miembros (Albania, ARYM, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Moldavia, Montenegro, Kosovo y Serbia). <http://www.cefta.int/> [última consulta: 31.8.2015].

³³⁴ Southern Caucasus Integrated Border Management (SCIBM) project <http://scibm.org/> [última consulta: 31.8.2015].

por las misiones civiles de la PCSD desplegadas sobre el terreno, que ejercen funciones de asistencia —cuando no realizan directamente operaciones coercitivas— a las autoridades aduaneras y de guarda de fronteras locales en el cumplimiento de acuerdos de paz o la transmisión de los estándares europeos en este ámbito; labor que posibilita que la UE ejecute su política de lucha contra el COT más allá de los tradicionales instrumentos de cooperación bilateral en los que han quedado reducidos en la práctica los acuerdos con terceros Estados, sujetos íntimamente a la conclusión de tratados entre EEMM y determinados países clave en la prevención y represión del COT, según sus propios intereses, reforzando la idea de que esta política “común” es eminentemente intergubernamental en su vertiente exterior.

En la práctica, estos acuerdos y disposiciones de asistencia aduanera mutua se han plasmado en cooperaciones puntuales en los que las autoridades competentes de terceros Estados han coadyuvado en la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, dejando para una fase ulterior un enfoque más equilibrado y consistente con la adaptación de las reformas a las necesidades locales reales. Especialmente relevante ha sido en la práctica la colaboración de Estados terceros en la prevención y represión de diversos tráfico ilícitos que afectan al *espacio* europeo, principalmente relacionados con las drogas y sustancias sicotrópicas, migrantes y productos falsificados, así como el contrabando transfronterizo de cigarrillos ³³⁵, a pesar de las considerables dificultades experimentadas en la cooperación operativa entre autoridades, principalmente derivadas de diversos sistemas legales e institucionales ³³⁶. El enfoque de la UE ha resultado, por tanto, eminentemente práctico sobre el terreno, imponiendo las reformas y la cooperación regional entre

³³⁵ Por ejemplo, una operación conjunta de autoridades policiales y aduaneras, apoyada por Europol y comenzada en 2009 en su fase preparatoria, sirvió para detener desde dicha fecha hasta abril de 2014 una red de tráfico de drogas en cooperación con 15 países. Para más información: “Poly-drug trafficking network broken up”, Europol, La Haya, 3.4.2014, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/content/poly-drug-trafficking-network-broken> [última consulta: 31.8.2015].

Las operaciones coordinadas por Frontex ofrecen otros ejemplos de colaboración de las autoridades aduaneras y policiales de EEMM y terceros Estados, como recogen el *Frontex Risk Analysis Network (FRAN) Quarterly* de julio-septiembre de 2013, en particular pp. 37-43 (operaciones de desmantelamiento de contrabando de cigarrillos, tráfico ilícito de drogas y vehículos). Para más ejemplos, pueden consultarse los diferentes informes de actividad de Europol, Frontex y Eurojust, así como noticias sobre operaciones conjuntas que implican a terceros Estados, publicadas en sus respectivas páginas web.

³³⁶ Para el caso concreto del tráfico de drogas, *vid.* EUROJUST, *Strategic Project on: “Enhancing the work of Eurojust in drug trafficking cases” – Final Results*, La Haya, enero de 2012, en particular pp. 43-49.

autoridades aduaneras y de control de fronteras en los Balcanes occidentales y Turquía como requisitos adicionales en el proceso de adhesión y buscando dichas reformas en los países enmarcados en la PEV ofreciendo la liberalización de visados y ventajas comerciales como “zanahoria” para intentar que estos Estados terceros adopten un marco legal e institucional similar al IBM europeo. De esta forma, la política comunitaria de migración pasa a formar parte de la implementación de la vertiente exterior de la lucha contra el COT de manera activa, a la que se han venido a sumar otras políticas exteriores que han sucumbido al discurso securitario de las instituciones comunitarias y que analizaremos con mayor detalle en el último epígrafe.

3. El trasfondo securitario de la Política común de (In)migración de la UE. Imposición de reformas y acuerdos de readmisión

La cooperación con los Estados del sur del Mediterráneo en la lucha contra el COT ofrece ejemplos claros de las tensiones manifiestas entre la consecución de los objetivos en materia de seguridad y los principios democráticos y de consolidación del Estado de Derecho que supuestamente guían la acción exterior de la Unión. Asimismo, es uno de los ámbitos en los que la asimetría de intereses entre la UE y sus socios se muestra más evidente y en el que el papel impulsor de las agendas internas de los diferentes EEMM (principalmente, del Sur de Europa) se hace más evidente ³³⁷. En el refuerzo del IBM europeo contra determinados tráfico ilícitos y actividades delictivas de los grupos organizados que afectan a la seguridad interior, la UE ha colaborado con regímenes cuya observancia del Derecho internacional, especialmente aquel relacionado con la protección de los Derechos humanos y fundamentales, es, cuando menos, de dudosa legalidad, siempre y cuando éstos cumplan sus funciones de “gendarmes” en materia de control de los flujos migratorios ³³⁸ y coadyuven en la contención del COT a

³³⁷ “Algunos representantes de los Estados miembros parecen estar interesados en externalizar o, incluso, ‘subcontratar’ el control de la inmigración irregular por medio de la integración de la política migratoria de la UE en las relaciones exteriores y la cooperación al desarrollo”. CARRERA, S. y GUILD, E., “The European Council’s Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020...”, *loc. cit.* en Nota 9, p. 10 (traducción propia).

³³⁸ “[...] dotar de mayor contenido el diálogo sobre migraciones y desarrollo es [...] necesario para evitar confundir la dimensión exterior de las políticas migratorias con la externalización de las mismas, lo que supondría convertir a estos países en los gendarmes de las fronteras europeas”. PINYOL JIMÉNEZ, G., “España en la construcción del escenario...”, *loc. cit.* en Nota 323, p. 103.

En este sentido, *vid.* igualmente, BELGUENDOZ, A., “Marruecos fronteras con España: ¿Socio o gendarme de Europa en África del Norte?”, *Mediterráneo Económico: Progresos migratorios, economía y personas*, Núm. 1, Instituto de Estudios Socioeconómicos de Cajamar, 2002, pp. 33-74.

las puertas del *espacio* europeo. El énfasis que ha puesto la UE en el *control* de los flujos migratorios, determinado por una notable “securitización” de su política común de (in)migración y una creciente criminalización de la inmigración ilegal y estancia irregular, no ha estado exento de polémica ³³⁹. En concreto, en la lucha contra el COT, las reformas promovidas por la Unión en Estados del sur del Mediterráneo en el ámbito de la gestión de fronteras y aduanas y la inversión comunitaria en reforzar sus capacidades e infraestructuras se han convertido en un arma de doble filo, jugando en su contra a la hora de clamar por la protección de los Derechos fundamentales por parte de las autoridades colaboradoras terceras, puesto que ha quedado patente en la represión de movimientos internos durante la “Primavera Árabe” que “estas agencias son a menudo instrumentos fundamentales en mantener la estabilidad y control autoritario de los regímenes sobre la sociedad civil” ³⁴⁰. Sin embargo, la promoción de los intereses propios en los Estados mediterráneos terceros va más allá del apoyo financiero y técnico en la reforma de autoridades fronterizas y aduaneras locales, alcanzando un carácter extraterritorial igualmente criticable por mermar el discurso de promoción y protección de los Derechos fundamentales de otros actores y políticas exteriores de la UE, incluidas la cooperación al desarrollo y determinadas ventajas comerciales (*vid. infra*, epígrafe cuarto), por lo que la transversalización de la lucha contra el COT en la acción exterior de la Unión ha impregnado otros sectores de la integración comunitaria no necesariamente ligados a la seguridad, como la dimensión externa de la política común migratoria, favorecida por un *continuum securitario* ³⁴¹ constante en el discurso institucional oficial y retroalimentado por los informes de evaluación de la amenaza de los actores del ELSJ.

La consecución de los objetivos de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT en detrimento de la coherencia con otras políticas exteriores se aprecia en varias áreas en el ámbito de la dimensión exterior de la política migratoria.

³³⁹ *Vid.* Nota 61 para este punto.

³⁴⁰ WOLFF, S., “Border Management in the Mediterranean...”, *loc. cit.* en Nota 14, p. 265 (traducción propia). En el mismo sentido, en relación al uso de Interpol por autoridades de EEMM y terceros Estados, FAIR TRIALS INTERNATIONAL, “Strengthening respect for human rights, strengthening INTERPOL”, noviembre de 2013, disponible en: <http://www.fairtrials.org/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁴¹ “El continuum securitario es un modo institucionalizado de elaboración de políticas que posibilita la transferencia de las connotaciones de seguridad del terrorismo, tráfico de drogas y blanqueo de capitales al área de migración”. HUYSMAS, J., “The European Union and the Securitization...”, *loc. cit.* en Nota 61, p. 760 (traducción propia).

En primer lugar, en la imposición de acuerdos bilaterales de readmisión firmados con Estados vecinos ³⁴², que complementan las disposiciones generales de los respectivos acuerdos de asociación en cuestiones de cooperación en la lucha contra el tráfico ilegal de inmigrantes. Estos tratados han servido de elemento complementario al desarrollo interno del IBM —en línea igualmente con los objetivos de la “Directiva de retorno” ³⁴³—, centrándose en reforzar los controles en las fronteras exteriores de los EEMM y

³⁴² Estos acuerdos están destinados a la readmisión de personas con ciudadanía del país signatario y, en determinados casos, de nacionales de terceros países y apátridas entrados ilegalmente en territorio de un Estado miembro de la Unión o que haya dejado de cumplir las condiciones vigentes para la entrada, presencia o residencia (Arts. 2 y 3). Si bien rige el principio de reciprocidad, es claro que el objetivo de estos acuerdos es la expulsión del espacio europeo de inmigrantes ilegales o en estancia irregular a los países de origen o tránsito. Incluso para Isabelle Ioannides, realmente optimista en cuanto al alcance de la reforma de la política migratoria de la UE para hacerla más global e integrada —posiblemente fruto del cargo de asesora que ostentó en la Comisión entre 2010-2014—, los acuerdos de readmisión y el uso de la liberalización de visados para conseguir sus objetivos en la lucha contra el COT reflejan el sesgo securitario que ha adquirido la política común. *Vid.*, a este respecto, IOANNIDES, I., “The EU Internal-External Security Link...”, *loc. cit.* en Nota 14, p. 33.

Para mayor detalle sobre el contenido y lógica de estos acuerdos, *vid.* BOUTEILLET-PAQUET, D., “Passing the Buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 5, Núm. 3, 2003, pp. 359-377; FAJARDO DEL CASTILLO, T., “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 33, mayo-agosto de 2009, pp. 453-499; PEERS, S., “Readmission Agreements and EC External Migration Law”, *Statewatch Analysis*, Núm. 17, mayo de 2003, disponible en: <http://www.statewatch.org/analyses/no-17-readmission.pdf> [última consulta: 31.8.2015]; ROIG, A. y HUDDLESTON, T., “EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, Núm. 3, 2007, pp. 363-387; TRAUNER, F. y KRUSE, I., “EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, Núm. 4, 2008, pp.411-438.

A fecha de 31 de agosto de 2015, entre otros, la UE ha firmado acuerdos de readmisión de residentes en situación ilegal con: Turquía [*Diario Oficial L 134*, de 7.5.2014, pp. 1-27], Azerbaiyán [*Diario Oficial L 128*, de 30.4.2014, pp. 15-42], Armenia [*Diario Oficial L 289*, de 31.10.2013, pp. 13-29], Georgia [*Diario Oficial L 52*, de 25.2.2011, pp. 47-65], Pakistán [*Diario Oficial L 287*, de 4.11.2010, pp. 57-67], Moldavia [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 149-167], Bosnia-Herzegovina [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 66-83], Montenegro [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 26-44], Serbia [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 46-64], ARYM [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 7-24], Ucrania [*Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 48-65], la Federación de Rusia [*Diario Oficial L 129*, de 17.5.2007, pp. 40-60], Albania [*Diario Oficial L 124*, de 17.5.2005, pp. 22-40], Sri Lanka [*Diario Oficial L 124*, de 17.5.2005, pp. 43-60], Macao [*Diario Oficial L 143*, de 30.4.2004, pp. 99-115] y Hong Kong [*Diario Oficial L 17*, de 24.1.2004, pp. 25-39].

Pueden encontrarse los acuerdos de readmisión firmados por la UE con terceros Estados en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/union_europea/decisiones/acuerdos_readmision/ [última consulta: 31.8.2015].

³⁴³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 98-107.

En el último lustro, desde su aprobación, se ha procedido a más retornos forzosos que salidas voluntarias, a pesar de que la crisis económica en la UE ha favorecido el regreso de extracomunitarios a sus países de origen. Para una panorámica general de cómo ha funcionado desde su adopción y de los cambios legislativos (positivos y negativos) que su implementación ha originado en la práctica cotidiana de las autoridades estatales, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE*, COM (2014) 199 final, Bruselas, 28.3.2014.

expulsar del *espacio* europeo a nacionales de terceros Estados entrados ilegalmente o que se encuentren en situación de residencia irregular, para lo cual la UE necesita de la cooperación de los Estados de origen y tránsito de esta inmigración ilegal. En contraprestación, la Unión ha firmado acuerdos de facilitación de expedición de visados —rubricados, en su inmensa mayoría, en la misma fecha³⁴⁴— con aquellos países que las autoridades comunitarias consideran han avanzado más en las reformas del sector de seguridad promovidas por la UE, sin que ello suponga un mayor compromiso por su parte hacia un posible proceso de adhesión³⁴⁵ o que todos los ciudadanos del país en cuestión puedan beneficiarse de dicha liberalización de manera automática y homogénea, pues se establecen períodos transitorios, cupos y categorías de beneficiarios directos (principalmente, trabajadores cualificados y viajeros de corta duración).

En realidad, este enfoque particular comenzó cuando los EEMM “empezaron a ver el nexo entre la readmisión y la facilitación de visados como una oportunidad para compensar los efectos colaterales negativos de la Ampliación al Este de la UE”³⁴⁶, producidos tras la introducción de la obligación de visado entre los nuevos EEMM y sus vecinos orientales, anteriormente inexistentes, que reforzaron la imagen de “Europa fortaleza” especialmente en aquellas zonas con importantes movimientos transfronterizos de población. No obstante, en la actualidad los acuerdos de facilitación de visados y de readmisión constituyen el principal medio para impulsar reformas³⁴⁷ en aquellos países en los que la perspectiva de adhesión es lejana o inexistente (prácticamente todos los englobados en la PEV) y que se presentan como necesarios

³⁴⁴ A fecha de 31 de agosto de 2015, entre otros, la UE ha firmado acuerdos de facilitación de expedición de visados con: Azerbaiyán [*Diario Oficial L 128*, de 30.4.2014, pp. 49-60], Armenia [*Diario Oficial L 289*, de 31.10.2013, pp. 2-11], Cabo Verde [*Diario Oficial L 282*, de 24.10.2013, pp. 3-12], Georgia [*Diario Oficial L 52*, de 25.2.2011, pp. 34-44], Moldavia [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 169-179], Bosnia-Herzegovina [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 97-107], Montenegro [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 109-119], Serbia [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 137-147], ARYM [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 125-135], Albania [*Diario Oficial L 334*, de 19.12.2007, pp. 85-95] Ucrania [*Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 68-76] y la Federación de Rusia [*Diario Oficial L 129*, de 17.5.2007, pp. 27-34]. También ha firmado un acuerdo de facilitación de visados Turquía [rubricado el 16.12.2013], todavía no publicado en el Diario Oficial.

³⁴⁵ Como afirman Richard G. Whitman y Stefan Wolff, con la PEV la UE parece, incluso, haber “invertido la lógica de la condicionalidad: en lugar de ofrecer una zanahoria clara desde el principio, bajo la PEV la UE requiere que los países emprendan una variedad de reformas y, únicamente una vez que las reformas han sido implementadas, la UE *considerará* ofrecer la posibilidad de algún tipo de relaciones más estrechas”. WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy...”, *loc. cit.* en Nota 172, p. 14 (traducción propia).

³⁴⁶ TRAUNER, F. y KRUSE, I., “EC Visa Facilitation and Readmission Agreements...”, *loc. cit.* en Nota 342, pp. 415-416 (traducción propia).

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 417.

colaboradores en la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. Por ello, la mayoría de los Planes de acción adoptados con terceros Estados vecinos y de la Ampliación contiene acciones específicas destinadas a avanzar en las reformas legales e institucionales y en la cooperación en materia de readmisión de nacionales entrados ilegalmente en la Unión a través de un Estado tercero u originarios del mismo.

En teoría, todos los países de la PEV podrían concluir tal acuerdo con la UE si, en el transcurso de las negociaciones de liberalización de visados, se constata que cumplen los requisitos exigidos por Bruselas, en particular sobre la seguridad de los documentos de identificación (pasaportes biométricos), la gestión aduanera y el control de los flujos migratorios, la lucha contra el COT y la corrupción, entre otros ³⁴⁸. En el caso de los Balcanes occidentales, la firma de acuerdos de readmisión y la cooperación en materia de inmigración han sido puntos centrales previos para la concesión de exención de visados para los ciudadanos de la región. Este régimen de dispensa para los países balcánicos, no obstante, está sujeto a un mecanismo de supervisión del cumplimiento y evaluador de los compromisos adoptados que incide, igualmente, en recomendaciones de mejora a los problemas observados, la posibilidad de enviar funcionarios de enlace a la zona ante situaciones migratorias “anómalas” ³⁴⁹ y en la obligación de informar y proporcionar estadísticas a la Comisión y Frontex sobre la evolución de los flujos migratorios en cada país ³⁵⁰, por lo que constituye un elemento más de indicación y programación de reformas que los Estados balcánicos han de acometer para adoptar los estándares de la UE y mantener las exenciones de visado para sus nacionales que se suman a las “hojas de ruta” previas a la concesión de la exención que marcaron los cambios legislativos e institucionales en materia de lucha contra el COT y la corrupción que dieron lugar a dicha exoneración. En concreto, como señalara abiertamente la Comisión en 2011:

³⁴⁸ Así se recoge en el Cuarto Informe sobre la supervisión posterior a la liberalización de visados en los países de los Balcanes Occidentales [COM (2013) 836 final, Bruselas, 28.11.2013, p. 2].

³⁴⁹ Así, por ejemplo, tras “un incremento repentino de solicitudes albanesas en Suecia en abril y mayo de 2012, las autoridades suecas enviaron funcionarios de enlace a Serbia y Montenegro y convencieron a sus homólogas de Albania para que reforzasen los controles en todos los pasos fronterizos de Albania. La policía de fronteras de Albania intensificó la supervisión de los vuelos destinados a Suecia procedentes de Grecia, Kosovo y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, dado que la mayoría de los pasajeros albaneses toman sus vuelos en estos países” [COM (2013) 836 final, Bruselas, 28.11.2013, pp. 3-4].

³⁵⁰ El último hasta la fecha es el Quinto informe [COM (2015) 58 final, Bruselas, 25.02.2015].

[...] el avance hacia la liberalización está sujeto a que los países afectados cumplan las condiciones que salvaguardan la seguridad interior y los intereses de la política de migración de la UE.³⁵¹

Esta situación, empero, no es exclusiva de los países candidatos y con perspectiva de adhesión, pues los acuerdos de liberalización de visados y de readmisión se han convertido en un instrumento más de la externalización de los objetivos de la lucha contra el COT a través de la PEV. Así, por ejemplo, en el marco de las Asociaciones de Movilidad, los Planes de acción para la liberalización de visados para Georgia, Moldavia y Ucrania detallan las reformas concretas que estos países han de implementar en los cuatro grandes bloques en ellos identificados: seguridad de los documentos, IBM e inmigración irregular (incluida la readmisión), orden público y seguridad y relaciones exteriores y derechos fundamentales³⁵². En los Estados ribereños del sur del Mediterráneo es igualmente requisito la lucha contra el COT en las —mal llamadas— “asociaciones de movilidad”³⁵³, un instrumento previo de programación de reformas y adopción de compromisos que atañen prácticamente de manera unilateral al país receptor y preceden a un potencial acuerdo de liberalización de visados si se cumplen los objetivos marcados por los servicios de la Comisión. Uno de los puntos esenciales que éstos supervisan en este proceso es, precisamente, el establecimiento de un marco legal e institucional para la prevención y represión del COT, evaluando el

³⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Estrategia de ampliación y principales retos 2011-2012*, COM (2011) 666 final, Bruselas, 12.10.2011, p. 22.

³⁵² La monitorización de las reformas emprendidas por estos países en los diferentes bloques son parte de los informes de seguimiento de los planes de acción para la liberalización de visados. El cumplimiento de las exigencias de la Comisión le supuso a Moldavia que sus nacionales (con pasaporte biométrico) estuvieran exentos de solicitar un visado para acceder al espacio Schengen, con efectos desde el 28.4.2014. Para un panorama actualizado, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council – Fifth Report on the implementation by the Republic of Moldova of the Action Plan on Visa Liberalisation*, COM (2013) 807 final, Bruselas, 15.11.2013; *Report from the Commission to the European Parliament and the Council – Fifth Progress Report on the Implementation by Ukraine of the Action Plan on Visa Liberalisation*, COM (2015) 200 final – SWD (2015) 104 final, Bruselas, 8.5.2015; *Report from the Commission to the European Parliament and the Council – Third progress report on Georgia’s implementation of the action plan on visa liberalization*, COM (2015) 199 final – SWD (2015) 103 final, Bruselas, 8.5.2015.

³⁵³ Por ejemplo, la Asociación UE-Marruecos establece entre sus prioridades:

“15. Reforzar el intercambio de información, las capacidades administrativas y la cooperación operativa y técnica en materia de gestión de fronteras, de detección y desmantelamiento de redes de traficantes de migrantes y de delincuencia organizada transnacional y de lucha contra la inmigración irregular”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Declaración conjunta por la que se establece una Asociación de Movilidad entre el Reino de Marruecos y la Unión Europea y sus Estados miembros*, 6139/13, Bruselas, 3.6.2013.

cumplimiento de los requisitos exigidos previos a cualquier acuerdo de liberalización de visados y recomendando futuras actuaciones ³⁵⁴. En consecuencia, la política de liberalización de visados seguida por Bruselas —alentada por los intereses particulares de los EEMM— refuerza la capacidad de influencia de la UE en la programación y monitorización del progreso de las reformas internas de manera considerable y representa un acicate para que los países receptores de los estándares europeos coadyuven en la implementación de los objetivos de la política “común” de lucha contra el COT en sus propios territorios, sobrepasando el marco estrictamente de control de los flujos migratorios y del carácter global e integrado que la Unión pretende dar a su política común de (in)migración ³⁵⁵.

La consecución de los objetivos de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT en detrimento de la coherencia con otras políticas exteriores y su propia imagen externa se aprecia, en segundo lugar, en la financiación de instrumentos de acogida de migrantes ilegales en el territorio de Estados terceros y otras propuestas e instrumentos de aplicación extraterritorial del Derecho de la UE tremendamente controvertidos. En concreto, la Unión ha financiado proyectos para implementar la readmisión de migrantes en terceros países ³⁵⁶ y sufragado centros de

³⁵⁴ “El 22 de marzo de 2012, el Parlamento aprobó la reforma de la Ley sobre la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada. [...] La Ley sienta las bases para la formación profesional de expertos, en asociación con las organizaciones internacionales y las ONG. Ahora bien, la Ley podría mejorar si se armonizara en mayor medida con instrumentos horizontales europeos e internacionales tales como el Convenio de las Naciones Unidas sobre la delincuencia organizada transnacional. Podría incluir más definiciones específicas de los grupos organizados y los delitos castigados por ley. También podría armonizarse en lo que respecta a la tipificación como delito de la participación en un grupo delictivo organizado, la confiscación y la incautación, la jurisdicción, el traslado de personas condenadas, la tipificación como delito de la obstrucción a la justicia, la protección de testigos, la asistencia y protección de las víctimas, así como la recogida y el análisis de información sobre la naturaleza y el alcance de la delincuencia organizada” [*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por la República de Moldavia del Plan de Acción para la Liberalización de Visados*, COM (2012) 348 final, Bruselas, 22.6.2012, p. 10].

³⁵⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Enfoque global de la migración: Medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo*, 15744/05, Bruselas, 13 de diciembre de 2005; *Consejo Europeo de Bruselas – Conclusiones de la Presidencia*, 14 y 14 de diciembre de 2006, 16879/06, Bruselas, 15 de diciembre de 2006; COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, COM (2011) 743 final, Bruselas, 18.11.2011.

³⁵⁶ Por ejemplo, la UE financió un proyecto de ayuda a la readmisión de migrantes en la Federación de Rusia, con el objetivo de asistir a las autoridades competentes rusas en la correcta implementación de Acuerdo de Readmisión UE-Federación Rusa, “especialmente en la parte relativa a la readmisión de nacionales de terceros países y de personas apátridas”. http://ec.europa.eu/europeaid/documents/case-studies/russia_migration_readmission_en.pdf [última consulta: 31.8.2015].

reclusión para migrantes ilegales³⁵⁷, demostrando su interés en que los Estados vecinos ejerzan importantes funciones de vigilancia de los flujos migratorios ilegales que pretenden arribar al *espacio* europeo.

Lejos de quedarse en estas iniciativas, no obstante, los EEMM han presionado a las instituciones comunitarias para que se incluya una “cláusula de salvaguardia” en el Reglamento que establece la “lista negra” de los países cuyos nacionales están obligados a solicitar un visado³⁵⁸. Aparte de mostrar las tensiones entre los objetivos de la Comisión y los EEMM y de las incoherencias internas con otras políticas comunitarias³⁵⁹, el objetivo de dicha cláusula no es otro que introducir una disposición de vigilancia con vistas a la “suspensión temporal” (unilateral) de la exención de la exigencia de visado “ante una situación de emergencia en la que se necesite una respuesta urgente para resolver las dificultades a que se enfrente al menos uno de los [EEMM], y teniendo en cuenta las consecuencias generales de la situación de urgencia en la [UE] en su conjunto”³⁶⁰. Más controvertida aún fue la propuesta del Reino Unido, en 2003, de tratar extraterritorialmente las solicitudes de los demandantes de asilo, finalmente rechazada por el resto de EEMM, al igual que sucedió con la creación de

³⁵⁷ Con una aportación de más de 9 millones de euros, la UE ha financiado un “centro de custodia” para migrantes irregulares en la región de Mykolaiv (Ucrania). http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/projects/list_of_projects/267879_en.htm [última consulta: 31.8.2015].

³⁵⁸ Última modificación: CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento 509/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se modifica el Reglamento 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, *Diario Oficial L 149*, de 20.5.2014, pp. 67-70.

Pueden consultarse tanto el Reglamento originario como las sucesivas modificaciones en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:jl0031> [última consulta: 31.8.2015].

³⁵⁹ “[...] mientras que los países que generan migrantes y refugiados tendrán que soportar mayores presiones bajo este nuevo enfoque integrado, se hace poco para atajar las causas profundas y las violaciones de Derechos humanos. Asimismo, las prioridades de los Estados miembros guían la política de la UE contra la inmigración irregular, mientras que poca atención reciben las prioridades identificadas por la Comisión Europea en el terreno de la asistencia humanitaria y el desarrollo económico. Cortar de raíz la asistencia económica a los países que se muestran reticentes a cooperar con la UE y sus Estados miembros aparece a todas luces contraproducente, puesto que los países en cuestión disponen, entonces, de todavía menores medios para implementar las políticas apropiadas para gestionar los flujos migratorios. La falta de un enfoque sistemático y coordinado respecto de la evaluación de impacto de los Derechos humanos refuerza la opinión de la autora de que esta cuarta generación de acuerdos de readmisión está todavía anclada en un enfoque puramente defensivo y centrado en el control en relación a los desplazamientos forzados, que ha probado ser ineficaz tanto a nivel interno como externo”. BOUTEILLET-PAQUET, D., “Passing the Buck...”, *loc. cit.* en Nota 342, p. 376 (traducción propia).

³⁶⁰ Considerando Núm. 4 del Reglamento por el que se establece el “mecanismo de suspensión” [Reglamento 1289/2013, *Diario Oficial L 347*, de 20.12.2013, p. 74].

oficinas de control de la migración en terceros países ³⁶¹; una idea rescatada en los últimos meses por la Comisión —y apoyada por varios EEMM— ante la situación migratoria en el Mediterráneo por el éxodo de refugiados sirios ³⁶². No obstante, “la tramitación extraterritorial [del asilo] como una solución *complementaria* más que *exclusiva* está siendo practicada por una mayoría de Estados miembros en forma de ‘procedimientos de entrada protegidos’” ³⁶³. Esta controvertida práctica ha sido habitual en el último lustro, a la que hemos de sumar la aplicación extraterritorial del Derecho de la UE en materia migratoria por parte de las operaciones de retorno y de vigilancia fronteriza coordinadas por Frontex, como veremos en el epígrafe siguiente, sumando una etapa más en la externalización del control migratorio llevado a cabo por la Unión ³⁶⁴.

Varias son las consecuencias de este enfoque cortoplacista seguido por la UE en la lucha contra el COT en el exterior. Enlazar la inmigración ilegal con los grupos delictivos organizados que se lucran del tráfico ilícito de migrantes como ha hecho la UE desde el Consejo Europeo de Tampere (1999), criminalizando al “ilegal” o “irregular” independientemente de la implicación del COT, ha traído secuelas en la consecución de los objetivos de otras políticas exteriores y en la propia imagen exterior de la Unión. La dimensión exterior de la política migratoria de la UE, fuertemente securitizada, ha sido duramente criticada por minar su credibilidad en la escena internacional como un actor responsable y comprometido con la protección de los Derechos humanos no solamente por la doctrina ³⁶⁵, sino también por algunos

³⁶¹ “España y Francia vetan el proyecto germanoitaliano de «centros de acogida» para inmigrantes en África”, *ABC*, 19.10.2004, p. 24.

³⁶² “Brussels plans migration centres outside EU to process asylum applications”, *The Guardian*, 5.3.2015, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2015/mar/05/european-commission-third-country-immigrant-processing-centres>

³⁶³ GAMMELTOFT-HANSEN, T., “The extraterritorialisation of asylum and the advent of “protection lite””, *Danish Institute for International Studies Working Paper*, Núm. 2007/2, Copenhagen, 2007, p. 18 (traducción propia), disponible en: www.diiis.dk [última consulta: 31.8.2015].

En esta línea, NOLL, G. y FAGERLUND, J., *Safe Avenues to Asylum? The Actual and Potential Role of EU Diplomatic Representations in Processing Asylum Requests*, Informe final, abril de 2002, disponible en: <http://www.unhcr.org> [última consulta: 31.8.2015].

³⁶⁴ En esta tesis: BOSWELL, C., “The ‘external dimension’ of EU immigration and asylum policy”, *International Affairs*, Vol. 79, Núm. 3, mayo de 2003, pp. 619-638; RYAN, B. y MITSILEGAS, V., *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

³⁶⁵ “La política migratoria de la UE es cada vez más incoherente, desequilibrada y poco realista en cuanto a las relaciones exteriores y los objetivos migratorios”. PEERS, S., “Readmission Agreements and EC External...”, *loc. cit.* en Nota 342, p. 5 (traducción propia).

organismos internacionales, como la Asamblea Parlamentaria del CoE, que, ya en 2010, cuestionaba la idoneidad de que los EEMM eludieran sus responsabilidades en materia de protección de los Derechos humanos de los migrantes al delegar en los Estados del sur del Mediterráneo la protección de los inmigrantes retornados tras intentar, sin éxito, entrar en el *espacio* europeo ³⁶⁶ y advirtiera del riesgo de que la admisión de nacionales de terceros Estados produjera un *refoulement* “en cadena”; es decir, “ser reenviados a sus países de origen sin haber tenido la posibilidad de presentar una solicitud de asilo o sin que ésta haya sido examinada en ninguno de los países por los que ha transitado” ³⁶⁷. Mención especial requiere la situación de los menores no acompañados en la UE —sin un protocolo de actuación homogéneo a nivel comunitario, a pesar de las provisiones específicas de la Directiva de retorno ³⁶⁸—, igualmente criticada por el Alto

Además de esta Nota sobre el análisis de la doctrina a los acuerdos de readmisión, *vid.* Nota 61 relativa a la securitización de la política común de migración de la UE y cómo afecta a la protección de los refugiados, especialmente abordada en el artículo de Ángel Sánchez Legido.

³⁶⁶ “¿Es bueno que los Estados miembros del Consejo de Europa transfieran su responsabilidad para con los migrantes en situación irregular a países en los que la situación económica y en materia de primacía del Derecho es, en general, menos envidiable?”. ASAMBLEA PARLAMENTARIA, *Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière*, Doc. 12168, 17 de marzo de 2010, disponible en: <http://assembly.coe.int> [última consulta : 31.12.2012].

Además de en la Nota 342, puede encontrarse una visión crítica en términos generales de los acuerdos de readmisión suscritos por la Unión con determinados terceros Estados en: Association Européenne pour la Défense des Droits de l’Homme (AEDH), *Pourquoi l’AEDH s’oppose à la signature d’accords de réadmission de l’Union européenne ?*, Bruselas, 7.10.2013, disponible en : www.aedh.eu [última consulta: 31.8.2015].

³⁶⁷ ASAMBLEA PARLAMENTARIA, *Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière*, Resolución 1741 (2010), adoptada el 22.6.2010, punto Núm. 4.

El doc. 12168 sirvió de base a la discusión en la Asamblea Plenaria que adoptaría, tras un debate el 22 de junio de 2010, la Resolución 1741 (2010), en el que el órgano critica la posibilidad de que se produzca una expulsión encadenada de nacionales de terceros países e insiste en la necesidad de que la UE introduzca mejoras respecto de la protección de los Derechos humanos en sus acuerdos de readmisión.

³⁶⁸ Artículo 10, *Retorno y expulsión de menores no acompañados*

“1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.

2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Artículo 14, *Garantías a la espera del retorno*

1. Los Estados miembros velarán [...] por que se tengan en cuenta, en la medida de lo posible, los siguientes principios en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria [...]:

c) acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica;

d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables [...]

Artículo 17, *Internamiento de menores y familias*

1. Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)³⁶⁹, y de otras personas vulnerables (*inter alia*, las víctimas de trata de seres humanos y los solicitantes de asilo entrados ilegalmente o en situación de residencia irregular), que necesitan de una protección que no se aprecia en la práctica en los “campos de internamiento de extranjeros” y centros de reclusión de inmigrantes en situación irregular, en los que son tratados como ilegales independientemente de su situación y estatuto particular como migrante o solicitante de asilo³⁷⁰. Esta situación, lejos de paliarse en los últimos años, se ha visto incrementada ante la presión migratoria que ejercen actualmente los refugiados sirios en los países limítrofes al conflicto y en ciertos EEMM de la Unión, volviendo a poner de manifiesto la respuesta de la Unión la falta de solidaridad interna e internacional en lo que a materia migratoria se refiere:

2. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.

3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.

4. A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

5. El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 98-107

³⁶⁹ “Teenage asylum seekers need better treatment in Central Europe, UNHCR project finds”, <http://www.unhcr.org> [última consulta: 31.8.2015]. Vid. ACNUR, *UNHCR Comments on the European Commission’s amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum-seekers*, julio de 2012, disponible en la misma página web.

³⁷⁰ Ya en 2007, la Asamblea Parlamentaria del CoE cuestionaba en su Resolución 1569 (2007), de 1.10.2007, algunos aspectos legales que quedaban en suspenso en las numerosas iniciativas que se sucedieron en la UE respecto del establecimiento de este tipo de centros de reclusión en terceros Estados y que profundizaban en la externalización de los controles fronterizos.

La situación de los demandantes de asilo en la UE también ha sido duramente criticada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia (Gran Sala) en el *Asunto M.S.S. v. Bélgica y Grecia*, Núm. 30696/09, de 21.1.2011. Vid., igualmente, la *Nota informativa de la ACNUR sobre las prácticas nacionales en la aplicación del artículo 3.2 del Reglamento Dublín II*, de 16 de junio de 2010, disponible en: <http://www.unhcr.org> [última consulta: 31.8.2015].

Vid., para una visión crítica, STEPS CONSULTING SOCIAL, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, diciembre de 2007, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/studies.html> [última consulta: 31.8.2015]. Adicionalmente, AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (FRA), *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union. Comparative Report*, Publications Office of the EU, Luxemburgo, 2011; WOMEN’S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los Centros de Internamiento: Realidades entre Rejas*, de 29 de mayo de 2012, disponible en: <http://www.womenslinkworldwide.org> [última consulta: 31.8.2015].

Puede encontrarse una cartografía de los diferentes centros establecidos en los EEMM y terceros países en: <http://closethecamps.org/> [última consulta: 31.8.2015].

La respuesta de la Unión a los flujos de migrantes y solicitantes de asilo, en un período de graves crisis humanitarias en todo el mundo, ha contribuido a la crisis en el Mediterráneo. La UE se ha centrado hasta hace bien poco en prevenir las salidas y limitar las llegadas, al tiempo que, en la UE, el desigual reparto de la responsabilidad para con los migrantes y solicitantes de asilo arribados y las brechas entre EEMM en la protección evitan la adopción de un enfoque común, humano y basado en los derechos humanos.³⁷¹

Estos casos ilustran claramente que el centro de atención de la actuación de la UE está en detener la inmigración ilegal hacia su *espacio* interno, delegando en numerosas ocasiones sus propias responsabilidades en países terceros, en lugar de atajar el tráfico ilícito de migrantes por parte de grupos delictivos organizados y luchar contra la corrupción de agentes públicos, identificada como facilitador de dicho comercio³⁷², en línea con las correspondientes disposiciones de la Convención de Palermo y de su segundo Protocolo, o atajar las causas que impulsan a la emigración (*push factors*) de un modo más integrador y a largo plazo, como se presume que el enfoque global de la migración promovido en el último lustro por la Unión en diferentes documentos así estipula³⁷³ y que se supone la política comunitaria de cooperación al desarrollo habría de tener entre sus prioridades. Sin embargo, como veremos en el siguiente epígrafe, la PCD de la UE también ha seguido este enfoque securitizado que ha primado en la política de inmigración de la UE, lo que no hace sino redundar en una consolidación de las causas que están en el origen de las migraciones ilegales y de las que se lucra el COT, al resultar cada día más difícil entrar en el *espacio* europeo por las medidas de seguridad en las fronteras y la necesidad de recurrir a grupos organizados que proporcionan apoyo logístico a cambio de “pasajes” que han incrementado

³⁷¹ “The Mediterranean Migration Crisis: Why People Flee, What the EU Should Do”, *Human Rights Watch*, 19.6.2015, disponible en: <https://www.hrw.org/report/2015/06/19/mediterranean-migration-crisis/why-people-flee-what-eu-should-do> [última consulta: 31.8.2015].

³⁷² “Los grupos delictivos organizados hacen un uso frecuente de la presencia de la corrupción, a menudo conjuntamente con la intimidación y la violencia, para facilitar sus operaciones de tráfico de migrantes. Este tráfico puede generar grandes beneficios que, a su vez, los traficantes pueden utilizar para sobornar a los funcionarios y comprar su complicidad. Las organizaciones delictivas se benefician de los sistemas de control de la inmigración, protección de la frontera y la seguridad pública que son debilitadas por la corrupción. La corrupción ha surgido como un obstáculo mayor en la prevención, detección, investigación y persecución de los delitos de tráfico de migrantes”. ONUDD, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, Viena, 2013, p. 1 (traducción propia), disponible en: <http://www.unodc.org> [última consulta: 31.8.2015].

³⁷³ *Vid.* Nota 355.

considerablemente su valor con el desarrollo e implementación práctica del IBM europeo dentro y fuera de sus fronteras³⁷⁴.

4. La acción exterior de la Unión a través de otras políticas. La externalización “pura” de los objetivos de lucha contra el crimen organizado

La implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT interfiere en la consecución de los fines de otras políticas y ponen en entredicho la aplicación efectiva en la práctica diaria de los principios que supuestamente guían la acción exterior de la UE. Esta divergencia de intereses es especialmente clara si tenemos en cuenta los objetivos cortoplacistas de la lucha contra el COT, definidos en términos de protección de la seguridad interior, y el propósito de contribuir al refuerzo del sistema de seguridad colectiva “onusiano” y al mantenimiento de la seguridad y paz internacionales en el marco de la PESC como actor internacional en la gestión de crisis y conflictos, igualmente poco consistente en la práctica en éste y otros ámbitos³⁷⁵. Asimismo, contradice los fines específicos de otras políticas exteriores de la UE, como la promoción del desarrollo y la economía locales y la (re)construcción del Estado de Derecho a través de la política comunitaria de cooperación al desarrollo (PCD) y la política comercial común (PCC): mientras que una prioriza reformas y financia proyectos en el sector de la seguridad ligadas con la prevención y represión del COT pero alejadas de las necesidades reales de la población local, la otra promueve relaciones comerciales con un fuerte componente securitario, condicionando —al menos, teóricamente— toda ventaja comercial a su efectiva puesta en práctica. En consecuencia, la visión de la Unión como “proveedor de seguridad” se

³⁷⁴ VÉLEZ ALCALDE, F. J., “Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África: el negocio de las rutas atlánticas hacia las Islas Canarias”, *Análisis del Real Instituto*, 5 de febrero de 2008, disponible en: www.realinstitutoelcano.org [última consulta: 31.8.2015]. En el mismo sentido, ACOSTA SÁNCHEZ, M. Á. y VALLE GÁLVEZ, A. del, “Las crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, *Tiempo de Paz*, Núm. 83, 2006, pp. 19-31.

³⁷⁵ Para algunos autores, la UE ha puesto seriamente en entredicho su compromiso con el refuerzo del sistema “onusiano” y del multilateralismo que propugnan sus instituciones en numerosos ámbitos. Por ejemplo, *vid.* las diferentes contribuciones en GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Dir.), *La Unión Europea y el Multilateralismo Eficaz, ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2012.

ve truncada por una continuada imagen de “Europa fortaleza” que, indirectamente, mina la credibilidad de su discurso en el exterior en otros ámbitos.

En este último epígrafe haremos referencia a determinadas acciones y políticas de la UE en relación a terceros Estados que refuerzan esa imagen de actor “egoísta”. Esta actuación en la escena internacional le ha servido a la Unión de elemento de externalización de sus objetivos de protección de la seguridad interna e, incluso, de aplicación extraterritorial de su modelo de lucha contra el COT, en el que las medidas preventivas adquieren gran protagonismo a pesar de los cambios en el panorama legal e institucional que ello conlleva. De esta forma, en la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT la UE no solamente ha buscado que Estados terceros modifiquen su legislación interna para adaptarla al nuevo papel que el Derecho penal adquiere en las políticas de seguridad nacionales, argumentando la existencia de un Derecho transnacional en su calidad (al menos, sobre el papel) de *actor normativo*; sino que, además, ha puesto en marcha una serie de mecanismos que le han servido para aplicar su modelo policial y normativa penal en el exterior (aguas internacionales) y el territorio de terceros Estados, con un fin claro: reforzar la política “común” contra el COT y, por ende, la seguridad interior a través de prácticas e instrumentos destinados a prevenir y reprimir las actividades criminales de los grupos delictivos organizados en las zonas de origen y tránsito, según ha mantenido continuamente la Unión en su discurso securitario.

1. Las operaciones coordinadas por Frontex en el exterior. La extraterritorialidad de la lucha contra el crimen organizado transnacional

De entre los actores del ELSJ, Frontex posiblemente sea el más opaco y menos responsable políticamente ante los órganos parlamentarios ³⁷⁶, incluso tras la última

³⁷⁶ Para Valsamis Mitsilegas, “la elección de una agencia resulta en muy poca transparencia y supervisión sobre sus operaciones y en responsabilidad limitada”. MITSILEGAS, V., “Border Security in the European Union: Towards Centralised Controls and Maximum Surveillance”, BALDACCINI, A., GUILD, E., y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Essays in European Law, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 375 (traducción propia).

El Tratado de Lisboa solamente menciona expresamente el control político de Europol y la evaluación de las actividades de Eurojust por parte del Parlamento Europeo y de las asambleas nacionales (Arts. 12, 88 y 85 TFUE). Nada se dice del resto de actores del ELSJ, a los que ni tan siquiera menciona en su articulado.

Para un análisis del deficitario control por parte del Parlamento Europeo de los actores del ELSJ, prácticamente limitado al control financiero y presupuestario y la obligación de estar informado de las actividades de Europol y Eurojust, así como propuestas de mejora de este sistema, *vid.* WILLS, A. y

reforma de su Reglamento, operada en 2011: únicamente tiene obligación de informar, anualmente y con carácter *ex post*, al Parlamento Europeo sobre sus actividades y los medios que los EEMM han puesto a su disposición para el cumplimiento de sus funciones y misión ³⁷⁷. Asimismo, no solamente su actividad diaria ha sido fruto de críticas por la opacidad de sus operaciones, sino que, igualmente, el Tribunal de Justicia ha tenido que intervenir para garantizar que los medios utilizados en la reforma de sus funciones y competencias no vulneren las prerrogativas del Parlamento Europeo en cuanto a colegislador en la materia ³⁷⁸. Esta cuestión es particularmente problemática si tenemos en cuenta el alcance (extraterritorial) de las actividades coordinadas por Frontex fuera de las aguas territoriales de los EEMM de la UE para luchar contra la inmigración ilegal y los tráfico ilícitos que “amenazan” al *orden público europeo*. Estas actividades, revestidas de asistencia técnica y operativa a las autoridades locales, tienen un claro objetivo de lucha contra el COT en mente, planteando un serio problema de cumplimiento del Derecho de la UE e internacional, así como de los principios que

VERMEULEN, M., “Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union”, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/studies.html> [última consulta: 31.8.2015].

³⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el Reglamento 2007/2004 del Consejo, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 304*, de 22.11.2011, pp. 1-17.

³⁷⁸ El Tribunal de Justicia criticó hace unos años que el Consejo no consultara al Parlamento Europeo antes de adoptar la Decisión 2010/252 relativa a las intercepciones marítimas en el marco de las operaciones coordinadas por Frontex [Decisión 2010/252/UE del Consejo, *Diario Oficial L 111*, de 4.5.2010, pp. 20-26]. En su sentencia, de 5 de septiembre de 2012 [Asunto C-355/10, *Parlamento c. Consejo*], el Tribunal anuló la citada Decisión al considerar que el Parlamento no estuvo suficientemente involucrado en el proceso legislativo a pesar de las consecuencias que tenía dicho instrumento para los derechos de los migrantes, en particular por contener medidas de arresto de personas aprehendidas y devolución.

La Comisión presentó en abril de 2013 una propuesta de Reglamento para paliar esta anomalía, si bien con disposiciones similares en cuanto a la expansión de las funciones de Frontex en el marco de las intercepciones de migrantes ilegales en el Mediterráneo. Finalmente, esta reforma se adoptó sin grandes modificaciones en cuanto al ámbito cubierto. PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 189*, de 27.6.2014, pp. 93-107.

Vid. a este respecto, ACOSTA SÁNCHEZ, M. Á. y GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE - Sentencia de 05.09.2012, Parlamento c. Consejo, C-355/10, “Código de fronteras Schengen - Decisión 2010/252/UE - Vigilancia de las fronteras marítimas exteriores - Normas adicionales sobre la vigilancia de fronteras - Competencias de ejecución de la Comisión - Alcance”. Vigilancia de fronteras marítimas y elementos esenciales en los actos de ejecución”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 47, 2014, pp. 267-284.

guían la acción exterior de la Unión, especialmente en cuanto a la protección de los Derechos fundamentales fuera de nuestras fronteras; en concreto, la efectiva implementación del principio de no devolución de los potenciales solicitantes de asilo, incluido el no rechazo en la frontera en el marco de las operaciones coordinadas por la Agencia:

El refuerzo de la dimensión exterior de la problemática migratoria y la generalización de los procedimientos de control «antes de la frontera» plantean un cierto número de interrogantes respecto del respeto del principio de *non-refoulement* y de los principios de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951.³⁷⁹

Entre otras funciones asignadas a la Agencia, Frontex es competente para coordinar las actividades operativas de vigilancia de las fronteras exteriores llevadas a cabo por los EEMM de la Unión y asociados de Schengen³⁸⁰. Estas operaciones

³⁷⁹ CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE, “Sécurité des frontières extérieures et lutte contre l’immigration illégale : une stratégie «globale et intégrée» de l’Union européenne ?”, *La note de veille*, Núm. 79, 29 de octubre de 2007, p. 4 (traducción propia). En el mismo sentido, DI FILIPPO, M., “Irregular migration across the Mediterranean Sea: Problematic issues concerning the international rules on safeguard of life at sea”, *Paix et Sécurité Internationales*, Núm. 1, enero-diciembre de 2013, pp. 53-76.

³⁸⁰ “1. La Agencia ejercerá las siguientes funciones:

- a) coordinar la cooperación operativa entre los Estados miembros en materia de gestión de las fronteras exteriores;
- b) asistir a los Estados miembros en la formación de los agentes de la guardia nacional de fronteras y establecer normas comunes de formación;
- c) realizar análisis de riesgos, incluida la evaluación de la capacidad de los Estados miembros de hacer frente a las amenazas y presiones en las fronteras exteriores;
- d) participar en la evolución de la investigación en materia de control y vigilancia de las fronteras exteriores;
- d *bis*) asistir a los Estados miembros en circunstancias que requieran un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores, teniendo en cuenta que algunas situaciones pueden implicar emergencias humanitarias y salvamento marítimo;
- e) asistir a los Estados miembros enfrentados a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en las fronteras exteriores, especialmente a aquellos que se enfrentan a presiones específicas y desproporcionadas;
- e *bis*) establecer equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras que vayan a desplegarse durante las operaciones conjuntas, los proyectos piloto y las intervenciones rápidas;
- f) facilitar a los Estados miembros el apoyo necesario, incluida, previa solicitud, la coordinación u organización de las operaciones de retorno conjuntas;
- g) desplegar en los Estados miembros agentes pertenecientes a los equipos europeos de agentes de la guardia de fronteras en operaciones conjuntas, proyectos piloto o intervenciones rápidas [...];
- h) desarrollar y gestionar [...] sistemas de información que permitan intercambios rápidos y fiables de información relativa a nuevos riesgos en las fronteras exteriores [...];
- i) proporcionar la asistencia necesaria para el desarrollo y el funcionamiento de un Sistema Europeo de Vigilancia de las Fronteras y, cuando resulte apropiado, para la creación de un entorno común de intercambio de información, incluida la interoperabilidad de los sistemas”.

Artículo 2 del Reglamento 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 349*, de 25.11.2004, pp. 1-11. Modificado por

conjuntas, a las cuales Frontex destina la mayor parte de su presupuesto ³⁸¹, han crecido considerablemente en número y alcance de su mandato en los últimos años hasta convertirse en un instrumento más de lucha contra los delitos transfronterizos y la inmigración ilegal en la primera línea de actuación posible e inmediata al *espacio* europeo. Estas operaciones conjuntas de vigilancia fronteriza se han desarrollado por tierra, mar y aire contra diferentes tráfico ilícitos ³⁸², pero es en su conducción en las aguas territoriales de terceros Estados para atajar el tráfico ilícito de migrantes la situación que plantea mayores problemas éticos, cuestionando las verdaderas intenciones de la Unión y, especialmente, sus EEMM en la efectiva protección de los Derechos fundamentales de los migrantes y sus compromisos internacionales en cuanto al respeto del derecho de asilo y la protección de los refugiados. Esta situación se ha visto agravada por la respuesta de la UE ante las crisis migratorias del último lustro tanto en Melilla como en Lampedusa, repitiendo el mismo enfoque securitario: reforzar las fronteras y las operaciones conjuntas contra la inmigración ilegal e, indirectamente, detener a los traficantes o “facilitadores”, planteándose incluso la posibilidad de destruir en origen las embarcaciones utilizadas por los grupos organizados y redes de tráfico ilícito de inmigrantes —a imagen de las actividades realizadas en el marco de la

Reglamento 1168/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 [*Diario Oficial L 304*, de 22.11.2011, pp. 1-17] y Reglamento 656/2014 [*Diario Oficial L 189*, de 27.6.2014, pp. 93-107].

³⁸¹ Entre 2011 y 2015, la Agencia ha destinado casi el 85% de su presupuesto a la financiación de estas operaciones conjuntas, que incluyen la vigilancia de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas y las operaciones de retorno de nacionales de terceros Estados entrados ilegalmente en el espacio europeo o en situación irregular. Asimismo, desde su entrada en vigor, el presupuesto destinado a financiar EUROSUR se ha incrementado considerablemente, representando en el período 2015 una cifra de 9.3 millones de euros. FRONTEX, *Programme of Work 2013, Programme of Work 2014 2014 y Programme of Work 2015*, disponibles en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁸² Las operaciones conjuntas coordinadas por Frontex, además de luchar contra el tráfico ilícito de migrantes, están siendo reorientadas actualmente para atajar otros delitos transnacionales, entre los cuales destaca por su importancia para el control de las aduanas el tráfico ilícito de drogas y sustancias sicotrópicas. La *Operación Minerva*, desplegada entre agosto y septiembre de 2013 en la frontera marítima española con Marruecos, ejemplifica esta expansión de las áreas de actuación de la Agencia. En este breve período de tiempo, la operación sirvió para arrestar a 187 sospechosos de tráfico de drogas, a los que hemos de sumar las detenciones en otras operaciones conjuntas en la misma región del Mediterráneo y en aguas territoriales marroquíes.

Aparte de estas operaciones conjuntas, los EEMM pusieron en marcha en 2007 la Red Europea de Patrullas, tras haber identificado en varios estudios la fragmentación y pluralidad de autoridades con competencias y funciones solapadas en materia de gestión de fronteras. Este medio de comunicación e intercambio de información entre las diferentes autoridades de los EEMM coordina los esfuerzos para combatir conjuntamente diversos delitos transfronterizos, incluidos los tráfico ilícitos de migrantes y drogas, la polución marina y la pesca ilegal. La referida *Operación Minerva* fue desplegada en este marco de cooperación multilateral. Para mayor información: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

Operación Atalanta contra la piratería marítima en las costas de Somalia (*vid. infra*, siguiente apartado para este punto) ³⁸³—.

Si bien Libia, bajo el régimen del General Gadafi, se opuso en su día a que la *Operación Jason I* operara en sus aguas territoriales ³⁸⁴, este tipo de reacciones son verdaderamente excepcionales: la norma es que los Estados terceros cooperen con los EEMM y asociados de Schengen en la conducción de estas operaciones conjuntas en sus aguas territoriales e, incluso, en su propio territorio. Así, por ejemplo, Frontex coordinó en 2006 la *Operación Hera*, en la que participaron varios EEMM de la UE con el objetivo de frenar la llegada de inmigrantes ilegales a las Islas Canarias y facilitar la identificación de su identidad para favorecer su deportación a sus países de origen ³⁸⁵. En este caso, los acuerdos bilaterales firmados por España con Mauritania y Senegal ³⁸⁶ permitieron que las actividades de esta operación conjunta se desarrollaran igualmente

³⁸³ Si desde las reuniones del Consejo Europeo de Laeken (2001), Sevilla (2002) y Tesalónica (2003) la gestión de las fronteras exteriores y el refuerzo de los controles han sido cuestiones prioritarias, este enfoque eminentemente represivo ha sido recientemente incorporado a la respuesta de la Unión ante las referidas crisis migratorias con la adopción, en abril de 2015, de un Plan de Acción de 10 puntos sobre Migración que pretende reforzar las operaciones conjuntas de gestión de fronteras. Uno de los puntos más controvertidos ha sido la posibilidad que se plantea en dicho Plan de destruir los barcos utilizados para traficar con inmigrantes, sirviéndose de la experiencia de la Operación Atalanta de la PCSD en las aguas territoriales de Somalia contra la piratería marítima. Asimismo, se propuso reforzar las Operaciones Conjuntas en el Mediterráneo, Tritón y Poseidón, con el incremento de sus recursos financieros e instrumentos, ampliando igualmente su área de actuación. COMISIÓN EUROPEA, *Joint Foreign and Home Affairs Council: Ten point action plan on migration – Press Release*, Luxemburgo, 20 de abril de 2015.

³⁸⁴ “EU border patrols to start this week”, *Times of Malta*, 3.10.2006, disponible en: <http://www.timesofmalta.com/articles/view/20061003/local/eu-border-patrols-to-start-this-week.39656> [última consulta: 31.8.2015].

³⁸⁵ <http://www.frontex.europa.eu/>; “29 expertos de siete países europeos ayudan a identificar a 19.000 inmigrantes en Canarias”, *El País*, 18.12.2006, “3.643 detenidos, 6.076 repatriados”, *El País*, 31.12.2006 [última consulta: 31.8.2015].

Para un panorama general de la *Operación Hera*, *vid. CARRERA, S.*, “The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands”, *CEPS Working Document*, Núm. 261, 22 de marzo de 2007, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015]; GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., “The struggle against irregular migration by sea at the Canary Islands”, DEL VECCHIO, A. (Ed.), *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, Eleven International Publishing, enero de 2014, pp. 59-76.

³⁸⁶ Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la República de Senegal, hecho en Dakar el 10 de octubre de 2006, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 170, de 15.7.2008, pp. 30878-30879; Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 185, de 4.8.2003, pp. 30050-30053.

Vid. para un análisis detallado de estos acuerdos, ASÍN CABRERA, M^a A., “Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 165-188; FAJARDO DEL CASTILLO, T., “Los acuerdos de readmisión de los inmigrantes en situación irregular celebrados por España”, ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J. M. (Coord.), *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 87-102.

en las aguas territoriales de estos Estados terceros y que ambos participaran directamente del desarrollo de las actividades de vigilancia, con las implicaciones que ello conlleva para la efectiva protección de los Derechos fundamentales de las personas migrantes y la (in)aplicación del Derecho internacional relativo al asilo y refugio.

Éste no ha sido el único ejemplo de implementación extraterritorial del control de las fronteras para garantizar la consecución de los objetivos de la política “común” de lucha contra el COT. Frontex también se ha apoyado en este tipo de acuerdos bilaterales entre EEMM y terceros Estados en otras operaciones conjuntas. En el caso del acuerdo entre Italia y el régimen libio de Gadafi, firmado en 2008, la colaboración entre las partes dio origen a una situación que fue duramente criticada y condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en una Sentencia de febrero de 2012:

[...] la operación de control de las autoridades fronterizas italianas de remoción en alta mar, sumado a la ausencia de un procedimiento individual, justo y efectivo de examen de los solicitantes de asilo, constituye una seria violación de la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros y, en consecuencia, del principio de *non-refoulement* [...] El Tribunal considera que el gobierno italiano debe tomar medidas para obtener garantías por parte del gobierno libio de que los solicitantes no serán sujetos a trato incompatible con la Convención [Europea de Derechos Humanos], inclusive la devolución indirecta. Esto no es suficiente. El gobierno italiano también tiene una obligación positiva de proporcionar a los solicitantes acceso práctico y efectivo a un procedimiento de asilo en Italia.³⁸⁷

Lejos de ser una práctica puntual atribuible únicamente a las autoridades italianas, otros EEMM han sido igualmente condenados por el TEDH e instancias estatales por la inaplicación de determinados procedimientos que garantizan el trato adecuado de los nacionales de terceros países entrados ilegalmente en territorio europeo, en particular aquellas personas solicitantes de asilo³⁸⁸. En realidad, lo que plantea el

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto *Hirsi Jamaa v. Italy*, 27765/09, de 23 de febrero de 2012.

³⁸⁸ “Treatment of migrants and asylum-seekers in Calais and French overseas territories denounced by national Ombudsman and European Court of Human Rights”, *Statewatch*, 19.12.2012, disponible en: <http://www.statewatch.org/news/2012/dec/02france-treatment-migrants.html> [última consulta: 31.8.2015]; “España repatrió en 2014 a 2.572 inmigrantes en vuelos y a 801 en barcos, la mayoría de Marruecos”, *El País*, 9.6.2015, disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/2484498/0/espana-repatrio/inmigrantes/vuelos-barcos/> [última consulta: 31.8.2015].

TEDH en la Sentencia contra Italia es que el Derecho internacional y europeo en materia de protección de inmigrantes y refugiados es igualmente aplicable a bordo de los buques que enarbolan pabellón italiano (y, por extensión, de todo Estado miembro), supliendo un aparente vacío legal que había sido aprovechado por los EEMM para llevar a cabo estas operaciones conjuntas. Por ello, según el TEDH, “solamente una mala comprensión de [las normas de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y del Protocolo contra el Tráfico de inmigrantes adicional a la Convención de Palermo], destinadas a garantizar la protección de las personas especialmente vulnerables (víctimas de trata, tráfico ilegal de migrantes, personas en peligro o dificultad en alta mar), podría justificar la exposición de estas personas a un riesgo adicional de maltrato entregándolas a aquellos países de los que han huido”³⁸⁹. Anteriormente, la Asamblea Parlamentaria del CoE también había condenado la actuación de las autoridades italianas y libias en este tipo de operaciones de expulsión de inmigrantes. Además, este órgano paneuropeo fue más allá en sus críticas, al reprender igualmente la labor de Frontex en el desarrollo de estas operaciones conjuntas, contrariamente a la Sentencia del TEDH, que se limita a reproducir varios documentos e informes de terceras partes, entre las cuales la Resolución de la Asamblea Parlamentaria, pero sin entrar a juzgar la actuación de la Agencia³⁹⁰. Estas críticas demuestran que la externalización de los objetivos de seguridad interior de la UE, tanto

Adicionalmente, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, Madrid, 2015, disponible en: www.defensordelpueblo.es [última consulta: 31.8.2015].

³⁸⁹ Nota 387. Para un análisis de esta sentencia, *vid.* HESSBRUEGGE, J. A., “European Court of Human Rights Protects Migrants Against “Push Back” Operations the High Seas”, *Insights*, Vol. 16, Núm. 14, American Society of International Law (ASIL), 17 de abril de 2012, disponible en: <http://www.asil.org/insights.cfm> [última consulta: 31.8.2015].

Adicionalmente, en clave constitucionalista, SCUTO, F., “Derechos de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 215-257.

³⁹⁰ “5.4. Aunque [...] Frontex juega cada vez un mayor papel en la intercepción en el mar, existen inadecuadas garantías de respeto de los derechos humanos y de las obligaciones que derivan del Derecho internacional y europeo en el contexto de las operaciones conjuntas que coordina [...] 10. La Asamblea está preocupada por la falta de claridad respecto de las responsabilidades respectivas de los Estados de la Unión Europea y Frontex y la ausencia de garantías adecuadas para el respeto de los Derechos fundamentales y los estándares internacionales en el marco de las operaciones conjuntas coordinadas por la agencia. Mientras que la Asamblea acoge favorablemente las propuestas presentadas por la Comisión Europea para reformar las normas que regulan la agencia, con vistas a reforzar las garantías de un completo respeto de los derechos fundamentales, [la Asamblea] las considera inadecuadas y le gustaría que se le confiase al Parlamento Europeo el control democrático de las actividades de la agencia, particularmente en lo que respecta al respeto de los derechos fundamentales”.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA, *The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*, Resolución 1821 (2011), 21.6.2011.

a través de la asistencia de Frontex a terceros Estados como de la actuación conjunta de sus EEMM, no va acompañada de una extraterritorialización paralela de las normas de Estado de Derecho ³⁹¹ más allá de un manual de *buenas prácticas* en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados en estancia irregular en la Unión ³⁹². Esta cuestión contradice seriamente el discurso mantenido en otras políticas, principalmente relacionados con la PESC, o los propios principios que han de guiar la acción exterior de la UE y que ha obligado a modificar sustancialmente el Reglamento de la agencia para responder a estas críticas sobre la ausencia de criterios de protección de Derechos humanos en su actuación ³⁹³.

Igualmente criticables, aunque posiblemente menos conocidas, Frontex tiene encomendadas labores de apoyo al retorno de nacionales de terceros Estados ilegalmente entrados en la UE o en situación irregular. Evidentemente, estas operaciones —un instrumento de último recurso según la normativa de la Agencia—, contradicen la promoción el retorno voluntario propugnado por la UE en su intento por elaborar una política migratoria global e integral ³⁹⁴, siguiendo la lógica securitaria de la Directiva de retorno y, en general, de la política contra la inmigración ilegal. Según el artículo 9 de su Reglamento, la función Frontex es actuar de intermediario entre los

³⁹¹ “Si la UE continúa usando la extraterritorialización como instrumento de su política de migración debe abordar seriamente la cuestión de garantizar una extraterritorialización concomitante del Estado de Derecho, en particular la revisión judicial efectiva de una acción administrativa”. RIJPM, J. J. y CREMONA, M. “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *European University Institute Working Papers*, Law 2007/1, Florencia, 2007, p. 24 (traducción propia).

³⁹² FRONTEX, *Code of Conduct for Joint Return Operations coordinated by Frontex*, 2013, disponible en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁹³ Se insertan en el Reglamento de la Agencia los siguientes apartados:

“1 bis. De conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho internacional, ninguna persona podrá ser desembarcada en un país ni entregada a sus autoridades si ello vulnera el principio de no devolución, o si existe el riesgo de que sea expulsada de tal país o repatriada a otro vulnerando dicho principio. Se atenderá a las necesidades especiales de los niños, de las víctimas de la trata de personas, de las personas que necesitan asistencia médica, de las personas que necesitan protección internacional y de otras personas vulnerables de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho internacional. [...]”

Artículo 2 bis, *Código de Conducta*

“La Agencia elaborará y desarrollará un Código de Conducta aplicable a todas las operaciones que coordine. El Código de Conducta establecerá los procedimientos destinados a garantizar los principios del Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales, prestando especial atención a los menores no acompañados y a las personas vulnerables, así como a las personas que tratan de obtener protección internacional, y se aplicará a todas las personas que participen en las actividades de la Agencia”. Reglamento 1168/2011 [*Diario Oficial L 304*, de 22.11.2011, pp. 1-17].

A pesar de estas modificaciones en el estatuto de la Agencia, las dudas sobre la obligatoriedad del Código de Conducta son muchas al considerarse estándares comunes (*soft law*). *Vid.*, a este respecto, la carta dirigida por Statewatch y Migreurop al Ombudsman de la UE, de 27.9.2012, disponible en: <http://www.statewatch.org/analyses/no-193-eu-ombs-inquiry-frontex-evidence.pdf> [última consulta: 31.8.2015].

³⁹⁴ *Vid.* Nota 355.

EEMM interesados en participar en una operación de retorno organizada por un Estado miembro, ya que estas actividades son organizadas directa y, en teoría, inmediatamente por los EEMM ³⁹⁵, y cofinanciar parte de los gastos ocasionados ³⁹⁶. La evolución de las cifras habla por sí sola. En el segundo cuatrimestre de 2012, el 60% de las decisiones de retorno provenía solamente de tres EEMM: Reino Unido, Italia y Grecia; en ese mismo período, el porcentaje total de repatriados fue un 15% superior al del año anterior ³⁹⁷, demostrando que, si bien se considera un procedimiento de último recurso, sigue siendo utilizado por los EEMM en bastantes ocasiones como elemento de ejecución de sanciones de expulsión frente al objetivo de fomentar el retorno voluntario asistido contenido en el “enfoque global” de la UE en materia migratoria, suponiendo en 2012 más de la mitad de las repatriaciones ³⁹⁸. En el tercer cuarto de 2014 esta tendencia se ha mantenido en términos similares en cuanto a países de origen y destino, si bien la situación interna de inestabilidad política en dos países de nuestro entorno (Siria y

³⁹⁵ “[...] debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible [...]”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, en el procedimiento entre la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería y Samir Zaizoune.

³⁹⁶ Artículo 9, *Cooperación en materia de retorno*

“1. La Agencia facilitará la asistencia necesaria para operaciones de retorno conjuntas de los Estados miembros, y previa solicitud de los Estados miembros participantes, garantizará la coordinación o la organización de dichas operaciones conjuntas [...], y en especial a la [Directiva de retorno], y sin valorar la pertinencia de las decisiones de retorno. La Agencia financiará o cofinanciará las operaciones y proyectos contemplados en el presente apartado mediante subvenciones procedentes de su presupuesto [...]. Podrá, asimismo, utilizar recursos financieros de la Unión disponibles en el ámbito del retorno. [...]”

1 bis. La Agencia elaborará un Código de Conducta [...], que se aplicará en todas las operaciones de retorno conjuntas coordinadas por la Agencia y en el que se especificarán procedimientos normalizados que han de simplificar la organización de las operaciones de retorno conjuntas y garantizar que el retorno discorra de forma humanitaria y con pleno respeto de los derechos fundamentales, y en particular de los principios de la dignidad humana, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, los derechos a la protección de los datos personales y a la no discriminación.

1 ter. [...]. El control de las operaciones de retorno conjuntas debería llevarse a cabo sobre la base de criterios objetivos y transparentes y abarcar la totalidad de la operación de retorno conjunta, desde la fase previa a la salida hasta la entrega de los repatriados en el país de retorno. [...]

2. La Agencia cooperará con las autoridades competentes de los terceros países a que se refiere el artículo 14 a fin de determinar las mejores prácticas en materia de obtención de títulos de viaje y de retorno de nacionales de terceros países que se encuentren en situación de estancia ilegal”. Reglamento 1168/2011 [*Diario Oficial L 304*, de 22.11.2011, pp. 1-17].

³⁹⁷ FRONTEX, *Frontex Risk Analysis Network Quarterly*, Núm. 2, abril-junio de 2012, disponible en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

³⁹⁸ “En 2012, la ratio entre las salidas voluntarias y los retornos forzados (según los datos del análisis de riesgos de FRONTEX de 2013) en la UE fue aproximadamente de 44-56. El mantenimiento del fomento de las salidas voluntarias seguirá siendo uno de los principales objetivos de la política de la UE en materia de retorno”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión sobre la política de retorno de la UE*, COM (2014) 199 final, Bruselas, 28.3.2014, p. 5.

Ucrania) ha añadido complejidad a la situación actual: por un lado, Frontex señala un considerable incremento de emisiones de decisiones formales de retorno de nacionales sirios en Grecia y Bulgaria, con un aumento del 167% y del 250%, respectivamente —a pesar de que el retorno efectivo solamente haya variado +3%—; mientras que las peticiones de asilo de nacionales ucranianos han crecido considerablemente en Polonia y Alemania ³⁹⁹. En los primeros meses de 2015, estas tendencias generales se han mantenido en los mismos términos, si bien, como novedad, se observa que con mayor frecuencia se está procediendo a la detención de los facilitadores y, poco a poco, se va poniendo el acento en dismantelar los grupos y redes que trafican ilegalmente con migrantes, a pesar de que las cifras no evidencian las condenas finalmente impuestas o los procedimientos penales seguidos contra dichas agrupaciones ⁴⁰⁰.

Frontex es, asimismo, competente para colaborar directamente con terceros Estados en otros asuntos y facilitar la cooperación operativa entre éstos y los EEMM de la UE (Art. 14, § 1 Reglamento Frontex 2011), sobre la base de sus Análisis de Riesgos y las necesidades de cooperación mutuas en los ámbitos de su competencia. De esta forma, Frontex ha firmado acuerdos de colaboración con un nutrido número de países y organismos terceros ⁴⁰¹, cuya implementación es facilitada por los oficiales de enlace que la Agencia puede establecer en aquellos países “en los que las prácticas de gestión de fronteras respeten un nivel mínimo de los derechos humanos” (Art. 14, § 3 Reglamento Frontex 2011), quienes, a su vez, podrán participar en las reuniones de las redes locales o regionales de cooperación de funcionarios de enlace en materia de inmigración de los EEMM en terceros países ⁴⁰². Estos oficiales de enlace, permanente

³⁹⁹ FRONTEX, *Frontex Risk Analysis Network Quarterly*, Núm. 3, julio-septiembre de 2014, disponible en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰⁰ FRONTEX, *Frontex Risk Analysis Network Quarterly*, Núm. 1, enero-marzo de 2015, p. 15, disponible en: <http://www.frontex.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰¹ A 31 de agosto de 2015, Frontex había firmado acuerdos de colaboración con Albania, Armenia, ARYM, Azerbaiyán, Bielorrusia, Cabo Verde, Canadá, Bosnia-Herzegovina, EE.UU., Georgia, Moldavia, Montenegro, Nigeria, la Federación de Rusia, Serbia, Turquía y Ucrania, así como con el Consejo de Jefes de Tropas Guardafronteras de la Comunidad de Estados Independientes y el Centro Regional MARRI (Iniciativa Regional sobre Migración, Asilo y Refugiados). Asimismo, la agencia negocia con las autoridades de siete países: Brasil, Egipto, Libia, Marruecos, Mauritania, Senegal y Túnez.

Para un sucinto análisis de estos acuerdos de colaboración, *vid.* FINK, M., “Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’”, *Merkourios*, Vol. 28, Núm. 75, 2012, pp. 20-35, disponible en: www.merkourios.org [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 493/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 377/2004 del Consejo sobre la

o temporalmente destinados en terceros Estados, tienen encomendadas atribuciones relacionadas con la prevención y lucha contra la inmigración ilegal y el retorno de emigrantes ilegalmente entrados en territorio de los EEMM (Art. 14, § 4 Reglamento Frontex 2011). Asimismo, entre los cometidos de la Agencia en la cooperación técnica con terceros Estados está la promoción de las normas de la UE de gestión de fronteras —es decir, el IBM (Art. 14, § 2 Reglamento Frontex 2011)—, sumándose así a la exportación de su *expertise* en la gestión de fronteras a países candidatos y potenciales candidatos, destinada a alinear sus estructuras de gestión fronteriza a los estándares *Schengen* y en materia de retorno ⁴⁰³.

Es obvio que, tras la reforma de su Reglamento en 2011, Frontex ha visto reforzada su posición exterior en relación con terceros Estados sin que se haya visto suficientemente regulada la protección de los Derechos fundamentales en la práctica diaria ni controlada su actuación externa por órganos parlamentarios. La renovada normativa permite que cuente con unas funciones de mayor calado, especialmente en cuanto a la extraterritorialidad con la que aplica el Derecho de la Unión en las operaciones conjuntas coordinadas por la Agencia, incluyendo en aguas territoriales de terceros Estados ⁴⁰⁴. Asimismo, amplía la posibilidad de firmar acuerdos y establecer

creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, *Diario Oficial L 141*, de 27.5.2011, pp. 13-16.

Frontex puede, asimismo, recibir funcionarios de enlace de terceros Estados y Organismos internacionales, además de en los EEMM. No obstante, es considerable la falta de transparencia respecto de los terceros Estados en los que la Agencia ha establecido funcionarios de enlace.

⁴⁰³ Ejemplo de este tipo de exportación de los estándares *Schengen* es la formación de los oficiales de fronteras de terceros Estados a través del Currículum Común Central (CCC) para los guardias de fronteras. Asimismo, en materia de retorno, Frontex ha cooperado con Nigeria y formalizado la transferencia de *buenas prácticas* con un Canje de Notas en diciembre de 2013, sumándose así al acuerdo de colaboración firmado en enero de 2012. Por último, la Agencia tiene en marcha dos proyectos de externalización del IBM financiados con cargo a la PCD: uno con Marruecos y Túnez, dirigido y coordinado por la Oficina Europea de Apoyo al Asilo; y otro destinado a los países de la Asociación Oriental, el *Eastern Partnership Integrated Border Management Capacity Building Project (IBM)*.

Para más información: <http://frontex.europa.eu/partners/third-countries/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁰⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Decisión 2010/252/UE del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 111*, de 4.5.2010, pp. 20-26.

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2012 [Asunto C-355/10, Parlamento c. Consejo], la Comisión presentó una propuesta de Reglamento, con similar alcance y contenido, destinada a sustituir esta Decisión, dando lugar a la aprobación del Reglamento 656/2014, que reafirma la posibilidad de la interceptación en el mar territorial de terceros Estados de traficantes e inmigrantes ilegalmente traficados en el espacio comunitario [*Diario Oficial L 189*, de 27.6.2014, pp. 93-107].

relaciones bilaterales de manera autónoma, basándose en su capacidad como órgano técnico, supuestamente “neutro”, a pesar de estar más que demostrada su participación interesada en la elaboración e implementación de la política migratoria comunitaria y la elaboración de análisis de riesgo que revierten en el incremento de sus funciones y competencias. Además, el Reglamento Frontex 2011 refuerza su posición frente a los propios EEMM, al preverse la posibilidad de que éstos incluyan disposiciones particulares sobre el papel y capacidades de la Agencia, “en especial en lo relativo al ejercicio de las competencias ejecutivas por parte de los miembros de los equipos desplegados por la Agencia durante las operaciones conjuntas o los proyectos piloto” (Art. 14, § 7 Reglamento Frontex 2011).

Por ese carácter técnico que se le presupone, finalmente, este actor puede también asistir a las misiones civiles y operaciones militares de la PCSD en materia de gestión de fronteras y de formación del personal local, si bien esta posibilidad —ausente en los reglamentos— todavía no ha sido plenamente aprovechada en la práctica (*vid. infra*). A pesar de los continuos llamamientos a la necesidad de incluir garantías en cuanto al respecto de los Derechos fundamentales en el cumplimiento de sus atribuciones, la actuación de Frontex sigue reflejando la opacidad con la que se creó en 2004 y ha sido posteriormente reformada; cuestión que se manifiesta igualmente en la relativa falta de publicidad de los propios acuerdos de colaboración con terceros Estados. Actualmente, incluso tras el Reglamento de 2011, la Agencia tiene solamente obligación de informar al Parlamento Europeo de sus actividades de manera *ex post* y con carácter anual, sin que ello suponga un elemento de control apropiado. Asimismo, el elemento técnico “neutro” que se le ha supuesto a Frontex ha repercutido en la firma de acuerdos con terceros Estados, pues, al considerarse un actor técnico, dichos acuerdos han escapado al escrutinio del Parlamento Europeo —y de las asambleas legislativas de los EEMM—, a pesar de las implicaciones presupuestarias y para la protección de los Derechos fundamentales que este tipo de convenios acarrear, pues, en realidad, establecen un marco general de cooperación en materia de aduanas y fronteras, intercambio de información y de externalización del *expertise* europeo por medio de la formación específica en este terreno cuyo alcance y control están únicamente sujetos al análisis del caso concreto por el Director Ejecutivo de la Agencia. Esta opacidad de los acuerdos con terceros países no es, empero, exclusiva de Frontex, sino que es

compartida con otros actores del ELSJ (Eurojust y Europol), así como con las misiones y operaciones de la PCSD desplegadas en el territorio de terceros Estados que coadyuvan en la represión del COT fuera del espacio europeo.

2. La contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa a la seguridad interior

La UE ha encontrado en la PCSD un importante instrumento para externalizar sus objetivos de seguridad interior y exportar la aplicación extraterritorial de su propio modelo de prevención y represión del COT, si bien su potencial ha sido subestimado tanto por las propias instituciones de la UE como por los EEMM ⁴⁰⁵. Esta política “común” contribuye al refuerzo de la seguridad interior de la Unión ejerciendo funciones que van más allá de las operaciones de mantenimiento de la paz (OMP) consideradas tradicionales ⁴⁰⁶: desde la contención de un conflicto y de sus posibles repercusiones regionales en áreas geográficas relativamente remotas hasta la realización de actividades de policía contra la piratería marítima en el Índico o la asistencia a la reconstrucción postconflicto ⁴⁰⁷. Estas operaciones y misiones de la PCSD también han promovido y asistido a las autoridades locales en la reforma del sistema judicial y del sector de la seguridad (RSS), incluidos tanto la transformación del sector policial como

⁴⁰⁵ RUIZ DÍAZ, L. J., “La contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa a la seguridad interior de la Unión Europea”, ROLDÁN BARBERO, F. J. (Coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión...*, op. cit. en Nota 26, pp. 121-141.

Ante las dificultades para desplegar una misión/operación de la PCSD y debido a las limitaciones que ello implica (financiación, visibilidad internacional, cadena de mando, lentitud de la toma de decisiones, ausencia de interés del conjunto de la UE en un caso concreto, etc.), numerosos son los EEMM que han enviado sus contingentes de manera unilateral para capacitar a las autoridades locales en la prevención y represión del COT, el terrorismo y los tráfico ilícitos y mejorar sus capacidades en materia de gestión de fronteras, así como con otros fines ligados a la prevención y gestión de conflictos. Éste ha sido el caso, especialmente, de aquellos con colonias en el continente africano, como Reino Unido, Francia y Portugal.

⁴⁰⁶ Para un análisis en profundidad de la evolución de las funciones de las Operaciones de Mantenimiento de Paz, vid. CARDONA LLORENS, J., “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen VI, Castellón, 2002, pp. 759-889; IGLESIAS VELASCO, A., *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

⁴⁰⁷ Pueden consultarse todas las operaciones y misiones de la PCSD, finalizadas o en curso, a través del siguiente enlace: <http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/> [última consulta: 31.8.2015].

Para un análisis del despliegue de estas misiones y operaciones, vid. GNESOTTO, N. (Ed.), *EU Security and Defence Policy: the first five years (1999-2004)*, agosto de 2004; GREVI, G., HELLY, D. y KEOHANE, D. (Eds.), *ESDP: The first ten years (1999-2009)*, octubre de 2009 y TARDY, T., “CSDP in action – What contribution to international security?”, *Chaillot Papers*, Núm. 134, mayo de 2015, Instituto de Estudios Estratégicos de la UE, documentos de análisis disponibles en: www.iss.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

actividades de desarme, desmovilización y reinserción (DDR), en línea con los objetivos de la estrategia de la UE en materia de tráfico de ALPC en el vecindario europeo y la labor de la Unión como actor internacional en la gestión de crisis. Por tanto, en un primer momento, la PCSD estaría encaminada a apoyar el orden internacional basado en un multilateralismo eficaz y promover la buena gobernanza en terceros Estados, identificados en la EES como objetivos prioritarios imprescindibles para hacer frente a las nuevas amenazas y desafíos a la seguridad internacional, incluido el COT. De esta forma, la PCSD vendría a reforzar la PEV en zonas postconflicto en las que ésta no puede intervenir o que, por lejanía geográfica o limitaciones intrínsecas, no están dentro de su ámbito de actuación. Sin embargo, el enfoque de la UE en la RSS, como en otras actividades enmarcadas en la PCSD, no es holístico, sino que persigue unos objetivos a corto plazo claramente relacionados con el mantenimiento de la seguridad interior presentes en los otros instrumentos de acción exterior vistos hasta ahora y que tienen como fin la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT en el territorio de Estados terceros:

El énfasis en la promoción de las reformas en la seguridad de las fronteras, la judicatura y la policía refleja la principal preocupación de la UE sobre la inmigración ilegal y la trata de seres humanos y el tráfico de drogas desde (y a través de) estas regiones, así como el hecho de que estas actividades están cubiertas por la parte JAI del *acquis communautaire*.⁴⁰⁸

Esta insistencia en la promoción de los intereses propios de seguridad interior se percibe en la ejecución de los mandatos del conjunto de misiones y operaciones de la PCSD desplegadas en poco más de una década. En este sentido, desde que se considerase operativa esta política en 2003, las misiones y operaciones de la PCSD ofrecen una gran cantidad de ejemplos de adaptación a las nuevas condiciones circunstanciales en las que éstas se desarrollan sobre el terreno y de las diferentes funciones que pueden ejercer estas misiones y operaciones de “segunda” o “tercera generación”, alejadas de las clásicas OMP destinadas a mantener el alto el fuego en un conflicto previamente pacificado. Asimismo, ilustran la visión *realista* de la acción exterior de la UE en materia de seguridad, en la que la Unión impone unos objetivos

⁴⁰⁸ HÄNGGI, H. y TANNER, F., “Promoting security sector governance...”, *loc. cit.* en Nota 287, p. 59 (traducción propia). En esta misma línea, IOANNIDES, I. y COLLANTES-CELADOR, G., “The internal-external security nexus...”, *loc. cit.* en Nota 307, p. 428.

propios respecto de la lucha contra el COT en sus relaciones con terceros Estados, frente a una perspectiva más *idealista* de las teorías de las Relaciones Internacionales en la que ésta es percibida como “exportador de seguridad” o “potencia normativa”⁴⁰⁹, que concibe la PCSD como un instrumento más que refuerza el papel de la Unión como actor internacional global y comprometido con el orden de seguridad “onusiano”. Así, especialmente las misiones civiles y las operaciones militares de reconstrucción del Estado de Derecho y de RSS tienen encomendadas funciones de asistencia a las autoridades locales en multitud de tareas relacionadas con la etapa postconflicto, pero también de imposición de un mandato y un modelo de gestión de la seguridad externo al país anfitrión —particularmente perceptible en el caso de los Balcanes occidentales, en los que la Unión ha monitorizado la reconstrucción de las instituciones policiales y judiciales— y, en la mayoría de las ocasiones, desconectado de la realidad y necesidades locales, demostrando que la promoción de las reformas en la construcción del Estado de Derecho en las sociedades postconflicto no son ideológicamente neutrales⁴¹⁰, al mismo tiempo que ponen en entredicho la consecución de otros objetivos a largo plazo y las “verdaderas intenciones” de la actuación de la Unión en el exterior⁴¹¹.

En el terreno directamente relacionado con las materias JAI y la arquitectura de seguridad interior, la PCSD ejerce funciones de prevención y represión de amenazas no tradicionales que, por las características propias de este ámbito de integración, no han sido plenamente exploradas en la práctica. En 2002, el Consejo Europeo de Sevilla acordó la importancia de la contribución de la PCSD a la lucha antiterrorista, confirmada posteriormente en el artículo 43 del Tratado de la UE tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa. Si bien poco después el Consejo adoptó el marco

⁴⁰⁹ *Vid.* Notas 21 y 22 para referencias.

⁴¹⁰ IOANNIDES, I. y COLLANTES-CELADOR, G., “The internal-external security nexus...”, *loc. cit.* en Nota 307, pp. 415-445.

⁴¹¹ “El uso de la PCSD para perseguir objetivos de seguridad interior en el exterior es resultado directo de la fusión entre seguridad interior y externa. Sin embargo, uno de los efectos perjudiciales de este fenómeno es que, centrarse exclusivamente en reforzar el rendimiento de los actores de seguridad y desatender el desarrollo de la responsabilidad democrática de esos actores, la UE mina sus objetivos a largo plazo y revela sus verdaderas intenciones. Los actores de seguridad tienen la autoridad legítima de usar la fuerza pero para ganar dicha legitimidad es necesario que sean responsables ante órganos electos. La corrupción, el abuso de los servicios de inteligencia por parte de fuerzas políticas, el nepotismo, la ineficiencia, todos los problemas que se encuentran en un sector de la seguridad no reformado se derivan de la falta de transparencia y responsabilidad”. MOUNIER, G., “European Police Missions...”, *loc. cit.* en Nota 305, p. 71 (traducción propia).

conceptual de contribución de la PCSD a la lucha contra el terrorismo ⁴¹², no sería hasta el despliegue de la *EUCAP Sahel Niger*, en otoño de 2012, cuando la PCSD realmente se mostrase operativa en el terreno de la lucha contra el terrorismo, precisamente por las dudas acerca de la oportunidad de ser usadas en este ámbito ⁴¹³. En cambio, las operaciones y misiones de la PCSD sí han jugado un papel relevante en la lucha contra el COT sobre el terreno desde el principio, especialmente en los Balcanes occidentales y, más recientemente, en la región del Sahel y en la lucha contra la piratería en el Golfo de Adén, reforzando el creciente protagonismo que ha adquirido la dimensión marítima en la estrategia de seguridad y defensa de la UE y de su papel en la prevención y represión de los tráfico ilícitos que afectan al *espacio europeo* ⁴¹⁴. Así, de manera progresiva, la PCSD ha ido ganando relevancia en la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT, a pesar de las tensiones institucionales y la aparente descoordinación estratégica y operativa experimentada entre los diferentes instrumentos de la acción exterior de la UE fuera de sus fronteras y con terceros Estados y organismos internacionales ⁴¹⁵, en el que la desconexión a nivel

⁴¹² CONSEJO EUROPEO, *Conceptual Framework on the ESDP dimension of the fight against terrorism*, diciembre de 2004.

⁴¹³ En esta línea, *vid.*, TARDY, T. (Ed.), *Peace Operations After 11 September 2001*, Frank Cass, London, 2004.

⁴¹⁴ La piratería marítima y otras amenazas que afectan al buen funcionamiento de la libertad de navegación han ganado relevancia internacional en los últimos años, por lo que se ha planteado la necesidad de adoptar una estrategia sobre la seguridad marítima a nivel de la UE. Así, en 2010, tras la propuesta de la Política Marítima Integrada (PMI) presentada por la Comisión tres años antes, los ministros de Asuntos Exteriores iniciaron un proceso destinado a preparar opciones con miras a la posible elaboración de una estrategia de seguridad para el ámbito marítimo mundial, incluida la posible creación de un grupo de trabajo especial. Esta labor se desarrollará en el contexto de la PESC/PECSO y dentro del marco de la Estrategia Europea de Seguridad” [10300/10, Bruselas, 2.6.2010, punto 12]. En realidad, con este ejercicio de planificación, lo que se pretende es dotar de una estrategia de conjunto a las misiones y operaciones de la PCSD desplegadas sobre el terreno a instancias de terceras partes y de EEMM, así como a la integración que los servicios de la Comisión pretenden con la PMI y su participación en la gestión de las fronteras meridionales. Finalmente, la Alta Representante y la Comisión publicaron una estrategia de seguridad marítima de la UE [JOIN (2014) 9 final, Bruselas, 6.3.2014], cuyo corto recorrido nos impide formular una evaluación medianamente fundamentada.

Sobre la necesidad de adoptar una estrategia sobre la seguridad marítima, *vid.* GERMOND, B., “The EU’s security and the sea: defining a maritime security strategy”, *European Security*, Vol. 20, Núm. 4, diciembre de 2011, pp. 563-584; PARLAMENTO EUROPEO, *The maritime dimension of CSDP: geostrategic maritime challenges and their implications for the European Union*, enero de 2013, disponible en: www.europarl.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

⁴¹⁵ Así, por ejemplo, Marta Martinelli habla de ausencia de liderazgo claro en la conducción de las OMP en la República Democrática del Congo y de falta de coordinación (e, incluso, competencia) entre los diferentes actores sobre el terreno, así como de “ausencia de control político y administrativo”. MARTINELLI, M., “Les initiatives européennes de réforme du secteur de la sécurité en République démocratique du Congo”, ADAM, B. (Dir.), *Europe, Puissance tranquille? Rôle et identité sur la scène mondiale*, Éditions Complexe – Éditions du GRIP, Bruselas, 2006, p. 158.

operativo entre Europol y las misiones policiales (así como con las operaciones militares) es solamente la punta del iceberg ⁴¹⁶. En particular, el intercambio de inteligencia e información entre Europol y las misiones y operaciones de la PCSD es prácticamente inexistente, si bien se están aplicando recientemente fórmulas *ad hoc* de cooperación entre autoridades estatales y el órgano europeo en ámbitos concretos, como la lucha contra la piratería marítima ⁴¹⁷ y la gestión de la frontera exterior en el Mediterráneo meridional en colaboración con Frontex y la Agencia de Seguridad Marítima Europea, que podrán hacer pleno uso de las posibilidades que ofrece EUROSUR en la prevención y represión de tráfico ilícito con destino al *espacio*

En esta misma línea, respecto de la intervención de la PCSD en Bosnia-Herzegovina, BERENSKOETTER, F., “Under Construction: ESDP and the ‘Fight Against Organised Crime’”, *London School of Economics CHALLENGE Working Papers*, 5 de julio de 2006, artículo disponible en: <http://www.libertysecurity.org/article2158.html> [última consulta: 31.8.2015]; PENKSA, S., “Policing Bosnia and Herzegovina 2003-05 Issues of Mandates and Management in ESDP Missions”, *CEPS Working Document*, Núm. 255, diciembre de 2006.

⁴¹⁶ Nuevamente, los diferentes documentos estratégicos y políticos adoptados por la UE hacen referencia a esta desconexión operativa, traducida en la inexistencia de intercambio de información entre Europol y las operaciones y misiones de la PCSD sobre el terreno y que merman la capacidad de análisis estratégico de la agencia. Así, por ejemplo, el Pacto europeo de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, de 2010, insistía, sin mayor detalle, en que:

“Se examinará minuciosamente el intercambio de información entre Europol y las misiones de la PCSD en el África occidental (en particular la EU SSR Guinea Bissau) como manera de hacer avanzar el apoyo a las capacidades de las autoridades locales”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas...*, *op. cit.* en Nota 44, p. 6.

Para la EUPM Bosnia-Herzegovina, Susan Penksa señala: “El caso del crimen organizado proporciona una mordaz ilustración de los problemas de los mandatos, estructuras de decisión y liderazgo individual. Para que la UE aborde efectivamente el crimen organizado, el conjunto del sistema de justicia penal del gobierno estatal debe ser tenido en cuenta –legislación, policía, fiscales, jueces y el sistema penal. Sin capacidades de implementación de la ley o servicios policiales sostenibles, los esfuerzos internacionales por reducir el crimen organizado resultarán mínimamente efectivos. [...] Según las observaciones del personal sobre el terreno, la falta de un programa del Estado de Derecho integrado en Bosnia-Herzegovina ha sido un obstáculo para la eficacia de la UE. Las actividades del Estado de Derecho han sido llevadas a cabo por la Oficina del Alto Representante, la OSCE, la EUPM, EUFOR y la Delegación de la Comisión. En la reforma policial, en todo 2005, no hubo una estrategia política unificada porque la Oficina del Alto Representante, la Delegación de la Comisión y la EUPM tenían distintos grados de implicación, influencia e intereses. [...] En realidad, los funcionarios nacionales y de la UE no parecían preparados para las tensiones que surgieron entre las misiones (e individuos) del Segundo Pilar [...]. En 2005, hubo más tensión entre la EUPM y EUFOR, en particular sobre la cuestión de los mandatos de cada misión y las estrategias para abordar el crimen organizado, que entre la EUFOR o EUPM y la Delegación de la Comisión. Por el contrario, la cooperación entre la EUPM y la Delegación de la Comisión y el programa CARDS funcionó realmente bien”. PENKSA, S., “Policing Bosnia and Herzegovina...”, *loc. cit.* en Nota 415, pp. 18-19 (traducción propia).

⁴¹⁷ Según el informe de actividad de Europol de 2012, éste “intercambia inteligencia sobre piratería marítima y apoya las investigaciones oportunas de los Estados miembros. [...] La implicación de Europol se centra en la identificación de los infractores clave, bienes logísticos y flujos financieros ligados a la actividad criminal. [...] Europol mantiene el contacto con la operación militar EU Naval Force Somalia —Operación Atalanta— por medio de la Agencia contra el Crimen Organizado Serio del Reino Unido”. EUROPOL, *Europol Review 2012. General Report on Europol Activities*, La Haya, 2013, p. 63 (traducción propia), disponible en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].

europeo ⁴¹⁸; cuestión que, nuevamente, se ha extendido a la contención del tráfico ilícito de migrantes por medio de la puesta en marcha de la misión EUNAVFOR MED en el Mediterráneo meridional central —pudiendo, en fases posteriores, ser extendida al territorio libio—, basándose en la experiencia de la Operación Atalanta contra la piratería frente a las costas de Somalia ⁴¹⁹.

Asimismo, *EUCAP Sahel Niger*, operativa desde 2012, incluye entre las funciones de su mandato la mejora de las capacidades de las fuerzas de seguridad nigerianas en la lucha contra el COT y el terrorismo a través de la formación de sus oficiales ⁴²⁰. No obstante, éstos son solamente algunos ejemplos de la contribución de la PCSD a la consecución, extraterritorialmente, de los objetivos de seguridad de la UE. Las misiones y operaciones de la PCSD ejercen principalmente funciones de apoyo a las autoridades locales en la prevención y la lucha contra el COT, especialmente en relación con determinados delitos transnacionales relacionados tradicionalmente con los grupos delictivos organizados, *inter alia* los tráficó ilícitos de drogas, migrantes y ALPC y la trata de seres humanos. Uno de los ámbitos que recibe especial atención en el mandato de estas operaciones militares y misiones civiles es la gestión eficaz de las fronteras y aduanas. Así, las misiones de asistencia fronteriza *EUBAM Rafah* en los Territorios Palestinos Ocupados y *EUBAM* en Moldavia-Ucrania (operativas ambas desde 2005), incluyen en sus mandatos la tarea de mejorar las capacidades de las autoridades locales

⁴¹⁸ “El Reglamento EUROSUR requiere que en la visión de la situación nacional se incluya información sobre la posición, el estatus y el tipo de medios militares que colaboran en una misión de aplicación de la ley. El acceso a este tipo de información podrá restringirse en función de la necesidad de conocer dicha información”, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la labor del Grupo Especial para el Mediterráneo*, COM (2013) 869 final, Bruselas, 4.12.2013, Nota 21 del documento.

Para en previsión de esta nueva posibilidad, y en cumplimiento del Art. 18 del Reglamento EUROSUR, la Agencia y el Centro de Satélites firmaron un acuerdo de colaboración a principios de 2014, que se suma al que Frontex rubricó con la Agencia Europea de Seguridad Marítima, el 3.5.2013. No existen datos públicos de las relaciones entre estas entidades ni de sus actividades recientes.

⁴¹⁹ “La UE lanza una nueva operación naval contra el tráfico de inmigrantes en el Mediterráneo”, *El Mundo*, 19.6.2015, artículo disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/19/55842a5046163fc01e8b4584.html> [última consulta: 31.8.2015].

Para un sucinto análisis de esta misión y del riesgo que conlleva el uso de medios militares en labores de salvamento, *vid.* ARTEAGA, F. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “La respuesta militar a la crisis migratoria del Mediterráneo”, *ARI 40/2015*, Real Instituto Elcano, 22.7.2015; FALEG, G. y BLOCKMANS, S., “EU Naval Force EUNAVFOR MED sets sail in troubled waters”, *CEPS Commentary*, 26.6.2015, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].

⁴²⁰ Para el cumplimiento de su mandato en el refuerzo de las autoridades locales en la lucha contra el COT la misión se ha centrado en el ámbito forense, la mejora de la interoperabilidad de las fuerzas de seguridad nigerianas, el refuerzo de la recogida e intercambio de inteligencia y de la legislación estatal.

de aduanas y fronteras para prevenir y detectar el tráfico ilícito de mercancías y de migrantes, la trata de seres humanos o el fraude aduanero, proporcionándoles consejo y formación según los estándares europeos. Más recientemente, en mayo de 2013, el Consejo dio el visto bueno al despliegue de la misión civil *EUBAM Libia* —si bien con reducidas capacidades y mandato, operando desde agosto de 2014 desde Túnez debido a la situación interna de inestabilidad—, destinada a apoyar a las autoridades locales en el control de las fronteras del país y prestarles asesoramiento técnico para la puesta en marcha de una estrategia IBM y trabajar en coordinación con la *EUCAP Sahel Niger* y la *EUTM Mali* en el control de los flujos migratorios y la lucha contra los tráfico ilícitos en la región según los estándares europeos ⁴²¹.

Por su parte, además de actividades de formación, asesoramiento y, en su caso, tareas de implementación de los acuerdos de paz, algunas misiones de policía ya finalizadas tenían igualmente encomendadas en su mandato funciones de prevención y control de determinados delitos transnacionales relacionados con el COT, a ejercer conjuntamente con las autoridades policiales locales. De esta forma, misiones como *EUPOL Próxima* (ARYM), la misión de RSS en Guinea-Bissau, la *MPUE* en Bosnia-Herzegovina o *EUPOL Kinshasa* (República Democrática del Congo) han ejecutado tareas de prevención y represión del COT más propias de fuerzas policiales que de OMP *stricto sensu*, llegando incluso, como en el caso de la *MPUE* Bosnia-Herzegovina ⁴²², a asistir y apoyar a las autoridades locales en la planificación y conducción de investigaciones contra el COT y la corrupción, especialmente a partir de su reconfiguración en 2006 ⁴²³. En el caso de *EUPOL Próxima*, “tres de los cuatro objetivos [de su mandato] estaban centrados en satisfacer las preocupaciones de seguridad interior de la UE” ⁴²⁴, mientras que la prevención y lucha contra el COT y el

⁴²¹ Para mayor información y un análisis de la misión, *vid.* DÍEZ ALCALDE, J., “EUBAM Libia: seguridad fronteriza para la estabilización nacional y regional”, *Documento de Análisis*, 36/2013, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 12.6.2013.

⁴²² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 2002/210/PESC del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la Misión de Policía de la Unión Europea, *Diario Oficial L 70*, de 13.3.2002, pp. 1-6.

⁴²³ Para un análisis detallado de los resultados de esta misión y de su papel en la lucha contra el COT y la corrupción, *vid.* FLESENKEMPER, T., “Support to the fight against organised crime and corruption: between standards, structural reform and pragmatism”, FLESENKEMPER, T. y HELLY, D. (Ed.), *Ten years after: lessons from the EUPM in Bosnia-Herzegovina 2002-2012*, Institute for Security Studies, París, enero de 2013, disponible en: <http://www.iss.europa.eu> [última consulta: 31.8.2015].

⁴²⁴ IOANNIDES, I. y COLLANTES-CELADOR, G., “The internal-external security nexus...”, *loc. cit.* en Nota 307, p. 426.

terrorismo han formado parte de los objetivos estratégicos de la mayor parte de las misiones y operaciones desplegadas en la última década de una u otra forma, con o sin funciones coercitivas directas.

Esta actuación supone una reflexión de la arquitectura de seguridad interior de la Unión hacia el exterior, actuando a través de la PCSD en beneficio de unos objetivos de seguridad interior propios contra el COT, más allá de la transferencia de *expertise* por medio de la supervisión, orientación y asesoramiento a las autoridades locales en la esfera del Estado de Derecho o la estabilización de zonas postconflicto de otras misiones y operaciones desplegadas hasta la fecha. La importancia de la PCSD en la efectiva implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT fue explícitamente reconocida en 2004 por los Jefes de Policía de la UE, para quienes:

[...] Europa es un objetivo principal para el crimen organizado [...] y la acción exterior, *inter alia* a través de las misiones de policía internacional, puede ayudar a mejorar nuestra seguridad interior. Los Jefes de Policía reconocieron que la asistencia por la MPUE y EUPOL Próxima a las respectivas autoridades locales en el desarrollo de capacidades para ayudar a luchar contra el crimen organizado de manera más eficaz tuvo una importante dimensión interior.⁴²⁵

De esta forma, junto con las operaciones conjuntas coordinadas por Frontex, encontramos en el ejercicio de las funciones de las operaciones y misiones de la PCSD desplegadas en el extranjero una aplicación extraterritorial de la política “común” de lucha contra el COT de la UE supuestamente “pactada” con los terceros Estados en los que éstas operan. No obstante, esta extraterritorialidad puede plantear cuestiones de moralidad de la acción de la Unión ante el patente desequilibrio entre las partes en la negociación de los acuerdos que permiten el despliegue de estas misiones y operaciones en los territorios de terceros Estados, cuyo estatuto particular es decidido casi de forma unilateral por la UE⁴²⁶. De esta forma, si bien toda misión u operación tiene un marco

⁴²⁵ *Declaration of EU Chiefs of Police following the meeting on police aspects in the ESDP-framework*, Warnsveld, Países Bajos, 25 de octubre de 2004, párrafo 7 (traducción propia).

⁴²⁶ Para un análisis general de este tipo de acuerdos, así como de las implicaciones que conlleva en cuanto a responsabilidades y lagunas legales, *vid.* CREMONA, M., “External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law”, *European University Institute Working Paper Law*, Núm. 2006/22, 2006, Florencia, disponible en: <http://www.iue.it/> [última consulta: 31.8.2015]; SARI, A., “Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP: The EU’s Evolving Practice Status of Forces and Status of Mission

normativo definido que permite su despliegue, determinado tanto por el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas (*Status of Forces Agreement*, SOFA) de la UE ⁴²⁷ y las normas de intervención (*Rules of Engagement*, ROE) como por los propios acuerdos bilaterales o SOFA concluidos con los Estados anfitriones para su despliegue ⁴²⁸, el estatuto del personal desplegado y las funciones que puede ejercer, así como la identificación de su responsabilidad por actos cometidos en el marco de la misma, todavía están sujetos a una cierta indefinición y, por tanto, a redefinición a medida que la misión así lo requiera sin necesidad de renegociar el marco bilateral, incluso en caso de implicar medidas coercitivas sobre el terreno ⁴²⁹, produciéndose la paradoja de que “las propias misiones del Estado de Derecho de la UE estén por encima de la ley en relación a mecanismos efectivos de Derechos humanos” ⁴³⁰. En particular, la cuestión de la provisión de inmunidad y privilegios del personal de los EEMM —asimilado por la práctica internacional y, sobre todo, europea a una misión diplomática— es central en la

Agreements under the ESDP”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, Núm. 1, 2008, pp. 67-100.

Para el caso de las Fuerzas Armadas españolas, *vid.* MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el extranjero: marco general de análisis”, LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y ROLDÁN BARBERO, F. J. (Eds.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, octubre de 2008, pp. 39-98.

⁴²⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en el Estado Mayor de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el apartado 2 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU SOFA), *Diario Oficial C 321*, de 31.12.2003, pp. 6-16.

⁴²⁸ Estos acuerdos con terceros Estados para el despliegue de una operación o misión de la PCSD se reduce, en numerosas ocasiones, a un mero “Canje de Notas” entre las partes, sin que pase ningún control parlamentario ni que su publicidad sea obligatoria.

⁴²⁹ Hablando, en este caso, de una OMP de Naciones Unidas en África, un alto cargo militar europeo mencionó este tipo de “reinversiones” de las funciones de la operación desplegada sobre el terreno en un curso sobre el género y las OMP celebrado en Madrid en junio de 2012. En el ejemplo, un contingente militar multinacional, mandado por Naciones Unidas para asistir a las autoridades locales en el mantenimiento del orden público y la formación del personal, se vio “obligado” a detener y retener por un período superior a tres meses a un acusado de violación a una nacional del país receptor dada la ausencia de efectivos policiales que pudieran detenerlo y de un juez en la zona de despliegue que pudiera garantizarle un juicio justo.

A este respecto, sobre las dificultades de las fuerzas desplegadas para imponer su mandato y ejercer este tipo de funciones, *vid.* OSWALD, B. y WINKLER, T., “Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations”, *Insights*, American Society of International Law, Vol. 16, Núm. 39, 26.12.2012; ZHOU, H.-R., “The Enforcement of Arrest Warrants by International Forces. From the ICTY to the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Núm. 2, mayo de 2006, pp. 202-218.

⁴³⁰ ALEGRE, S., “The EU’s External Cooperation in Criminal Justice and Counter-terrorism: An Assessment of the Human Rights Implications with a particular focus on Cooperation with Canada”, *CEPS Special Report*, septiembre de 2008, p. 43 (traducción propia).

negociación del acuerdo para el despliegue de una operación o misión de la UE en un Estado tercero, siendo de aplicación en la mayoría de las ocasiones la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en lugar del régimen SOFA desarrollado en el marco de la ONU ⁴³¹, pues la normativa vigente exime a la UE de responsabilidad en caso de violaciones de la ley o daños causados por las tropas de los EEMM desplegados bajo el “paraguas” de una misión u operación de la PCSD ⁴³². Especialmente problemático es el caso en el que su personal tiene encomendadas funciones de vigilancia directa del desarrollo de las actividades del COT u otro tipo de funciones operativas sobre el terreno, como fue el caso de la MPUE en Bosnia-Herzegovina, ya que la responsabilidad de los efectivos desplegados no es para con las autoridades locales sino para con el Estado miembro de envío de las tropas y, en la mayoría de los casos, no están incluidas entre sus funciones en los correspondientes SOFA, incluso tras una hipotética ampliación de su mandato debido a una redefinición de la operación o misión.

Por otra parte, numerosas son las misiones y operaciones de la PCSD en las que se ha aplicado una norma de Derecho de la UE o se ha promovido, directa o indirectamente, un modelo “occidentalizado” o europeo en la labor de RSS y de construcción del Estado de Derecho centrado en la lucha contra el COT y otras amenazas a la seguridad, como el observado en los países candidatos a la adhesión o con perspectiva europea ⁴³³, sin que ello implique, necesariamente, el refuerzo de las garantías constitucionales adecuadas respecto de la protección de los Derechos fundamentales y la responsabilidad de estas instituciones ante los órganos electos, en particular en Estados terceros sin perspectivas de adhesión. Por ejemplo, la *EUSEC RD Congo* fue concebida “para gestionar la difícil cuestión de la corrupción [en el seno del Ejército congoleño] ofreciendo consejos para reformar el sistema de pago [...] con el fin de que sea gestionado por la administración del Ministerio de Defensa en lugar de la

⁴³¹ WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements...”, *loc. cit.* en Nota 5, pp. 162-166.

⁴³² SARI, A., “Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP...”, *loc. cit.* en Nota 426.

⁴³³ “[...] la MPUE deberá establecer dispositivos policiales sostenibles bajo la responsabilidad de Bosnia y Herzegovina de conformidad con las mejores prácticas europeas e internacionales, elevando con ello el nivel actual de la policía de Bosnia y Herzegovina [...]”. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción Común 2002/210/PESC, de 11 de marzo de 2002, relativa a la Misión de Policía de la Unión Europea, *Diario Oficial L 70*, de 13.3.2002, pp. 1-6; y Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Bosnia y Herzegovina (B-H) sobre las actividades de la Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en B-H, 11988/02, Bruselas, 20 de septiembre de 2002.

Armada por sí misma”⁴³⁴, pero sin tener en cuenta otros factores a largo plazo que inciden en la corrupción local y la representatividad de las fuerzas y cuerpos de seguridad y su responsabilidad ante las instituciones electas o tribales. Asimismo, la implementación del SOFA y de los ROE también conlleva la extraterritorialidad del Derecho europeo, asumiéndola explícitamente el Estado anfitrión, en particular la inmunidad del personal desplegado por la UE en su más amplio sentido, desde diplomática y organizativa hasta de responsabilidad penal en caso de infracción por parte de los miembros de la misión u operación; una ausencia de responsabilidad ante las instancias locales que no favorece en nada la apropiación de las reformas del sector de la seguridad por parte de la población civil y del sector privado —incluidas las controvertidas medidas contra el COT—, tremendamente necesaria para la consecución de sus fines y la estabilidad a largo plazo, pero que ha estado prácticamente ausente en la mayoría de mandatos de misiones y operaciones de la PCSD o con un éxito limitado en la realidad sobre el terreno igualmente en otros ámbitos⁴³⁵. Sin embargo, la relevancia de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT no se limita a las operaciones conjuntas coordinadas por Frontex o a las labores desempeñadas por las misiones y operaciones de la PCSD, sino que adquiere una especial trascendencia en la promoción de la prevención y represión del COT a través de otros instrumentos de la acción exterior de la UE que, en principio, estarían destinados a fines distintos del sector de la seguridad, como las políticas comunitarias de cooperación al desarrollo y comercial.

⁴³⁴ “La dificultad para el país de aceptar tal nivel de intrusión [...] muestra que este fenómeno es central en la problemática congoleña”. MARTINELLI, M., “Les initiatives européennes de réforme du secteur de la sécurité...”, *loc. cit.* en Nota 415, p. 155.

⁴³⁵ Isabelle Ioannides, por ejemplo, echa en falta una mayor implicación de la sociedad civil en la construcción del Estado y los procesos de transición postconflicto. Así:

“De las lecciones extraídas de la experiencia en la construcción del Estado en los Balcanes, la PEV revisada ha señalado la importancia de trabajar hacia la plena integración, los Derechos humanos y la democracia, por tanto involucrando a todos los actores concernidos: las autoridades elegidas pero también los grupos opositores, la sociedad civil y el sector privado. [...] La sociedad civil tendrá un rol importantísimo en los procesos de transición en la región del vecindario sur, incluso en el terreno de la seguridad. Por ejemplo, el desarrollo de la sociedad civil y la reforma de los medios son necesarios para asegurar el control del Ejecutivo y del Parlamento. [...] Las organizaciones de la sociedad civil en particular [...] constituyen una valiosa fuente de conocimiento [del proceso de toma de decisiones y del diseño y evaluación de los programas], bien proporcionando a los responsables políticos información fiable y puntual o análisis de un conflicto incipiente, bien abordando sus consecuencias sobre el terreno”. IOANNIDES, I., “The EU Internal-External Security Link...”, *loc. cit.* en Nota 14, pp. 33-34 (traducción propia).

3. La securitización de la ayuda oficial al desarrollo. Un paso más en la promoción del modelo de seguridad europeo

La presencia del COT no solamente representa un obstáculo para la efectividad de todo Estado de Derecho o la exitosa construcción de la paz tras un conflicto ⁴³⁶, sino que también ralentiza e, incluso, impide el desarrollo económico de un país. Como viene advirtiendo la Asamblea General de Naciones Unidas desde mediados de la década de los 70 del siglo pasado, la seguridad y el buen gobierno son prerequisites esenciales para la prosperidad económica y la estabilidad política. En concreto, el COT es una amenaza al desarrollo “en cuanto que mina el Estado de Derecho y desalienta la inversión extranjera al incrementar el nivel de violencia y la inseguridad en las comunidades que lo albergan” ⁴³⁷. Para Dobovsek, refiriéndose en particular a los países de los Balcanes occidentales:

El crimen organizado es, en muchos aspectos, una cuestión de desarrollo en los países de los Balcanes occidentales, reflejando la falta de protección adecuada de los derechos de propiedad, la ausencia de oportunidades de empleo local y la fragilidad de los Estados. Los proyectos de capacitación en el sistema judicial son tan parte de los procedimientos para abordar el crimen organizado como la legislación. ⁴³⁸

Por ello, las cuestiones de desarrollo han estado conectadas con el mantenimiento de la seguridad, la promoción del buen gobierno y la lucha contra la corrupción en los países en vías de desarrollo, especialmente desde principios de la década de 1990. En el marco de la transformación que la ayuda oficial al desarrollo

⁴³⁶ “Los Jefes de Policía subrayaron que el crimen organizado es un obstáculo importante para la consolidación del Derecho y el orden en las áreas anteriormente en crisis”. *Declaration of EU Chiefs of Police following the meeting on police aspects...*, loc. cit. en Nota 425 (traducción propia).

En esta línea, AUSTIN, A., GIENANTH, T. Von, y HANSEN, W., *Organized Crime as an Obstacle to Successful Peacebuilding. Lessons Learned from the Balkans, Afghanistan and West Africa*, Zentrum für Internationale Friedenseinsätze (ZIF), 7th International Berlin Workshop, Berlín, 11-13 de diciembre de 2003, publicado en 2004, disponible en: <http://www.zif-berlin.org> [última consulta: 31.8.2015]; STOHL, R. y GRILLOT, S., *The International Arms Trade*, Polity Press, Cambridge, 2009, en especial pp. 117-137.

⁴³⁷ GIRALDO, J. y TRINKUNAS, H., “Transnational Crime”, COLLINS, A., *Contemporary Security Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 350 (traducción propia).

⁴³⁸ DOBOVŠEC, B., “Transnational Organised Crime in the Western Balkans”, *HUMSEC Project Working Paper Series*, documento presentado en una conferencia internacional en noviembre de 2006, p. 1 (traducción propia), disponible en: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=341> [última consulta: 31.8.2015].

(AOD) ha sufrido desde entonces —y que tantas críticas ha recibido ⁴³⁹—, también la UE ha optado por “securitizar” su política de cooperación al desarrollo (PCD), en línea con los medios de actuación exterior analizados en anteriores epígrafes y con el razonamiento esgrimido por los EEMM para hacer de la AOD un instrumento más de su política de seguridad, como ha ocurrido, por ejemplo, en España ⁴⁴⁰. Así, al igual que en el caso de otros donantes internacionales, englobados en el Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (CAD/OCDE), la AOD de la UE ha pasado de ser una “aparente solidaridad postcolonial [...] a un ‘interés propio ilustrado’”, en el que la promoción del desarrollo y del buen gobierno en los países receptores de AOD va en aras de la seguridad de la Comunidad Internacional en su conjunto al ayudar a prevenir conflictos locales y evitar que la inseguridad se extienda por la región ⁴⁴¹, especialmente ante factores desestabilizadores como el COT y el terrorismo, relegando a un segundo plano la consecución de los fines originarios de la PCD, ligados a la reducción y progresiva erradicación de la pobreza (Art. 208 TFUE) ⁴⁴².

⁴³⁹ Para un análisis crítico, *vid.* CARRINO, L., *Perlas y piratas. Crítica de la cooperación para el desarrollo y nuevo multilateralismo*, Icaria – Antrazyt, Barcelona, marzo de 2009; DUFFIELD, M., “Governing the Borderlands...”, *loc. cit.* en Nota 305.

⁴⁴⁰ “Muchas de las amenazas y riesgos que afrontamos en España y Europa están íntimamente ligadas a la pobreza y la desigualdad extrema de [África] y otras regiones. La inversión española en cooperación al desarrollo también contribuye a nuestra seguridad, respondiendo a las causas estructurales —socio-culturales, económicas y medioambientales— de los conflictos y a las situaciones de fragilidad que viven muchos Estados”. GOBIERNO DE ESPAÑA, *Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Madrid, 2011, p. 23, disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/> [última consulta: 31.8.2015].

En consecuencia, la AOD de la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo, además de haber estado fuertemente “ligada” desde sus comienzos, ha estado centrada geográficamente en el último lustro en el África subsahariana, considerada un área de tránsito y origen de los tráfico ilícitos de migrantes ilegales y de drogas hacia España. La AOD destinada a esta subregión ha experimentado, en consecuencia, un fuerte incremento en ese período, colocándola en la primera posición en la distribución de la AOD en los dos últimos años. Así, en 2010, representó un 27,8% del total de la AOD de la Agencia para ese año, porcentaje superior al destinado a América del Norte, Central y Caribe (23,9%) o América del Sur (21,3%), si bien algo menos que en 2009, año en el que la Agencia consignó 227.574.010 euros al África subsahariana (29,1%) [Datos extraídos del documento “Seguimiento del PACI 2010”, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, noviembre de 2011, disponible en: www.maec.es, última consulta: 31.8.2015].

⁴⁴¹ GIBERT, M. V., “The securitisation of the EU’s development agenda in Africa: insights from Guinea-Bissau”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 10, Núm. 4, diciembre de 2009, p. 623.

⁴⁴² Artículo 208 TFUE, *Cooperación para el desarrollo*

“1. La política de la Unión en el ámbito de la cooperación para el desarrollo se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión. Las políticas de cooperación para el desarrollo de la Unión y de los Estados miembros se complementarán y reforzarán mutuamente.

La importancia que los temas relacionados con la seguridad tienen en la planificación e implementación de la AOD de la UE y de los EEMM se concreta en el establecimiento de prioridades geográficas y temáticas de la PCD. Esta política ha sido considerada por la propia Comisión en su enfoque en la prevención de conflictos, junto con el resto de programas de cooperación con otros países no considerados en desarrollo por el CAD, “los instrumentos más potentes de que dispone la Comunidad para tratar las causas fundamentales de los conflictos”⁴⁴³, las cuales inciden, directa o indirectamente, en el desarrollo y consolidación del COT en determinadas regiones. En consecuencia, si bien han predominado las razones históricas, ligadas a la herencia postcolonial en el continente —principalmente de Francia y Reino Unido—, la cuestión securitaria ha adquirido en la última década un peso significativo para que otros EEMM sin ese trasfondo hayan consentido en que los Estados africanos, conjuntamente con otros Estados del Caribe y el Pacífico (países ACP), sigan siendo los principales receptores de AOD de la UE, muy por encima de las cantidades destinadas a otras regiones, como América latina o Asia⁴⁴⁴. En cuanto a las preferencias temáticas, la UE prioriza la prevención del conflicto a través de actividades de RSS (incluida DDR), la reducción de la proliferación de ALPC y la lucha contra el COT, especialmente relacionado con los tráfico ilícitos de drogas y migrantes ilegales, los “diamantes de conflicto/ilícitos”⁴⁴⁵ y la trata de seres humanos, ámbitos que han sido cubiertos por el marco bilateral general y la mayor parte de programas y proyectos de cooperación al desarrollo puestos en marcha tanto por la UE como por los EEMM de manera individual.

Este enfoque de la Unión ha sido incorporado a las relaciones convencionales bilaterales, bajo la firma del Acuerdo de Cotonú, en 2000⁴⁴⁶, en el que se han

El objetivo principal de la política de la Unión en este ámbito será la reducción y, finalmente, la erradicación de la pobreza. La Unión tendrá en cuenta los objetivos de la cooperación para el desarrollo al aplicar las políticas que puedan afectar a los países en desarrollo.

2. La Unión y los Estados miembros respetarán los compromisos y tendrán en cuenta los objetivos que han acordado en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales competentes”.

⁴⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión relativa a la prevención de conflictos*, COM (2001) 211 final, Bruselas, 11.4.2001, p. 11.

⁴⁴⁴ <http://ec.europa.eu/europeaid> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁴⁵ Nota 58.

⁴⁴⁶ Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, *Diario Oficial L 317*, de 15.12.2000, pp. 3-286; Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus

introducido medidas destinadas a prevenir y reprimir actividades delictivas y tráfico ilícitos relacionados con el COT. De esta forma, en su artículo 30, *f*, las partes ACP firmantes se comprometen a fomentar la cooperación regional en “otros ámbitos”, como la limitación de armamento y lucha contra la droga, el crimen organizado, el blanqueo de capitales, el fraude y la corrupción, sumándose así al compromiso general de consolidar la paz y prevenir los conflictos por medio de actividades de RSS y de lucha contra la proliferación de ALPC (Art. 11). La Unión consiguió, precisamente, encadenar la cooperación con las cuestiones de seguridad y gobernanza, introduciendo en un marco convencional de cooperación al desarrollo objetivos de seguridad interior y, en consecuencia, externalizando su propia agenda de reformas en la materia observada con los Estados candidatos a la adhesión y del vecindario europeo. Adicionalmente, las instituciones comunitarias han condicionado la disposición de fondos a la puesta en marcha de reformas y medidas contra el COT en numerosos ámbitos. Cinco años más tarde, en la revisión del Acuerdo, la UE logró igualmente introducir en el articulado disposiciones adicionales para luchar conjuntamente contra el terrorismo e impedir la proliferación de armas de destrucción masiva (artículos 11a y 11b), así como un compromiso para “luchar contra la delincuencia internacional de conformidad con la legislación internacional, teniendo debidamente en cuenta el Estatuto de Roma” (Art. 11, § 6); es decir, cubriendo un ámbito material mucho más amplio del que nos ocupa y que confirma la erosión en el continente africano de las diferenciaciones estancas entre los delitos cometidos por el COT y los crímenes internacionales, como ya indicara el Consejo en la *Estrategia de la Dimensión Exterior del ELSJ*, adoptada en 2005. Por otra parte, por el artículo 13 las partes se comprometen a tomar medidas de readmisión de nacionales que residan ilegalmente en la otra parte, que se sumarán a los acuerdos bilaterales de readmisión de nacionales y ciudadanos de terceros Estados o apátridas que puedan negociar las partes, como ha ocurrido con Cabo Verde, y de los que la UE ya ha hecho uso en el marco de la PEV ⁴⁴⁷. Por tanto, siguiendo un esquema relacional similar al analizado en el caso de los países del vecindario europeo en el que los intereses de la lucha contra la inmigración ilegal, el terrorismo y las organizaciones delictivas y las “recompensas” en otras áreas priman sobre los intereses de las poblaciones locales,

Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, *Diario Oficial L 209*, de 11.8.2005, pp. 27-53.

⁴⁴⁷ Nota 342.

incluida la posibilidad de suspender, en última instancia, el Acuerdo en caso de violación de la protección de los Derechos fundamentales, los principios democráticos y el Estado de Derecho (Art. 96) —de escaso uso en la práctica⁴⁴⁸— o por delitos de corrupción (Art. 97), cuestión, en teoría, exigida a terceros Estados y que solamente a partir de 2011 ha tenido una tímida respuesta a nivel interno⁴⁴⁹.

Además de los fondos propios que financian los programas y proyectos en el marco de la política de cooperación al desarrollo comunitaria, como el Fondo Europeo de Desarrollo para los países ACP o el IEV para los países vecinos, y de los instrumentos temáticos⁴⁵⁰, la UE ha puesto en marcha el Instrumento en pro de la Estabilidad y la Paz, que tiene entre sus prioridades el refuerzo de las capacidades locales de respuesta ante amenazas transfronterizas, como el COT⁴⁵¹. A través de este Instrumento, la UE presta asistencia técnica y financiera a terceros Estados con el fin de prevenir y luchar contra determinadas amenazas al orden público, cubriendo la capacitación de las “autoridades policiales, judiciales y administrativas que participan en la lucha contra el terrorismo, contra la delincuencia organizada, incluida la ciberdelincuencia, y todas las formas de tráfico ilícito, y en el control eficaz del comercio y el tránsito ilegales” (Art. 5 Reglamento). Por lo tanto, estas funciones permiten que este Instrumento financie actividades que van más allá del alcance restringido de la prevención de conflictos y la estabilización postconflicto, ámbito para

⁴⁴⁸ El recurso a este artículo ha sido escaso, a pesar de las situaciones internas de determinados países ACP. No hay más que echar un vistazo a las continuas alegaciones de violaciones de Derechos Humanos y abusos de autoridades locales sin respuesta por parte de la UE en el Sáhara Occidental, Marruecos, Libia, Burkina Faso, Burundi o Guinea-Bissau, entre otros. En este último caso, la UE aplicó las medidas previstas en el Art. 96 del Acuerdo de Cotonú y suspendió la negociación de un nuevo Protocolo de Pesca con el país por el deterioro de la situación política, mientras que con Guinea procedió a consultar a las autoridades locales según este mismo artículo, sin mayores consecuencias. Una situación similar ha ocurrido con Madagascar y Fiji. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World in 2012 (Country Reports)*, 15144/13, Bruselas, 21.10.2013.

⁴⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, Bruselas, 6.6.2011.

⁴⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 233/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo para el período 2014-2020, *Diario Oficial L 77*, de 15.3.2014, pp. 44-76.

Toda la información relativa al Programa temático Migración y Asilo de este Instrumento puede consultarse en este enlace: https://ec.europa.eu/europeaid/sectors/migration-and-asylum/migration-and-asylum/thematic-programme_en [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵¹ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 230/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un instrumento en pro de la estabilidad y la paz, *Diario Oficial L 77*, de 15.3.2014, pp. 1-10.

el que fuera originariamente concebido, sumándose así a otros instrumentos que favorecen la implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT en numerosos sectores, como la represión del tráfico ilícito de drogas y la piratería marítima, sin que dichas actuaciones concretas estén conectadas con las necesidades reales de la población local ⁴⁵². De esta forma, la Unión no solamente coadyuva a otras instancias internacionales en la prevención y represión del COT en suelo africano, como la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) ⁴⁵³, en línea con las disposiciones al respecto de la Convención de Palermo relativas a la financiación y asistencia técnica a terceros Estados ⁴⁵⁴; sino que, igualmente, estas actividades y fondos sirven para difundir los estándares europeos en la materia y preparar el terreno para la firma de futuros acuerdos que profundicen en la cooperación contra el COT a nivel bilateral y multilateral.

⁴⁵² Así, a través del predecesor de este Instrumento, la UE proporcionó 4,5 millones de euros para financiar un programa para luchar contra la piratería en el Golfo de Guinea [el *Critical Maritime Routes in the Gulf of Guinea Programme* (CRIMGO), información disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-14_en.htm?locale=en; última consulta: 31.12.2012] y otros relacionados con la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas [COMISIÓN EUROPEA, *Mid-term review of the Cocaine Route Programme financed by the EU Instrument for Stability*, Final Report, Project No. 2012/302922, disponible en: <http://ec.europa.eu/europeaid/>; última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵³ Puede accederse a los diferentes instrumentos financieros y programas de asistencia técnica de la ONUDD en el siguiente enlace: <http://www.unodc.org/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵⁴ Artículo 30, *Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica*

“1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;

b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. [...];

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo [...].

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística [...].”

En cuanto que instrumento al servicio de la consecución de los objetivos de lucha contra el COT, la PCD no persigue necesariamente cuestiones de desarrollo local ni se reduce su ámbito geográfico al continente africano. Un ejemplo claro de esto nos lo ofrece un proyecto en Asia central relacionado con la gestión de las fronteras: el *Border Management Programme in Central Asia* (BOMCA) ⁴⁵⁵. Este proyecto persigue la promoción de la estabilidad y la seguridad de los Estados centroasiáticos por medio de la implementación del modelo IBM de la UE y la cooperación regional en este sector concreto de lucha contra el COT, prestando especial atención a la gestión de las fronteras y la reducción de los diversos tráficó ilícitos que se producen en la región, principalmente el comercio de drogas provenientes de Afganistán. En la misma línea, pero orientada a la reducción de la demanda de droga en los países de la región centroasiática —e, indirectamente, de la oferta con destino a la UE—, desde 2001 la Unión está financiando a través de la PCD el *Central Asia Drug Action Programme* (CADAP) ⁴⁵⁶, guiado por los principios y orientaciones que han marcado las instituciones comunitarias en sus sucesivas *Estrategias contra la Droga* (*vid. supra*, epígrafe primero). Al igual que en instrumentos anteriores, la UE demuestra tener poco en cuenta los intereses locales en la promoción de la agenda de reformas, mostrando una clara predilección por quedarse en el nivel de asistencia técnica y financiera destinada a capacitar a las autoridades locales y la adopción de medidas de prevención y represión de las actividades delictivas de los grupos organizados sin ir más allá en el diálogo político con terceros Estados en otros sectores, como la corrupción y la promoción de la sociedad civil, fundamentales en la lucha contra el COT al tratarse de factores desestabilizantes de las reformas internas.

En relación a este escaso interés por abordar cuestiones políticas con determinados Estados terceros, es especialmente ilustrativo destacar el hecho de que los procedimientos sancionadores previstos tanto por el IEV como por el Acuerdo de Cotonú no han sido nunca puestos en práctica. Al menos, en cuanto a la eventual

⁴⁵⁵ Entre 2003 y 2017, el programa BOMCA habrá contado con un presupuesto cercano a los 33 millones de €. Puede consultarse toda la información del proyecto en: <http://www.bomca.eu/> [última consulta: 31.8.2015]. *Vid.* para un análisis crítico de este proyecto, GARTLAND, J., “The Border Management Programme in Central Asia: Explaining the European Union’s Choice of Implementing Partners”, *Bruges Regional Integration & Global Governance Papers*, Núm. 3, Colegio de Europa, Brujas, 2014, disponible en: <https://www.coleurope.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁵⁶ https://ec.europa.eu/europeaid/regions/central-asia/eu-support-border-management-central-asia_en [última consulta: 31.8.2015].

suspensión de la ayuda a países en desarrollo, si bien la UE ha tenido oportunidades únicas para llevarlas a cabo ⁴⁵⁷. Así, al implementar la condicionalidad con estos países, la Unión ha preferido usar las “zanahorias” y no los “palos”, enfatizando el reconocimiento y la recompensa a los Estados que “mantienen o se mueven hacia estándares aceptables de gobierno, prefiriendo suspender las sanciones como último recurso” ⁴⁵⁸ y, principalmente, debido a que requieren de unanimidad en el Consejo. De hecho, además de diferenciar entre los casos en los que se acuerda inicialmente y aquellos en los que efectivamente se ejecutan las sanciones de este tipo —recordemos que, pese a que son procedimientos comunitarios, estamos en un ámbito de negociación diplomática regido por normas de Derecho internacional—, esta política se ha caracterizado por que: los Estados sancionados, salvo en contadas ocasiones, pertenecían al antiguo Convenio Lomé (hoy Cotonú); casi la mitad de los supuestos sucedieron antes de la entrada en vigor del TUE (1 de noviembre de 1993); relativa poca importancia económica para la Unión de los Estados sancionados; y ausencia de casos en Asia ⁴⁵⁹. Por esta asimetría de intereses en abordar aspectos políticos o sociales con determinados terceros Estados y la ausencia de mecanismos que garanticen la puesta en marcha de las reformas previstas, tanto en el Asia central como —y muy particularmente— en el continente africano, las iniciativas promovidas por la UE a través de la (poco holística) PCD han sido relativamente modestas en cuanto a resultados en un sector especialmente atomizado y difícil de coordinar dada la multitud de actores involucrados en la ayuda al desarrollo. A este hecho se suma la dificultad para cuantificar sus frutos, salvo, quizás, en determinados ámbitos cortoplacistas, como la lucha contra los tráfico ilícitos, donde la labor de la Unión ha apoyado igualmente las iniciativas de Organizaciones regionales locales, si bien sin llegar a redundar totalmente en el desmantelamiento de los grupos organizados detrás de estas actividades delictivas ⁴⁶⁰. Esa labor contra las organizaciones delictivas precisa de un compromiso

⁴⁵⁷ Por ejemplo, además de en el caso de la guerra entre la Federación de Rusia y Georgia en agosto de 2008, la UE no emprendió ningún tipo de medidas contra el régimen resultante del golpe de Estado en Guinea-Bissau de septiembre de 2003 si bien se había procedido a una serie de violaciones de Derechos Humanos durante el mismo. *Vid.* Nota 448 para otros ejemplos.

⁴⁵⁸ HOLLAND, M., *The European Union and the Third World*, Palgrave Macmillan, The European Union Series, Londres, 2002, pp. 132-133 (traducción propia).

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁶⁰ “El proyecto [Programa para la Cooperación en los Aeropuertos] está incrementando la capacidad en la intercepción de correos de la droga pero no en el desmantelamiento de las organizaciones criminales”. COMISIÓN EUROPEA, *Mid-term review of the Cocaine Route Programme financed by the*

más a largo plazo por parte de la UE (y de sus EEMM) y de reformas de mayor calado que las promovidas por los actores del ELSJ para la implementación de la vertiente externa de la política “común” de lucha contra el COT que no entran actualmente en sus previsiones estratégicas, ni en las agendas exteriores de los EEMM.

4. La política comercial, ¿factor de desarrollo o de cambio en materia de seguridad?

Al igual que la PCD, la política comercial común (PCC) ha servido de eficaz instrumento de implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT. A través de la PCC, la UE ha externalizado unos objetivos de seguridad interior propios dentro de su marco general de acción exterior⁴⁶¹, a pesar de tener, en principio, fines distintos del ámbito de la seguridad y de que las instituciones comunitarias hayan alegado repetidamente la contribución de la PCC al desarrollo de los países más desfavorecidos como el principal objetivo secundario de dicha política⁴⁶². Así, de la misma manera que la PCD contribuye a fines distintos de los previstos inicialmente, la PCC ha visto transformada su naturaleza eminentemente comercial, en aras de la consecución de los objetivos generales de la UE en sus relaciones exteriores⁴⁶³, incluidos aquellos relacionados con el mantenimiento de la seguridad interna. En concreto, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la PCC se convierte en un instrumento más al servicio de la acción exterior de la UE, al introducirse una alusión rotunda a que esta política exclusiva de la Unión “se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión” (Art. 207, § 1 TFUE), los

EU Instrument for Stability, Final Report, Project No. 2012/302922, p. 49 (traducción propia), disponible en: <http://ec.europa.eu/europeaid/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁶¹ Artículo 3, § 1.e) TFUE y Quinta Parte, Acción Exterior de la Unión, Título II Política Comercial Común, artículos 206 y 207 TFUE.

⁴⁶² Uno de los documentos más recientes que señala esta relación es: CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo relativas al Planteamiento de la UE sobre el comercio, el crecimiento y el desarrollo en la próxima década*, 7412/12, Bruselas, 9 de marzo de 2012.

⁴⁶³ Estos objetivos generales de la acción exterior de la UE son:

- “a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad;
- b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional;
- c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional [...];
- d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza;
- e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional; [...]; y
- h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial” (Art. 21, § 2 TUE).

cuales no siempre habrán de ser coincidentes con los fines de la PCC. De esta forma, la UE ha querido convertir esta política en un instrumento más de su acción exterior y aprovechar así su peso comercial internacional para negociar con terceros países en el ámbito de la lucha contra el COT, especialmente con aquellos Estados fuertemente dependientes del comercio con la Unión, como los países en vías de desarrollo. En concreto, para este grupo, la Unión ha establecido un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (SPG) y otros instrumentos de asistencia para potenciar el comercio de estos países y su integración en la economía global, como el programa *Todo menos las armas* (TMA) para los países menos desarrollados económicamente del Planeta ⁴⁶⁴, todos ellos con un significativo contenido material relacionado con el mantenimiento de la seguridad —principalmente, en materia de lucha contra los tráfico ilícitos— por el que se han condicionado las preferencias comerciales ofrecidas unilateralmente por la UE a la implementación de una serie de medidas contra el COT en sus respectivos ordenamientos.

El Reglamento SPG, que incluye igualmente disposiciones particulares relativas al programa TMA ⁴⁶⁵, obliga a que los Estados que quieran beneficiarse de estas medidas hayan ratificado los convenios sobre Derechos humanos y laborales enumerados en el Anexo VIII y garanticen su aplicación efectiva, así como a que participen y cooperen con los correspondientes mecanismos de seguimiento (Art. 9). Además, en su artículo 19, el Reglamento SPG permite que la Comisión suspenda temporalmente estas preferencias arancelarias, entre otras razones, por:

- a) violación grave y sistemática de los principios establecidos en los convenios [sobre derechos humanos y laborales enumerados en el anexo VIII]; [...]
- c) deficiencias graves en los controles aduaneros de la exportación o el tránsito de drogas (sustancias ilícitas o precursores), o incumplimiento de los convenios internacionales en materia de lucha contra el terrorismo y blanqueo de dinero; [...].

Igualmente, la UE ha entablado negociaciones y firmado acuerdos bilaterales con terceros Estados y regiones que complementan este sistema unilateral de acceso al

⁴⁶⁴ Para más información sobre la PCC y las cuestiones de desarrollo, especialmente con los países ACP: <http://ec.europa.eu/trade/wider-agenda/development/> [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁶⁵ PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) 732/2008 del Consejo, *Diario Oficial L 303*, de 31.10.2012, pp. 1-82.

mercado interior, que ha tenido poca repercusión en la práctica, en particular en materia de seguridad ⁴⁶⁶. No obstante, el nivel de condicionalidad impuesto por las autoridades comunitarias es variable según el país o la región, llegando a ser inexistente en algunos casos como hemos puesto de relieve en el apartado anterior. Así, por ejemplo, las negociaciones del acuerdo de asociación con los Estados de Centroamérica, Perú y Colombia han puesto el acento en la implementación de medidas contra el tráfico ilícito de drogas desde la región hacia la UE, incluyendo disposiciones relativas a la cooperación judicial penal y policial; prevención de la proliferación y comercio ilícito de ALPC; gestión de las migraciones y lucha contra la trata de seres humanos; el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo; la corrupción; y la protección de la sociedad civil ante el crimen organizado ⁴⁶⁷. Este acuerdo de asociación, firmado en junio de 2012 pero en vigor únicamente para los aspectos comerciales en él contenidos, amplía considerablemente el marco del SPG y de las medidas puramente mercantiles, pues no se limita a la promoción de la tipificación de delitos de especial relevancia internacional tradicionalmente incorporados a los ordenamientos internos, aproximándose al contenido de los Acuerdos de Asociación rubricados con los países del sur del Mediterráneo, a pesar de haber sido negociado en el marco de la PCC por la Comisión.

Por el contrario, en la negociación de acuerdos similares con otras regiones del Planeta o con socios comerciales importantes de la UE, las dificultades han sido mayores que con los Estados centroamericanos, los países ACP y aquellos fuertemente dependientes del mercado interior europeo. En este sentido, el Acuerdo interino firmado en 2009 con los Estados del África Oriental y Meridional (Madagascar, Mauricio, Seychelles y Zimbabue) contiene una disposición sobre la cooperación administrativa

⁴⁶⁶ Esta condicionalidad sobre las cuestiones ligadas a la seguridad no se han puesto en práctica, ni le ha permitido a la UE negociar acuerdos de repatriación de inmigrantes ilegales u otros acuerdos en materia JAI con los países africanos objeto de estas preferencias arancelarias. Por el contrario, EE.UU. sí suspendió sus preferencias arancelarias, en marzo de 2012, en respuesta a la decisión de Argentina de no acatar las resoluciones de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en cuanto a la indemnización por rescindir dos contratos con empresas norteamericanas.

⁴⁶⁷ Artículos 35, 39, 36, 38 y 37, respectivamente. El texto del acuerdo puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=689> [última consulta: 31.8.2015].

Para un informe crítico del acuerdo, especialmente por las diferencias en desarrollo entre las partes, *vid.* ALOP, APRODEV, CIFCA, OIDHACO y GRUPO SUR, *Acuerdos comerciales de la Unión Europea con Centroamérica, Colombia y Perú: Obstáculos para el desarrollo sostenible. Documento informativo para los Diputados al Parlamento Europeo*, julio de 2011, disponible en: http://www.gidh.org/images/stories/doc/Informe_sobre_TLC_UE.pdf [última consulta: 31.8.2015].

contra las irregularidades y el fraude en asuntos aduaneros y afines que permite la suspensión temporal del trato preferencial al producto o productos afectados, así como un artículo sobre el diálogo multilateral entre los diferentes actores con vistas a negociar posibles acuerdos futuros en otras áreas, como la promoción de la buena gobernanza en el ámbito judicial y fiscal, derechos de propiedad intelectual y la facilitación del comercio ⁴⁶⁸. Asimismo, se incorporan al marco bilateral disposiciones sobre la cooperación económica y al desarrollo que incluyen una estrategia y una matriz de desarrollo (Anexo IV del Acuerdo interino) destinada a fomentar actividades a nivel regional y bilateral, entre otras cuestiones, en el ámbito de la paz y la seguridad internacional y el refuerzo de las capacidades en la gestión de conflictos, para lo cual la UE puede aportar ayuda financiera a los países de la región y reforzar, de esta forma, las actividades desarrolladas en el marco de la PCSD sobre el terreno.

En el caso de China, en cambio, la influencia de la UE para imponer una agenda en materia de lucha contra el COT en el marco de la PCC es mucho más limitada. De hecho, se reduce a determinadas cuestiones en materia de lucha contra el fraude a los intereses financieros y la protección de los derechos de propiedad intelectual, claramente perjudicados por las falsificaciones chinas que entran ilegalmente en el espacio comunitario y afectan igualmente a la salud pública ⁴⁶⁹. De esta forma, si bien las autoridades comunitarias reconocen los efectos positivos del ingreso de China en la Organización Mundial del Comercio y de las relaciones comerciales bilaterales en el refuerzo de la normativa del país asiático en materia de protección de los derechos de

⁴⁶⁸ Artículos 22 y 53, respectivamente, del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, *Diario Oficial L 111*, de 24.4.2012, pp. 1-1172. Este acuerdo fue votado por el Parlamento Europeo, el 17 de enero de 2013, y está a la espera de ser ratificado por los EEMM y participantes para que entre en vigor.

⁴⁶⁹ “4. Acciones específicas en relación con China

Las exportaciones chinas representan la mayoría del conjunto de las incautaciones de falsificaciones en la Unión Europea y cabe esperar un aumento rápido de esta cifra habida cuenta [*sic*] del ritmo de desarrollo de China. Este país presenta también un interés por otras razones aduaneras (fuente conocida de precursores del éxtasis hacia Europa, de productos alimenticios, de fuegos artificiales, etc., peligrosos). China ha adoptado una severa legislación aduanera contra las falsificaciones y será preciso trabajar conjuntamente para promocionar el comercio legítimo al tiempo que se pone freno al tráfico de falsificaciones. El reciente acuerdo de cooperación aduanera entre la Comunidad Europea y China fija el marco legal para una estrecha cooperación”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativa a una respuesta aduanera a las últimas tendencias en la falsificación y la piratería*, COM (2005) 479 final, Bruselas, 11.10.2005.

Asimismo, EUROPOL y OFICINA DE ARMONIZACIÓN DEL MERCADO INTERIOR, 2015 *Situation Report on Counterfeiting in the European Union*, abril de 2015, disponible en: <https://www.europol.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

propiedad intelectual, no es menos cierto que la Unión admite la dificultad de que las autoridades chinas pongan efectivamente remedio a las inquietudes europeas en esta materia ⁴⁷⁰; una cuestión que sigue siendo una prioridad para la efectiva implementación del modelo IBM y la lucha contra el COT relacionado con la piratería, como reconocen los informes de la Comisión acerca de la importancia de este fenómeno delictivo en las aduanas de los EEMM de la Unión ⁴⁷¹, a pesar de la adopción en 2005 de un acuerdo aduanero con el país asiático. En la relación bilateral, “la cuestión principal es, por tanto, no la cantidad de acciones contra la piratería puestas en marcha por China, sino la eficiencia y nivel de disuasión de tales acciones” ⁴⁷².

La lógica de este tipo de condicionantes de la PCC y, en general, de la condicionalidad de las cláusulas de protección de los Derechos humanos han sido fuertemente criticadas, especialmente por ser poco eficaces y estar ligadas a intereses particulares de la UE, fundamentalmente en materia de seguridad ⁴⁷³. En primer lugar, porque la Unión no las ha puesto en práctica, a pesar de haber tenido oportunidades para ello en numerosas ocasiones en las que las autoridades locales no han colaborado suficientemente o por producirse flagrantes violaciones de Derechos fundamentales. Varias excepciones (con matices) a esta regla generalizada son los casos de Guinea y Guinea-Bissau, si bien en el marco del Acuerdo de Cotonú (Art. 96) con los países ACP

⁴⁷⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *EU-China Trade Sustainability Impact Assessment for the Negotiations of a Partnership and Cooperation Agreement between the EU and China: Intellectual Property Rights Horizontal Study*, agosto de 2008, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/september/tradoc_140586.pdf [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁷¹ COMISIÓN EUROPEA, *Report on EU customs enforcement of intellectual property rights. Results at the EU border – 2010*, 2011.

Igualmente, según señala la Comisión, el 64% de las mercancías falsas incautadas en las aduanas europeas en 2012 procedían de China. “Las infracciones a los derechos de propiedad intelectual siguen representando un serio problema para los negocios europeos en China. En 2012, cuatro de cada cinco negocios europeos que operaban en China catalogaron de inadecuada la implementación efectiva del derecho y los reglamentos de propiedad intelectual”. COMISIÓN EUROPEA, *Facts and figures on EU-China trade*, marzo de 2014, p. 2 (traducción propia), documento disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144591.pdf [última consulta: 31.8.2015].

⁴⁷² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *EU-China Trade Sustainability Impact Assessment for the Negotiations...*, *op. cit.* en Nota 470, p. 9.

⁴⁷³ En este sentido, respecto de la condicionalidad en relación a los países ACP, *vid.* por ejemplo, JACQUEMIN, O., “La conditionnalité démocratique de l’Union européenne. Une voie pour l’universalisation des droits de l’Homme ? Mise en œuvre, critiques et bilan”, *CRIDHO Working Paper*, 2006/03, disponible en: <http://cridho.uclouvain.be/en/> [última consulta: 31.8.2015].

En relación a los países del sur del Mediterráneo, BALFOUR, R., “EU Conditionality after the Arab Spring”, *Papers IEmed*, Instituto Europeo del Mediterráneo, Núm. 16, junio de 2012; El MASLOUHI, A., “Une conditionnalité dépourvue d’effectivité : clause démocratique et gestion des risques dans les relations Euromed”, *Papers IEmed*, Instituto Europeo del Mediterráneo, Núm. 1, junio de 2011, ambos estudios están disponibles en el siguiente enlace: <http://www.iemed.org/publicacions-es/historic-de-publicacions/papersiemed-euromesco> [última consulta: 31.8.2015].

y con escasa repercusión comercial, como apuntábamos anteriormente. En segundo lugar, porque esta condicionalidad es fuertemente dependiente del interlocutor y está, por tanto, sujeta a la posición respectiva en la relación comercial, por lo que se limita la capacidad de maniobra de la Unión para imponer reformas y exportar su Derecho y modelo de prevención y represión de las actividades delictivas ligadas al COT. Dicho esto, empero, no es desdeñable la utilidad de la PCC como elemento de implementación de la vertiente exterior de la política “común” de lucha contra el COT y de consecución de sus objetivos, especialmente en relación a países en una posición de inferioridad negociadora, dados los atractivos que el mercado interior comunitario ofrece para determinadas economías y la posibilidad de obtener financiación a través de otros instrumentos de la acción exterior de la Unión.

5. Reflexiones finales del Capítulo III

La UE ha incorporado de manera transversal la lucha contra el COT en todas las políticas e instrumentos con dimensión exterior como necesario complemento de la política “común” y refuerzo del *espacio* de seguridad interior, sin por ello tener una visión clara y coherente ni del fenómeno en sí, ni del enfoque que ha de primar. A pesar de la fragmentación estratégica de la acción exterior que de estas lagunas se han derivado y de la pluralidad de actores con competencias en la materia, la Unión ha conseguido aunar esfuerzos en torno a un único objetivo: proteger el espacio interior de las amenazas a la seguridad que representan las actividades ilícitas de las organizaciones delictivas, identificadas repetidamente en el discurso oficial de los actores del ELSJ como agentes agresores externos al espacio europeo que ponen en riesgo las “bondades”, valores y principios sobre los que se basa la propia integración comunitaria. Este carácter transversal que ha adquirido la prevención y represión del COT en la acción exterior de la Unión se aprecia, especialmente, en la securitización que han sufrido algunas políticas e instrumentos con dimensión externa, haciendo alusiones genéricas en su discurso a la lucha contra la “delincuencia organizada” y/o “grave” proveniente mayoritariamente del entorno próximo según los análisis de la amenaza comunitarios. De esta forma, la PCD y la PCC se han convertido en meros canalizadores de ayudas y fondos comunitarios en apoyo de otros medios directamente destinados a implementar la política “común” de lucha contra el COT en el exterior.

Asimismo, esta “transversalización” se nota en el refuerzo de las capacidades y funciones de los actores del ELSJ, que han contribuido sobremanera al mantenimiento del discurso securitario en su propio beneficio, y en la creación de nuevos mecanismos, como EUROSUR, destinados a mejorar el control de los flujos migratorios y los tráfico ilícitos en las fronteras marítimas meridionales, aunando, por primera vez de forma sistemática, medios civiles y militares de investigación y represión del COT.

Por otra parte, la Unión se ha aprovechado igualmente de un supuesto consenso internacional para luchar contra el COT para externalizar sus objetivos de seguridad interior en el nuevo milenio. Si bien la UE no fue uno de los principales impulsores durante la negociación de la Convención de Palermo —más por falta de estrategia común hasta bien avanzado el proceso que por otras cuestiones—, los actores del ELSJ han puesto todo su empeño para hacer que la firma e implementación de sus disposiciones sean condición *sine qua non* para avanzar en sus relaciones bilaterales. Todo ello porque el marco de Naciones Unidas casa con el Derecho penal de la UE en lo esencial, a pesar de que éste no recoja todas las disposiciones de la Convención, y supone un primer paso necesario para que la acción contra el COT en relación a esos terceros Estados tenga sentido. A partir de esas premisas, los actores del ELSJ han tejido una maraña de acuerdos bilaterales, documentos programáticos y planes de acción que desarrollan esas disposiciones de Derecho penal transnacional, si bien éstos varían en cuanto a alcance y contenido según el interlocutor, su interés por cooperar con la UE y su capacidad de influir en la reforma y adaptación de su ordenamiento interno a las exigencias europeas.

La implementación de la dimensión exterior de la política “común” de lucha contra el COT cuestiona, no obstante, el pretendido papel normativo que las instituciones y actores han interiorizado y que parte de la doctrina sostiene. En particular, la Unión ha contradicho su discurso normativo en materia de control de los flujos migratorios. Si bien por una parte ha propugnado en numerosos documentos su deseo por abordar la migración de manera global, es claro el énfasis securitario que la gestión migratoria ha adquirido en la última década, favoreciendo la criminalización de la inmigración ilegal y estancia irregular mediante la tipificación penal de determinadas actividades tanto a nivel interno como en el ordenamiento de países limítrofes —supuestamente, para atajar el tráfico ilícito de migrantes y los grupos organizados que se

dedican a dicho comercio— y cooperando con Estados terceros cuyos regímenes políticos (dictatoriales en su mayoría) y salvaguarda de los Derechos fundamentales deja mucho que desear. En algunos casos, lejos de quedarse solamente en la externalización del control migratorio por parte de terceros Estados o de un modelo propio de gestión de fronteras, la Unión ha aplicado extraterritorialmente su política “común” contra los tráfico ilícitos y el COT en general, como reflejan las operaciones coordinadas por Frontex en las aguas de los EEMM y terceras partes y las funciones de policía y formación de autoridades locales que ejercen las propias misiones y operaciones de la PCSD con la connivencia de los Estados en las que están desplegadas. Por ello, más que transferencia de normas por *contagio* o imitación —como cabría esperar de todo *actor normativo*—, la Unión ha buscado en determinados casos la transferencia de normas por imposición, especialmente con aquellos países que buscan una relación privilegiada o la adhesión. Esto ha provocado, directa e indirectamente, incoherencias entre los objetivos de sus diferentes políticas exteriores, como ha sucedido en la implementación de la cooperación al desarrollo o el establecimiento de preferencias arancelarias, políticas que han enmascarado de “asistencia” técnica y comercial la lucha contra las organizaciones delictivas y sus actividades criminales sobre el terreno. De la práctica seguida especialmente en los tres últimos lustros se desprende que los intereses cortoplacistas de la política “común” contra el COT han primado sobre los objetivos de la PESC de salvaguardar la paz y la seguridad internacionales y otros compromisos adquiridos con la Comunidad Internacional —principalmente, a través del refuerzo del “multilateralismo eficaz” y del papel de la ONU en la gestión de crisis— e integrados en los Tratados como principios y valores inspiradores de la acción exterior de la Unión.

Dos han sido los factores que, no obstante, han añadido dificultades a la implementación efectiva de la vertiente exterior de la política “común” contra el COT y fomentado esa incoherencia entre objetivos y políticas exteriores a la que hacíamos mención: el creciente protagonismo de los actores del ELSJ en el exterior y el carácter intergubernamental que mantiene la acción exterior en materia de seguridad. Por un lado, los actores han buscado un papel exterior, en principio, como complemento de la acción de la UE en su relación con terceros Estados, pero que, progresivamente, se ha ido consolidando como necesario para garantizar el incremento de sus competencias,

funciones y presupuesto e, incluso, de su propia supervivencia o creación, como hemos observado especialmente en el caso de Frontex. Esto no solamente se ha plasmado en la proliferación de documentos estratégicos e informes de evaluación de la amenaza elaborados por los principales actores del ELSJ con competencia en la materia que han señalado la necesidad de actuar en el exterior como garantía de refuerzo de la seguridad interna ante las actividades criminales de grupos delictivos organizados con “crecientes” nexos con países vecinos; sino que, además, ha servido de excusa para la firma de “acuerdos técnicos” de cooperación con terceros Estados que han escapado al control político del Parlamento Europeo —incluso tras las recientes reformas— y de las asambleas nacionales, a pesar de que suponen una merma a las salvaguardas (procesales, en particular) constitucionalmente garantizadas en los ordenamientos estatales y europeo frente a intromisiones indebidas o transferencia de datos personales sin el correspondiente escrutinio parlamentario.

Por otro lado, la acción exterior de la UE sigue siendo intergubernamental en cuestiones de seguridad y, en concreto, la vertiente externa de la política “común” contra el COT destaca por la asimetría de resultados obtenidos fruto de ese carácter. Así, por ejemplo, en la práctica diaria, el papel de actores como Eurojust y Europol en sus relaciones con terceros Estados de la periferia europea ha sido menor de lo inicialmente esperado por las instituciones comunitarias, ya que las autoridades locales han preferido tratar directamente los asuntos que les afectan con sus homólogas de los EEMM, sin pasar necesariamente a través de ellos, o recurrir a instancias internacionales como Interpol a la hora de abordar un caso transnacional de especial complejidad o urgencia. En otros ámbitos, como la lucha contra el blanqueo de capitales o la recuperación de productos del delito, la acción de la Unión es, directamente, inexistente. Asimismo, gran parte de las medidas que debían ponerse en marcha para implementar la política “común” de lucha contra el COT en el exterior dependen de la unanimidad de la toma de decisiones en el Consejo o de la existencia de un consenso generalizado en su seno para llevar a cabo determinadas actuaciones. Ejemplos de ello han sido la ausencia de sanciones a países terceros con cierta relevancia económica para la Unión en caso de violación de los principios incluidos en los acuerdos comerciales y las operaciones conjuntas coordinadas por Frontex que se han servido de tratados bilaterales para desplegar sus efectivos en las aguas territoriales de terceros Estados; por

no entrar a juzgar en estas últimas líneas el carácter puramente intergubernamental de las misiones y operaciones de la PCSD, sujetas a procedimientos especiales dentro de la integración comunitaria.

Este carácter intergubernamental ha perjudicado la coherencia y consecución de los objetivos de la política “común” contra el COT en el exterior al depender parte de las medidas e instrumentos de la actuación individual de los EEMM o de la rigidez de la toma de decisiones en el Consejo. Las asimetrías de intereses entre la UE y Estados terceros ilustran claramente esa dificultad añadida para conseguir los objetivos declarados de la política “común” contra el COT, pues dependen de criterios de oportunidad interna del país en cuestión y de incentivos reales a la hora de adaptar su ordenamiento a las exigencias de la Unión. La subordinación a mecanismos claramente intergubernamentales en la implementación de la acción exterior de la Unión contra el COT perjudica su eficacia y coherencia y supone el “talón de Aquiles” de una política “común” que se define por carecer de una estrategia global y cohesionada — especialmente en su vertiente exterior— y haber sido instaurada a base de reacciones ante los diferentes acontecimientos que han marcado la agenda internacional y la de sus EEMM. Este carácter intergubernamental y reactivo redonda en la desconexión entre lo *interior* y lo *exterior* como espacios diferenciados en la política “común” de lucha contra el COT, en forma y procedimientos, a pesar de las continuas llamadas de atención y urgencia de acción de las propias instituciones comunitarias prácticamente desde sus comienzos.

GENERAL CONCLUSIONS

First.- The securitarian discourse sponsored by global institutions and some States in the early 1990s has clearly influenced the international response to transnational organized crime. The emergence of transnational organized crime as a “new” threat to the security of States, and the subsequent establishment of a complex network of transnational legal instruments to counter it, have been by-products of the securitarian discourse that prompted the International Community for the adoption of urgent decisions to counter the illegal activities of criminal groups instead of resulting from the convergence of different criminal policies in a coherent process of change in the conception of security.

In the early 1990s, after the collapse of the Soviet Union and the end of the Cold War, the conception of security changed considerably. Whereas for centuries security was conceived in terms of military protection against attacks coming from other States, nowadays, the challenges to security are less easily identifiable, *detrterritorialized* and primarily owned by private actors. In the redefinition of security strategies to counter these new challenges, organized crime entered the political agenda as a threat to national and international security, building upon previous efforts to suppress illicit drug trafficking in the 1980s —e.g. the American *war on drugs* launched by the George H. W. Bush Administration— and taking into account the numerous calls for action launched in the early 1970s by the United Nations General Assembly to protect the welfare of local populations against the side effects of the illegal activities of criminal groups on an ever increasing globalized economy. *Transnational* organized crime (TOC) became, thus, the *enemy* to “combat” that guaranteed the survival of security institutions after this change in geopolitics and security strategies in the post-Cold War era.

The securitarian discourse encouraged by States and international institutions, along with most scholars and police agencies, served as the basis for the internationalization of this American concept. It soon became a term of common use amongst politicians, strategists and practitioners in other Western countries, even though there was no common understanding of this criminal phenomenon or its scope. The ambiguity of the term was exploited at the several stages of policy making: on the one hand, in order to assist in the establishment of urgent, joint responses at the national and international levels to fight a criminal phenomenon that has been progressively expanding its scope

and dangerousness according to police statistics and scholars; and, on the other hand, to back the redefinition of the role of national security agencies after the end of the Cold War, which saw in these security challenges a new way to justify their mere existence (and budget, personnel, functions, and so on!). Therefore, the response given internationally to fight the criminal activities under the umbrella of *organized crime* was politically driven, defined by its own implementers, and supported by the “scholars of the insecurity”. If we consider this process through the “lens” of the public policy analysis, the response given to organized crime has been predetermined by the definition that has been made of the problem (a *threat* to security and economic welfare that has become global) and the available instruments (criminal legislation, police and intelligence). Consequently, if all you have is a hammer, everything looks like a nail...

This *security continuum* is also perceived within the European Union (EU) and its Member States. Furthermore, either directly or indirectly the securitarian discourse has had an impact on the European integration. It encouraged the establishment and progressive development of a “common” policy against TOC, embedded in a larger security policy aimed at countering the side effects of the creation of the internal market in the late 1980s and the effective freedom of movement in the early 1990s. In the construction of the “common” response, the institutions and actors of the EU called upon different sources of legitimacy to justify the need to take these urgent, joint actions, always keeping in mind a common undertone: the criminal activities of TOC threaten the achievements of the European integration and the values upon which it relies, namely the EU *ordre public* and its constitutional space. Therefore, the calls for action against these dangers are numerous in the strategic documents, resolutions, action plans and pieces of legislation drafted and agreed by the European institutions and security actors —the latter, by-products themselves of this security continuum. Moreover, the ambiguity of the terms employed (e.g. “serious and/or organized crime”, “external threat”, “risk”, “ethnic origin”, “transnational/cross-border”) fuelled the establishment of this sort of “common” policy, founded upon a poorly defined legal basis and hardly independent sources of information, aimed at protecting with “more Europe” these values and major achievements of the European integration from the threats posed by the illegal activities of criminal groups. Hence, we have observed in the last two decades the Europeanization of a response to TOC clearly marked by the

securitarian discourse driven by national and European political agendas and the security institutions themselves that has been built on a widespread international, securitarian logic.

Second.- *The lack of a universal definition of (transnational) organized crime has been minimized by agreeing on certain elements that need to be taken into account domestically to tackle this criminal phenomenon at every stage and enhance international cooperation. Despite persistent differences, it is commonly agreed that certain elements identified by most scholars need to be included into national legislation to bring a halt to criminal organizations as such and their criminal activities, as well as to generally speaking prevent crime and differentiate TOC from other cross-border and international (core) crimes. Additionally, legislators have integrated the criminalization of other instrumental activities upon which criminal organization rely to commit crimes or “launder” their illicit benefits in an effort to tackle comprehensively this criminal phenomenon. These efforts, nonetheless, are not enough under the current terms to ensure smooth international cooperation due to enduring differences in the perception of TOC from one country to another.*

In the last decades there has been a considerable increase in the means to counter *transnational organized crime* (TOC) at the national and international levels despite the fact that it remains an indeterminate, ambiguous concept. Still today there is no common understanding of this transnational criminal phenomenon amongst politicians, law-makers and law enforcement agencies neither in terms of the type of organization nor the criminal activities it should cover. Nevertheless, in order to improve international cooperation to fight TOC globally, States have agreed on certain elements identified by most of the scholars that need to be taken into account to counter criminal organizations and their illegal activities. Consequently, during the 1990s and early 2000s the International Community has progressively regulated in different fora those elements commonly accepted as distinctive characters of organized crime in a global effort to counter its criminal activities by means of criminal law and other exceptional measures from the point of view of the criminal procedure, broadening the scope of previous international instruments to fight drug trafficking and money laundering, such as the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988). On the one hand, this attempt, hence, supports the thesis developed by some scholars as regards the increased transnational character of criminal law, in which norms adopted at the international level are transposed domestically to fight TOC in all its forms —becoming an essential part of national

security policies, even though some of the crimes may need to be addressed differently (e.g. illicit drug trafficking remains a public health problem or reducing the demand of illicit sexual services might discourage criminals from engaging in human trafficking). On the other hand, the “transnationalisation” of criminal law also recognizes the differences between international (or *core*) crimes and the criminal activities carried out by criminal organized groups, as crimes of “international concern” but not having a further negative impact onto peace and the very existence of humankind, such as genocide, war crimes or crimes against humanity.

The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC), adopted in 2000, represents one of these new measures adopted to counter TOC worldwide by means of the criminalization of certain of its commonly accepted elements. It also criminalises different illegal activities considered to be TOC-related or contributing to its geographical expansion/consolidation (corruption, obstruction of justice and money laundering) being, nonetheless, secondary or instrumental to the activities of criminal groups; broadens the use and scope of confiscation of proceeds of crime as a preventive measure; and lays the foundation for further law enforcement intervention domestically if the acceding Party consents so —with all the side effects as regards the protection of fundamental rights and liberties. Generally speaking, nevertheless, the UNTOC inherits this lack of common understanding of the phenomenon. In particular, it is precisely because of the lack of universal understanding of *organized crime* that the UNTOC has introduced broad common conceptualisations of the main elements of TOC agreed by the Parties and identified by most scholars, e.g. type of participation in the organization, structure, goals and means. Furthermore, it neither define TOC as such, nor does it include all the necessary elements to understand the nature of the seriousness of their activities, as highlighted at the *Naples Political Declaration and Action Plan* (1994) that launched the whole normative process, and repeatedly stressed by most scholars —especially by criminologists. It is worth noting, for instance, that the *non-definition* provided by the Convention for the term “structured group” remains extremely flexible and leaves some margin of manoeuvre to national authorities to interpret the structure of the organization as largely as they need for operational purposes, in particular as regards the reduced number of components required, the interchangeability of its members and the allocation of tasks or the

position/role played in the organization, or the stability of the structure and its permanence in time, just to give some examples.

Even partially, the inclusion of the elements identified by scholars and practitioners into transnational criminal law neither replace the need for a common definition, nor does it help reducing the divergences amongst national legislations in dealing with TOC domestically. The absence of an independent instrument to monitor the implementation of the UNCTOC does not facilitate the task. Although an important step forward, the Palermo Convention is not enough to harmonize the —still today— diverging approaches and views of this phenomenon worldwide, which, in turn, are prejudicial to mutual trust and, hence, slow down international cooperation against criminal organizations. Taking the UNCTOC as an example, the elements defining “structured group” or “other material benefit”, for instance, are poorly defined and the Parties might implement its provisions very differently since the Treaty allows that differentiation if domestic legislation and constitutional guarantees require so. And, even in case of concordant implementations, the inclusion of the two models of participation in criminal organization (active participation and conspiracy) may hamper the coherence of fighting TOC between two or several national jurisdictions, since the conspiracy model does neither fit the conventional definition of “structured group” nor the idea of *organized crime* as traditionally identified in continental Europe. Furthermore, in other cases, in order for the judges and police officers to initiate an investigation or prosecute an individual, the criminalization of taking part in a criminal organisation is not enough in some countries: there is a (constitutional) need for the concrete commission of an offence. Another matter of concern is the efficiency of the preventive measures foreseen in the Convention, inter alia because of the reluctance of the Parties to exchange substantial information, the optional nature of its provisions (particularly those related to procedural measures), the insufficiency of the available means to implement them in some States, or even the opacity of the international financial system.

Therefore, to some point, the lack of universal definition or the characterization of TOC in broad terms may help enhance the operability and effectiveness of the Convention. However, its flexible provisions do not solve the problem and might act as a double-edged sword: the UNCTOC provides minimum standards suitable for all (substantial and procedural laws, investigation, prosecution, prevention, etc.), but State

Parties must implement internally its provisions in the light of its final purpose for the fight against TOC to be effective and truly cross-border. Otherwise, its provisions will remain a dead letter, in particular those related to the adoption of preventive measures. The same stands for the EU: its long-lasting efforts for evading the debate on the adoption of a common definition of *organized crime* —for the sake of its operational effectiveness— delay every single step towards any deeper integration and a truly common, European policy against TOC. Before any further action, the EU should adopt a term of reference defined in a clear and unambiguous manner in order to overcome the phase of the securitarian discourse which has served so far the purposes of establishing a joint response against TOC, based mainly on the criminalization of TOC-related activities by means of the approximation of criminal legislations.

Third.- *The use of criminal law as an active element of security policy has demonstrated several shortfalls. The relevance of criminal law in tackling organized crime is widely acknowledged, but it falls short of what is actually needed: on the one hand, its main function is not safeguarding States' security and citizens' safety and wellbeing; and, on the other, there are areas that need further attention in order to effectively fight TOC, such as prevention and police cooperation, while others should be excluded from security policies (e.g. minor illicit drug trafficking, human trafficking). Furthermore, the principles upon which criminal law and the criminal procedure rely have been challenged by the uncertainties derived from the introduction of broad, vague terms into national legislation, the extraordinary powers of poorly monitored institutions and the normalization of exceptional procedures to fight TOC. The introduction of a criminological concept ("organized crime") into domestic criminal legislations and its subsequent use in security policies have, thus, had as a consequence the change in the nature of criminal law as an ultima ratio instrument in State intervention and social control, following the security rationale at the expenses of its well-defined principles and logic.*

The criminological concept of *organized crime* has demonstrated its complex, somewhat controversial translation into national legislations, with considerable negative side effects. This is especially true when taking into account the implications for the criminal procedure (e.g. reversal of the burden of proof, testimony from informants, rights of the suspected or accused person, and extended confiscation), and the legal uncertainties that such broad conceptualisation entails. The UNCTOC provides a good example of how difficult has been —and still is— to implement a criminological concept into criminal law and other law enforcement measures. In fact, what we perceive nowadays is the spread of a practice followed at national level in several states

in the 1990s (e.g. United States of America, Canada, Germany, Italy and Belgium), clearly influenced by the security continuum of the official political discourse, that has resulted in the change of its nature as an *ultima ratio* instrument in state intervention, clearly challenging the constitutional values that this criminal law is designed to protect. In the specific case of the EU, due to the lack of common understanding and the ambiguous terms used, these *mesures d'exception* designed to counter organized criminal groups may be applied to very different criminal or illegal activities (terrorism, corruption, people smuggling and illegal stays, criminal or illicit associations, etc.), as well as to other groups or gangs barely organized and foreign nationals willing to enter into the EU, representing a challenge to constitutional principles and additional constraints to their effectiveness, especially as regards international cooperation and mutual trust.

Furthering with the example of the EU, the implementation of this criminological concept and the subsequent development of criminal legislation under the umbrella of the “common” policy against TOC has, at least, two main negative consequences for the protection of the constitutional values that it pretends to safeguard. Firstly, the relevance given to criminal law as an essential element of EU's security policy against TOC and the externalization of threats resulted *inter alia* in the criminalization of illegal/irregular immigrants instead of the persecution and prosecution of the criminal networks and organizations obtaining high profits from these criminal activities —hitherto very infrequently prosecuted and rarely condemned by national judges; therefore, departing from the relevant provisions of the UNCTOC and its Protocols as regards the protection and assistance to smuggled people and the respect of international commitments under international humanitarian law, including the principle of *non-refoulement* and the appropriate consideration of potential refugee applications. As highlighted in the previous Chapters, this situation has been even condemned in several cases by European courts and international institutions. Nevertheless, EU Criminal Law went well beyond this contravention when it left open the possibility for Member States of deporting victims of human trafficking illegally entered into the EU after their participation in the imprisonment of their traffickers, disregarding the effective safeguard of victims' rights as to the protection of their personal integrity. Additionally, the instrumental use of special protective regimes granted to victims of human trafficking or people smuggling

by legislators, officials and judges —because of the security bias of EU immigration policy— may result in the lack of incentives for foreign victims to cooperate in crime investigations and assist police and judicial authorities in the prosecution of traffickers, due to fear of reprisals by the members of criminal groups or the perception of immunity because of corruption. Therefore, indirectly, the securitization of EU migration policy might prove counterproductive to effectively tackle criminal organizations and to prevent the commission of new criminal acts since victims of organized crime can often provide key evidence to prosecutors and police officers to tackle directly the organization and its criminal structure.

Secondly, due to the secrecy of the measures taken to fight TOC, there is no effective or real scrutiny of this “common” policy in other areas neither at the EU nor at Member States levels even though the policies covered challenge constitutional principles, in particular as regards the actors involved in its implementation. A major involvement of other institutions in the legislative process and in monitoring this “common” policy may help increasing a better balance of power in what today is an Executive-driven process. In this respect, the Lisbon Treaty entails a more relevant role for the European Parliament as full co-legislator in this field, and its Members seem to have taken it seriously —irrespective of the hidden intentions and own political agenda. However, its role is still quite limited in several areas, concerning for instance the signature of agreements with third countries or the control and check of the activities of the actors involved in its implementation (e.g. Eurojust and Europol). In other cases, the European Parliament and national assemblies have no power of scrutiny at all, for instance to control the activities carried out by Member States abroad under the Frontex umbrella. Its role remains, indeed, rather modest even after the entry into force of the Lisbon Treaty —and the subsequent reforms as regards the main actors; particularly *vis-à-vis* the external dimension of the “common” policy against TOC, which lacks any parliamentary scrutiny. On the other hand, the Court of Justice has been given a restricted role in monitoring the implementation of this policy, and the implications for the effective protection of fundamental rights of the operational measures carried out by national authorities and coordinated at the EU level —or foreseen under its legislation. In particular, the Tribunal has “no jurisdiction to review the validity or proportionality of operations carried out by the police or other law-enforcement services of a Member

State or the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security” (Art. 276 TFEU), and, therefore, has no competence to monitor the implementation by national authorities of the operational measures taken under the umbrella of the “common” policy against TOC.

Last but not least, the ill-considered development of EU Criminal Law poses another major concern: it has not been mirrored by the adoption of common procedural rights. This parallel process has stagnated for more than a decade. After several failed attempts in the early 2000s, the EU has delayed *sine die* the harmonization in the field of procedural law —as it has been the case of developing common rules on (operational) police cooperation, even though it was envisaged under the Schengen Agreement in the mid-1980s. In order to overcome this impasse, the Commission tabled in November 2013 several legislative proposals on specific procedural rights that develop Article 85, § 2 TFEU and still need to be discussed, on a case-by-case basis, discarding the previous idea of addressing the issue as a whole. These legislative initiatives will follow other half-hearted measures approved as regards the rights to interpretation, translation and information in criminal proceedings, as well as minor provisions introduced progressively in EU Criminal Law. In fact, by means of the different instruments of criminal law adopted to fight TOC the EU has introduced certain clauses of criminal procedural law that, however, neither provide minimum safeguards at the Community level of due process or judicial review of the measures taken by national law enforcement forces in accordance with EU Law; nor do they guarantee the adequacy of these (exceptional?) procedural methods, for instance, as regards the seizure and freezing of assets or the initiation and conduct of criminal investigations. Furthermore, there are other procedural safeguards that have been challenged by EU Criminal Law and that are not even scheduled on the European agenda. It is well-known that Member States differ in the way their jurisdictions deal with investigations, hot-pursuit, interrogations, witnesses, obtaining and use of evidence in criminal proceedings, or the conduct of preliminary investigations. To date, harmonization in these fields is not even foreseen in the coming years because of their special sensibility to Member States’ sovereignty and the complexity of coordinating different law enforcement traditions, functions and models of policing within the EU.

The aggrieved person or suspect relies, thus, on the constitutional guarantees provided for at the national level and, ultimately, can make appeal to the European Court of Human Rights due to the declared lack of competence of the Court of Justice.

This unclear situation as regards procedural safeguards is more than ever problematic taking into account the current expansion and diversification of EU Criminal Law justified in the name of fighting TOC worldwide. Particularly worrying is that the scope of these *mesures d'exception* now targets larger parts of the population, either because of their particular work (*inter alia* banks and financial institutions; airlines, shipping carriers, and other transportation companies; lawyers, estate agents, casinos, etc.) or irrespective their economic activity, because they belong to a minority or social group (immigrants entering the EU, street gangs, anarchists, left-wing). This challenging practice in fighting TOC has been, indeed, not only the result of focusing on the use of criminal law as an active element of security policies, but also because the EU response has been anchored in the increasing role the private sector is required to play in the maintenance of public order, and the expansion of surveillance methods, disregarding other relevant aspects, such as the smooth exchange of information and intelligence among law enforcement forces and the strengthening of procedural legislation within the Union as a necessary complement to the (ill-considered) development of Community Criminal Law.

Fourth- *The “common” policy against TOC, as we have called it, is neither a policy in its own right nor common. On the one hand, every public policy needs to define clearly its objectives, agenda and tools; it requires its comprehensible policy development, implementation and evaluation at every single stage. The EU intervention in the field has, nonetheless, resulted in the elaboration of a patchwork of strategies and norms with no links to the real needs, established in the absence of a European criminal policy, and marked by the securitarian discourse and Member States’ domestic agendas. By tackling organized crime by means of the approximation of criminal law, the exchange of information and data, and the strengthening of the role and functions of the actors directly involved in maintaining internal security, the Union clearly reversed the policy- and decision-making process: the definition of the objectives came afterwards and there are some phases still lacking. On the other hand, the EU response against TOC has not meant founding a Community, supranational model. Nowadays, the establishment of this alleged “common” policy is still hampered by the complex nature of the issue itself, its poor conception from the beginning and the intergovernmental model inherited from traditional cooperation in Home Affairs that some Member States expect to maintain in the security field despite some efforts to establish a multilevel security governance model.*

For more than three decades, the EU has undertaken joint efforts to fight TOC domestically in order to protect the internal market and other major Community achievements allegedly menaced by the criminal and illegal activities of criminal organizations. Accordingly, the Union has developed an integrated transnational legislative framework —to some extent, truly supranational— that is the basis of its “common” policy to counter TOC. Particularly since the entry into force of the Amsterdam Treaty, the Union has legislated on diverse areas related to the fight against TOC —most of them, without legal competence to do so— building upon and developing the UNCTOC and the relevant Council of Europe’s Conventions. This trend has favoured the emergence of a nascent EU Criminal Law that is continuously evolving in scope and policies covered, today clearly recognised in the Lisbon Treaty as a key instrument to achieve the objectives of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) in fighting TOC.

Anchored in the *eurocrimes* established by this legal framework, the Union has regulated other connected areas, such as information, personal data and intelligence exchange among judges and police officers, and the role of customs and the private sector (including banking and financing institutions) in fighting TOC. Moreover, it has strengthened the functions and powers of AFSJ actors. Nevertheless, sometimes, the Union did not go further, lacking for instance the full implementation of all the elements of the UNCTOC —for example, criminalization of directing a criminal organization. In certain areas, such as anti-money laundering, the EU has just implemented international norms adopted by other instances (e.g. FATF and Egmont Group) with no further internal debate or leaving a considerable margin of manoeuvre to Member States to transpose them directly without taking into account Community law. In fact, Member States have in some way minimized the real impact on their jurisdictions of the bulk of this *urgent* legislation fostered by the European institutions and, hence, rendered the model purely intergovernmental in most of its elements, such as police cooperation, admission of evidence in criminal proceedings, assets recovery and crime prevention. Therefore, the process of legislative approximation failed in founding a truly supranational EU Criminal Law to fight TOC, still subject to national implementation, problems in the definition of the relevant jurisdiction and the application of confiscation orders, and considerable disparities, for instance, as regards penalties. The most striking

example of this failure has been the Framework Decision on the fight against organized crime (2008), whose implementation has demonstrated the shortfalls of the chosen methodology and its means, and the lack of will despite the calls for urgent, joint actions.

It is clear today that the main problem in the definition and development of the “common” policy against TOC has been the lack of clear directions in the EU response. Lacking a formal definition of *organized crime* unanimously accepted, the Union has elaborated a discourse aiming at legitimating its intervention in fighting TOC through which it presents the inevitable character of its involvement in this particularly delicate matter. In addition to international pressures, the Europeanization of the response against TOC has been the result of: *i*) the security continuum prompted particularly by the European Council and the Council of Ministers —masters of the whole decision-making process in the security field; *ii*) the connivance of the European Commission, avid for the protection of the internal market and further integration in Home Affairs; and *iii*) the introduction into the European agenda of national preferences mainly via the rotating EU Presidency. Fighting TOC became a top priority in the European agenda by means of partial and global strategies, action plans and programmes in which the different actors introduced their own agendas, but lacking a criminal policy in which include this “common” policy to guide the whole process. This errant way to proceed has resulted in a policy poorly defined, clearly securitized, inconsistent with its own objectives and instruments, and incoherent with other policies. Furthermore, this legislative process has, indirectly, provoked the increase of punitive measures to deal with non-security issues allegedly linked to TOC according to the official agenda, but in need of different policies (e.g., minor drug trafficking, copyright protection or irregular stay/illicit crossing due to human trafficking). In fact, the “common” policy against TOC may not be considered a Community policy: it is a set of heterogeneous, ill-defined objectives and priorities compiled in a set of patchwork strategies to whose achievement the EU has devoted some instruments, but no authentic evaluation of records and outcomes that clearly evaluate the translation of the official discourse into the real practice. The latter includes the lack of competence of the Court of Justice to review the validity of the activities of national law enforcement forces and the scarce monitoring powers of the European Parliament in the oversight of the actors, which, in

turn, have perpetuated the security continuum for their own narrow interests. Moreover, the Commission's evaluations of the existing legislation and requests for the adoption of new legal instruments neither came in time, nor are they taken into account by the Council of Ministers in its full terms. The EU needs, thus, to redefine its "common policy" in order to overcome the main problems identified in its conception and progressive development, and change the patchwork model established in the last decades by a coherent policy to fight TOC to render it efficient and effective. The first step to take is to clearly define the object and objectives of this "common policy", identify its real needs and reorganize the available instruments, paying particular attention to the development of common procedural rules and the strengthening of police cooperation regulations.

Fifth- *Fighting TOC has become a crosscutting issue in every single policy having an external dimension irrespective its main goals and origins. As it has been the case internally, fighting criminal organizations and their illicit activities beyond "its" borders has been considered a top issue on the European agenda, becoming the essential complement of its domestic efforts to prevent the menaces posed by TOC to internal security and the European constitutional values. In particular, because the EU has identified these threats to internal security as being external to it. Additionally, because the cross-border character of organized crime requires cooperation outside the European space in order to strengthen domestic efforts to counter TOC. Nevertheless, the external dimension of the "common" policy against TOC has adversely affected EU external relations, and even contravened the objectives of other external policies, rendering worthless the normative discourse sought by the Community institutions in international affairs.*

The Union has mainstreamed the fight against TOC into its internal and external policies, resulting in additional means at the disposal of the Institutions and actors to counter the activities of criminal organizations and other threats to internal security. Enlargement Policy illustrates well this point: it imposes on candidate and potential candidate countries the implementation of EU Criminal Law and the Palermo Convention as a measure to fight TOC, notwithstanding the real problems and needs of these third States or whether this legislation is compatible with their constitutional principles. Another example is the European Neighbourhood Policy (ENP), which clearly duplicates the scheme for candidate countries even though the "rewards" offered to those States are not defined at an early stage. Despite the shortcomings of the latter, however, these two policies have succeeded in bringing the structures and legislation of

third countries closer to EU standards, especially in the case of candidate countries and those third States having a particular interest in maintaining close relations with the Union. Finally, some Community policies have changed their nature and objectives in order to mainstream the fight against TOC externally, e.g. development, trade and immigration policies. These changes are particularly relevant in relation to those countries beyond the European periphery and highly dependent of the Community commercial trade and development aid —the Least Developed Countries (LDCs) and the African, Caribbean and Pacific (ACP) countries; for which the principle of conditionality applies in their uneven bilateral relations (at least theoretically), without considering other avowed principles, for instance solidarity as regards development cooperation. EU immigration policy has been, however, the most relevant means of extending its standards in policing TOC and its criminal law. Visa facilitation and readmission agreements have demonstrated to be successful instruments in making third States aligning their legal systems and police structures to the EU model —via a phased process monitored unilaterally by the European institutions; at the same time that Member States have found a way to return illegal immigrants to their countries of origin, or even transit countries.

The Union has taken further steps in its action against TOC abroad. It has implemented extraterritorially its Law and standards for policing TOC through two relevant instruments, the European Common Security and Defence Policy (CSDP) and Frontex. Their operations and missions have been used as a means to apply externally EU Law and standards for policing TOC keeping in mind only the short term; that is, preventing the consolidation of criminal groups and the expansion of illegal activities in an area close to the Union or into its space in order to protect its public order. On the one hand, the operations coordinated at sea by Frontex have applied extraterritorially EU immigration legislation, most of the times contravening, or at least challenging, its international commitments as regards the protection of human rights and international refugee law. Furthermore, these operations usually rely on bilateral agreements signed by individual Member States and other instruments that show the uneven relations established with neighbouring countries in dealing with illegal immigration in the high seas or their territorial waters. On the other hand, CSDP civil missions and military operations have dealt directly with countering TOC on the field, either assisting local

authorities in their tasks or even replacing them in their police functions in case of inexistent structures or capabilities in a post-conflict scenario. Additionally, their deployment is subject to the European requirements, leaving no room for manoeuvre to these third countries to negotiate their terms and conditions, in particular as regards privileges and immunities of their personnel or the legislation to be implemented during their activities on their soil.

The success of the EU in mainstreaming TOC in its external relations has been, however, mitigated by the incoherencies and shortcomings that characterize its external action, as well as the vagueness in the terms used in the official discourse —mirroring domestic limitations. The limits of the EU integration (e.g. the differentiation between policies and processes, the ambiguity of the official discourse and the direct competition among Institutions and actors) affect the effectiveness of its message and the coherence of the measures taken to fight TOC externally. By keeping the CFSP/CSDP separated from the external action of the EU under Part Five of the Treaty on the Functioning of the EU, the Lisbon Treaty did not solve this dichotomy that, somewhat, is resulting in contradictions among the different objectives pursued by these policies, and competition among Institutions and actors. Moreover, the confusion of actors with somewhat overlapping competencies and functions and their autonomous external action provides “grey areas” which distort the coherence of the external dimension of the “common” policy to fight TOC, in particular bearing in mind that the High Representative’s function of ensuring coherence of EU’s external action is vague in terms and lacks real implementation in the case of countering TOC abroad.

As a result of these security concerns, the external dimension of the “common” policy against TOC contravenes the discourse of becoming a *normative power* embraced by the European institutions. In the light of the practice, it is clear that the rationale behind its increased external action has not been to contribute to the international system to counter TOC globally —or, generally speaking, to the maintenance of peace and security, and support the United Nations system; but to protect its own interests. Therefore, conversely to other regional Organizations (limited in their thematic and geographical scope), the EU has externalised its security objectives in its own interest, especially as far as policing TOC in its neighbourhood is concerned. Driven by the intelligence provided by the actors of the internal security architecture,

the European Institutions have tried to promote abroad its internal security objectives in terms of fighting TOC, having in mind that these threats —conceived mainly as *external* to the EU— are menacing the European public order. Therefore, covered by the umbrella of being a *normative power* repeatedly prompted by the Institutions and actors in their discourse, the EU has sought for promoting (and, in certain cases, imposing) and monitoring reforms in third countries as regards the judiciary and law enforcement authorities, as well as the domestic implementation of transnational Criminal Law (e.g. the UNCTOC) and its own legislation and standards for policing TOC. To some extent, the (effective) implementation of this legal framework has been considered a requisite *sine qua non* in order to advance in other areas, such as visa liberalization, following the “sticks and carrots” approach used with candidate countries.

This externalisation of security objectives should not in itself be seen as a negative issue. In fact, the Union bases its legitimacy on the added value it can provide to Member States and their citizens, in this case, in terms of providing security against the criminal activities of TOC. Nevertheless, this might be considered threatening by third countries, reinforcing the image of *Fortress Europe*, and, thus, undermine its credibility towards those third States wishing to establish a closer relationship, in particular if they feel that entering into negotiations for visa liberalisation may be used as a “double-edged sword” that requires further reforms. This may be especially true when the EU uses its comparative advantages with more dependent countries, like the LDCs, instead of tackling the root sources of transnational criminal activities (poverty, insecurity, lack of police and judicial structures or insufficient capabilities, corruption, post-conflict situations, etc.). Moreover, there has been no externalisation of European standards on the protection of fundamental rights or, generally speaking, the norms of the rule of Law, undermining the international commitments of the EU and Member States in that field. It would be, thus, interesting to study how the establishment of these measures to fight TOC has impacted on the daily lives of citizens in countries ruled by authoritarian governments and the Union’s response, a situation requiring further analysis by scholars and practitioners.

At the same time, the externalization of its (short-term) objectives in terms of fighting TOC abroad also damages attaining the (long-term) goals of other EU policies.

For instance, the emphasis on the security dimension of the development cooperation has resulted in its “securitisation”, distorting its real long-term objectives as regards economic development and human wellbeing, which have been repeatedly identified as the root causes of organized criminal groups’ expansion in almost a linear-thinking basis. In the case of the objectives declared in the Lisbon Treaty concerning the Common Security and Defence Policy (CFSP), the focus on fulfilling police functions against the criminal activities of TOC on the field challenges the consolidation of peace processes and the capacity building under CSDP operations and missions, clearly deployed in those third countries or regions in which the Union has particular interests as regards security concerns. Therefore, when it comes to realising EU external action objectives, in case of contradiction, the Union privileges the attainment of the short-term goals of its “common” policy against TOC; a fully-fledged strategy in its own despite its incoherencies and the fact that it is not officially declared in the Treaties as its field of competence.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, capítulos y artículos consultados

- ABADINSKY, H., *Organized Crime*, 9ª Edición, Wadsworth Publishing, Belmont (California, EE.UU.), 2010.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M. Á. y VALLE GÁLVEZ, A. del, “Las crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina”, *Tiempo de Paz*, Núm. 83, 2006, pp. 19-31.
- ADAM, S., COLETTE-BASECQZ, N. y NIHOUL, M. (Dirs.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe = Corporate criminal liability in Europe*, La Charte, Bruselas, 2008.
- AGNEKETHOM, C. P., “Political and institutional dynamics of the control of small arms and light weapons in West Africa”, *Disarmament Forum, The complex dynamics of small arms in West Africa*, Núm. 4, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), 2008, pp. 13-19.
- AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., “Conclusiones. Legados de la Doctrina Reagan y perspectivas con Bush”, AGUIRRE, M., y MATTHEWS, R., *Guerras de baja intensidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1989, pp. 253-270.
- AKGÜL AÇIKMEŞE, S., “Management of Security in EU’s Neighbourhood: Union’s Tactics Revisited”, *Perceptions*, Center for Strategic Research, Vol. X, otoño de 2005, pp. 1-25.
- ALBI, A., “The EU’s ‘External Governance’ and Legislative Approximation by Neighbours: Challenges for the Classic Constitutional Templates”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 14, Núm. 2, 2009, pp. 209-230.
- ALBANESE, J., “Models of Organized Crime”, KELLY, R. J.; CHIN, K. y SCHATZBERG, R. (eds.), *Handbook of Organized Crime in the United States*, Greenwood Press, Westport, 1994, pp. 77-90.
- ALBINI, J. L., *The American Mafia: Genesis of a Legend*, Appleton-Century-Crofts, Nueva York, 1971.
- ALEMANN, U. von, “The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 42, Kluwer Academic Press, 2004, pp. 25-34.
- ALEO, S., “The Definition and Repression of Organized Crime”, LONGO, F. (Ed.), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime*, Giuffrè Editore, Milán, 2002, pp. 61-75.
- , “Criminalità transnazionale e definizione della criminalità organizzata: il requisito dell’organizzazione”, PATALANO, V., (A cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2003, pp. 1-17.

- AMNESTY INTERNATIONAL, *Undermining global security: The European Union's Arms Export*, Londres, 2004, disponible en www.amnesty.org [última consulta: 31.8.2015].
- ANCEL, H. y RAUFER, X., *Trafics et crimes en Asie du Sud-Est: le Triangle d'Or*, Collection Criminalité Internationale, Presses Universitaires de France, París, 1998.
- ANDERSON, M. y APAP, J., "Changing Conceptions of Security and Their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation", *Policy Brief*, Centre for European Policy Studies, Núm. 26, octubre de 2002, p. 3, disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015].
- ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- , *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- ARANGÜENA FANEGO, "La Orden Europea de Detención y Entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la "euroorden"", *Revista Derecho Penal*, Núm. 10, 2003, pp. 11-95.
- ARLACCHI, P., *Mafia Business: The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism*, Oxford University Press, 1988.
- ARMBRÜSTER, C., *et al.*, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, Final Report, octubre de 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/index_en.htm [última consulta: 31.8.2015].
- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- ARTEAGA MARTÍN, Félix, "La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea", *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 75/2010, 21.4.2010.
- BACAS FERNÁNDEZ, J. R. *et al.*, *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado", Madrid, 2009.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., "Crónica de Legislación Europea", *Revista Europea de Derecho Constitucional*, Núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 521-531.
- BALZACQ, T., BIGO, D., CARRERA, S. y GUILD, E., *Security and the Two-Level Game : The Treaty of Prüm and the Management of Threats*, Center for European Policy Studies, Bruselas, 2006, disponible en: www.ceps.be [última consulta: 31.8.2015].
- BANTEKAS, I., "Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies", *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), Oxford University Press, 2006, pp.466-484.

- BARBE, E., “La mutation de la coopération policière dans l’Union européenne : de la réaction à l’anticipation”, *Études européennes*, marzo de 2011, disponible en: www.etudes-europeennes.eu [última consulta: 31.8.2015].
- BARROT, J., « Justice, Liberté, Sécurité, fondements de la citoyenneté européenne », *Revue française d’administration publique*, Núm. 129, 2009, pp. 5-8.
- BARRY, M. A., *Guerres et trafics d’armes en Afrique. Approche géostratégique*, L’Harmattan, Études africaines, París, 2006.
- BASSIOUNI, C. y VETERE, E. (Eds.), *Organized Crime. A Compilation of U. N. Documents, 1975 — 1998*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, Nueva York, 1998.
- BASSIOUNI, C., *Introduction au Droit penal international*, Bruylant, Bruselas, 2002.
- BEARE, M. E., “Corruption and organized crime: Lessons from history”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 28, Núm. 2, 1997, pp. 155-172.
- BEARE, M. E. y NAYLOR, R. T., *Major Issues Relating to Organized Crime: within the Context of Economic Relationships*, Nathanson Centre for the study of organized crime and corruption, 14 de abril de 1999, disponible en: <http://www.ncjrs.gov/nathanson/organized.html> [última consulta: 31.8.2015].
- BELGUENDOZ, A., “Marruecos fronteras con España: ¿Socio o gendarme de Europa en África del Norte?”, *Mediterráneo Económico: Progresos migratorios, economía y personas*, Núm. 1, Instituto de Estudios Socioeconómicos de Cajamar, 2002, pp. 33-74.
- BERDAL, M. y SERRANO, M., “Crimen transnacional organizado y seguridad internacional: la nueva topografía”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, Fondo Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 293-309.
- BERENSKOETTER, F., “Under Construction: ESDP and the ‘Fight Against Organised Crime’”, *London School of Economics CHALLENGE Working Papers*, 5 de julio de 2006, disponible en: <http://webfirstlive.lse.ac.uk/internationalRelations/centresandunits/EFPU/EFPUdfs/EFPUchallengewp5.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- BERTHELET, P., *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Peter Lang, Bruselas, 2003.
- BIGO, D., “Globalized (In)Security: The field and the Ban-Opticon”, BIGO, D. y TSOUKALA, A. (Eds.), *Terror, Insecurity and Liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, Routledge, 2008. p. 10 - 48.
- BISCOP, S., *The European Security Strategy. Implementing a distinctive approach to Security*, Royal Institute for International Relations, Paper Núm. 82, Bruselas, marzo de 2004, disponible en <http://www.irri-kiib.be/papers/Artikel%20V&S%20ESS.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- BLEKXTOON, R. y BALLEGOOIJ, W van, *Handbook on the European Arrest Warrant*, TMC Asser Press, La Haya, 2004.

- BLOCK, A., *Perspectives on Organizing Crime. Essays in Opposition*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991.
- BOER, M. Den, “The fight against organised crime in Europe: a comparative perspective”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 9, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 259-272.
- BOISTER, N., “‘Transnational Criminal Law’?”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 953-976.
- BOLLO AROCENA, D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2004.
- BOONSTRA, J. y MELVIN, N., “Challenging the South Caucasus security deficit”, *Working Paper*, Núm. 108, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE), abril de 2011.
- BRETHERTON, C. y VOGLER, J., *The European Union As a Global Actor*, Routledge, Nueva York-Londres, 1999.
- BUFFOTOT, P. (Coord.), *Politiques de défense. La perception de la menace en Europe*, ARES, Vol. XIII-3, Grenoble, 1992.
- CALDERONI, F., “A Definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organised Crime”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16, Núm. 3, 2008, pp. 265-282.
- , *Organized Crime Legislation in the European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Springer, Heidelberg, 2010.
- CARDONA LLORÉNS, J., “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de la Comunidad Internacional (el crimen internacional)”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, pp. 265-336.
- , “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen VI, Castellón, 2002, pp. 759-889.
- CARRAPICO, H., “The External Dimension of the EU’s Fight against Organized Crime: The Search for Coherence between Rhetoric and Practice”, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9, No. 3, 2013, pp. 460-476.
- CARRERA, S., “The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands”, *CEPS Working Document*, Núm. 261, 22 de marzo de 2007, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].
- CARRERA, S. y GUILD, E., “The European Council’s Guidelines for the Area of Freedom, Security and Justice 2020. Subverting the ‘Lisbonisation’ of Justice and Home Affairs?”, *Centre for European Policy Studies Essays*, Núm. 13, 14.7.2014, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].
- CASAS, B. de las, *Historia de las Indias*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1986.

- CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª Edición, Oxford University Press Inc., Nueva York, 2008.
- CENTRE D'ANALYSE STRATÉGIQUE, “Sécurité des frontières extérieures et lutte contre l’immigration illégale : une stratégie «globale et intégrée» de l’Union européenne ?”, *La note de veille*, Núm. 79, 29 de octubre de 2007.
- CENTRE POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, 2009. *La traite et le trafic des être humains. Une apparence de légalité*, Informe anual 2009, disponible en : http://www.belgium.be/fr/publications/publ_rapport_annuel_2009_traite_etres_humains.jsp [última consulta: 31.8.2015].
- CESONI, M. L. *et al*, *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles : une législation sous influence ?*, Academia Press, Gante, 2005.
- CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, Georg Éditeur, Ginebra, 2004.
- , *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: La normalisation de l’exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant – L. G. D. J., Bruselas – París, 2007.
- CESONI, M. L., “Conclusions générales”, CESONI, M. L. (Dir.), *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, Georg Éditeur, Ginebra, 2004, pp. 689-757.
- CHAMBLISS, W. J., “State-Organized Crime”, *Criminology*, Vol. 27, 1989, pp. 183-208.
- CHEVALLIER-GOVERS, C., *De la coopération à l’intégration policière dans l’Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 1999.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 215-267.
- CHOCQUET, C., *Terrorisme et criminalité organisée*, L’Harmattan, París, 2003.
- CHOLEWINSKI, R., “The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy”, BALDACCINI, A.; GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2007, pp. 301-336.
- COBB, R., ROSS, J.-K., y ROSS, M. C., “Agenda Building as a Comparative Political Process”, *The American Political Science Review*, Vol. 70, Núm. 1, marzo de 1976, pp. 126-138.
- COLLANTES-CELADOR, G., y JUNCOS, A. E., “The EU and border management in the Western Balkans: preparing for European integration or safeguarding EU external borders?”, *Southeast European and Black Sea Studies*, Vol. 12, Núm. 2, junio de 2012, pp. 201-220.
- COLLINS, A., *Contemporary Security Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- CONSEJO DE EUROPA, *Criminalité organisée en Europe : La menace de la cybercriminalité*, Éditions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2006.
- , *Combating organized crime. Best-practice surveys of the Council of Europe*, Octopus Programme, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, agosto de 2004 (reimpreso en septiembre de 2007).
- COPPIETERS, B., “An EU Special Representative to a new periphery”, BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus: a challenge for the EU”, *Chaillot Papers*, Núm. 65, Institute for Security Studies of the EU, París, diciembre de 2003, pp. 159-170.
- CORDONNIER, I., “La piraterie en Asie du Sud-Est”, CONESA, P. (Dir.), *Les relations internationales illicites. La Revue internationale et stratégique*, Núm. 43, Presses Universitaires de France, París, otoño de 2001, pp. 48-54.
- CORNELL, S., “The growing threat of transnational crime”, BAEV, P., *et al.*, “The South Caucasus: a challenge for the EU”, *Chaillot Papers*, Núm. 65, Institute for Security Studies of the EU, París, diciembre de 2003, pp. 23-40.
- CORTHAUT, T., *EU Ordre Public*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, Países Bajos, 2012.
- CRESSEY, D. R., *Theft of the Nation. The structure and operations of organized crime in America*, Harper & Row Publishers, Nueva York, 1969.
- CRETIN, T., *Mafias du monde. Organisations criminelles transnationales. Actualités et perspectives*, 4ª edición revisada y aumentada, Collection Criminalité Internationale, Presses Universitaires de France, París, 2004.
- CSURI, A., “Naming and Shaping. The Changing Structure of Actors Involved in the Protection of EU Finances”, *EUCRIM*, Vol. 2, 2012, pp. 79-83.
- CUDENNEC, A., « Sécurité et protection des frontières extérieures de l'Union européenne : le rôle de l'agence Frontex », FLAESCH-MOUGIN, C. (Dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Rencontres européennes, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 321-333.
- CUERDA RIEZU, A., “¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?”, ARROYO ZAPATERO, L., *et al.*, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 621-635.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 85-126.
- , « La politique criminelle de l'Espagne en matière de crime organisé », ZEN-RUFFINEN, (ed.), *Du Monde Pénal. Mélanges en l'Honneur de Pierre-Henri Bolle*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2006, pp. 381-396.
- DANDURAND, Y. y CHIN, V., *Links Between Terrorism and Other Forms of Crime*, International Centre for Criminal Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, abril de 2004, disponible en: <http://icclr.law.ubc.ca> [última consulta: 31.8.2015].

- DANNER, A. M. y MARTÍNEZ, J. S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, Vol. 93, 2005, pp. 75-169.
- DARDENNE, E. y WEERTS, L., «La communitarisation de la politique d’immigration: déterritorialisation ou permanence des territoires? », MAGNETTE, P. y REMACLE, E., (Eds.), *Le nouveau modèle européen*, Vol. 2, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2000, pp. 15-29.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “La promoción del tráfico ilegal de personas: Aspectos jurídicos y policiales”, SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. 215-250.
- DE AMICIS, G y SURANO, L., “Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova Decisione 2009/426/GAI” (estratto), *Cassazione Penale*, XLIX – novembre 2009, n. 11, Giuffrè Editore, pp. 4453-4466.
- DECAUX, E., *Les formes contemporaines de l’esclavage*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- DELACAMPAGNE, C., *Histoire de l’esclavage : de l’Antiquité à nos jours*, Le Livre de Poche, París, 2002.
- DELMAS-MARTY, M., *Corpus Juris: Portant Dispositions Pénales Pour La Protection Des Intérêts Financiers De L’Union Européenne = Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union*, Ed. Economica, París, 1997.
- DEHOUSSE, F. y SIFFLET, D., *Les nouvelles perspectives de la coopération de Schengen: le Traité de Prüm*, disponible en <http://aei.pitt.edu/9091/01/Prum.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- DÍEZ ALCALDE, J., “EUBAM Libya: seguridad fronteriza para la estabilización nacional y regional”, *Documento de Análisis*, 36/2013, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 12.6.2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 6, Vol, 3, 2004, pp. 1-34, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc> [última consulta: 31.8.2015].
- DI FILIPPO, M., “Irregular migration across the Mediterranean Sea: Problematic issues concerning the international rules on safeguard of life at sea”, *Paix et Sécurité Internationales*, Núm. 1, enero-diciembre de 2013, pp. 53-76.
- DIOP-MAES, L. M., “Historia de la Esclavitud. Consecuencias de la trata en el África subsahariana”, *Le Monde Diplomatique* (Edición Perú), diciembre de 2007, pp. 32-33.
- DOBOVŠEC, B., “Transnational Organised Crime in the Western Balkans”, *HUMSEC Project Working Paper Series*, documento presentado en una conferencia internacional en noviembre de 2006, p. 1 (traducción propia), disponible en: <http://www.humsec.eu/cms/index.php?id=341> [última consulta: 31.8.2015].

- DORIGNY, M. y ZINS, M. J. (eds.), *Les traites négrières coloniales : histoire d'un crime*, Éditions Cercle d'Art, Paris, 2009.
- DUEZ, D., *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2008.
- DUFFIELD, M., "Governing the Borderlands: Decoding the Power of Aid", *Disasters*, Vol. 25, Núm. 4, 2001, pp. 308-320.
- DUPRÉ, C., *Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- DUTTON, Y. M., "Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court", *One Earth Future Foundation Discussion Paper*, febrero de 2010, disponible en: http://www.oneearthfuture.org/siteadmin/images/files/file_52.pdf [última visita, 16.2.2012]
- DUYNE, P. Van y LEVI, M., *Drugs and money. Managing crime-money in Europe*, Abingdon, Routledge, 2005
- DUYNE, P. C. Van, *Organized Crime in Europe*, Nova, Nueva York, 1996.
- ECHEVERRÍA, C., "La cooperación en asuntos de Justicia e Interior y el Proceso de Barcelona: un balance", *Revista UNISCI Discussion Papers*, Núm. 9, octubre de 2005, pp. 83-92.
- EDWARDS, A. y GILL, P., "The politics of 'transnational organized crime': discourse, reflexivity and the narration of 'threat'", *British Journal of Politics and International Relations*, Núm. 2, Vol. 4, junio de 2002, pp. 245-270.
- , "Crime as Enterprise? The case of 'transnational organised crime'", *Crime, Law & Social Change*, Vol. 37, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 203-223.
- , *Transnational Organized Crime. Perspectives in global security*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 2003.
- ENSEÑAT Y BERA, A., "La estrategia europea de seguridad", ROLDÁN BARBERO, J. (Coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 55-68.
- ESTRADA CUADRAS, A., "Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005", *Indret*, 2/2006, 341, Barcelona, abril de 2006, disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121376/167824> [última consulta: 31.8.2015].
- FAURE, M., "European Environmental Criminal Law: Do we really need it?", *European Environmental Law Review*, Vol. 13, Núm. 1, enero de 2004, pp. 18-29.
- FELSEN, D. y KALAITZIDIS, A., "A Historical Overview of Transnational Crime", REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 2005, pp. 3-19.

- FERNÁNDEZ SOLA, N., “¿Una nueva Estrategia Europea de Seguridad 2009?”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 36/2009, de 26.2.2009.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLO, E. (Coords.), *Delincuencia organizada; aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- FERREIRA NUNES, I., “Civilian, Normative, and Ethical Power Europe: Role Claims and EU Discourses”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 16, 2011, pp. 1-20.
- FIJNAUT, C., “Controlling organized crime and terrorism in the European Union”, BASSIOUNI, C.; MILITELLO, V. y SATZGER, H., *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, CEDAM-ISIS, Milán – Padua, 2008, pp. 243-263.
- FINCKENAUER, J. O. y WARING, E., *Russian Mafia in America: Immigration, Culture, and Crime*, Northeastern University Press, Massachusetts, 1998.
- FINCKENAUER, J. O., “Problems of Definition: What is Organized Crime?”, *Trends in Organized Crime*, Vol. 8, Núm. 3, primavera de 2005, pp. 63-83.
- FINK, M., “Frontex Working Arrangements: Legitimacy and Human Rights Concerns Regarding ‘Technical Relationships’”, *Merkourios*, Vol. 28, Núm. 75, 2012, pp. 20-35, disponible en: www.merkourios.org [última consulta: 31.8.2015].
- FISCHER, S. (Ed.), “Back from the cold? The EU and Belarus in 2009”, *Chaillot Paper*, Núm. 119, EU Institute for Security Studies, Paris, noviembre de 2009.
- FLORE, D., “La perspective d’un procureur européen”, *Europäische Rechtsakademie (ERA) Forum. Scripta iuris europaei*, Springer, 2008, pp. 229-243
- , *Droit pénal européen. Les enjeux d’une justice pénale européenne*, Éditions Larcier, Bruselas, 2009.
- FONTANAUD, D., “Criminalité organisée”, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 77, 2006, pp. 193-199.
- GAMBETTA, D., *The Sicilian Mafia. The Business of private protection*, Harvard University Press, Paperback Edition, Harvard, 1996.
- GAMMELTOFT-HANSEN, T., “The extraterritorialisation of asylum and the advent of ‘protection lite’”, *Danish Institute for International Studies Working Paper*, Núm. 2007/2, Copenhagen, 2007, disponible en: www.diis.dk [última consulta: 31.8.2015].
- GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Núm. 10, 1er semestre de 2006, pp. 201-218.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 10, julio – diciembre, 2008, pp.231-274.
- GARRIDO CARRILLO, F. J. y FAGGIANI, V., “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General Derecho Constitucional*, Núm. 16, abril de 2013, pp. 1-40.

- GERADIN, D. y PETIT, N., “The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform”, *Jean Monnet Working Papers*, Núm. 01/04, Nueva York, 2004.
- GERCKE, M., “Europe’s legal approaches to cybercrime”, *Europäische Rechts Akademie (ERA) Forum (2009)*, Núm. 10, Springer, septiembre 2009, pp. 409-420.
- GIBERT, M. V., “The securitisation of the EU’s development agenda in Africa: insights from Guinea-Bissau”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 10, Núm. 4, diciembre de 2009, pp. 621-637.
- GIRALDO, J. y TRINKUNAS, H., “Transnational Crime”, COLLINS, A., *Contemporary Security Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 346-366.
- GILMORE, W. C., *Dirty Money. The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, 3ª Edición, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2004.
- GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*, Washington D. C., 2005, disponible en: www.globalrights.org [última consulta: 31.8.2015].
- GOFFINET, H.-L., « L’Union européenne et les armes légères. Une pluralité de politiques pour une problématique globale », *Les rapports du GRIP*, Núm. 2009/10, Groupe de recherche et d’information sur la paix et la sécurité (GRIP), Bruselas, 2009.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, Núm. 30, 2012, pp. 15-41.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (Dir.), *La Criminalidad Organizada*, Tirant lo Blanch, Monografías, Núm. 877, 2014.
- GRABBE, H., “How does Europeanisation affect CEE governance? Conditionality, difusión and diverstiy”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, Núm. 4, diciembre 2001, pp. 1013-1031.
- GRANADA, C., “La OEA y el crimen transnacional organizado”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, Fondo Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 149-159.
- GRASSO, G. (ed.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo (Catania), 2000.
- GROENLEER, M., *The Autonomy of European Union Agencies. A comparative Study of Institutional Development*, Eburon, Delft, 2009.
- GRUSZCZAK, A., “Governing Internal Security in the European Union”, *Central European Journal of International and Security Studies*, Vol. 3, Núm. 2, 2009, pp. 86-103.

- GULLY-HART, P., “Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of international legal assistance in criminal matters”, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 76, Núm. 1, 2005, pp. 27-48.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., “The struggle against irregular migration by sea at the Canary Islands”, DEL VECCHIO, A. (Ed.), *International Law of the Sea: Current Trends and Controversial Issues*, Eleven International Publishing, enero de 2014, pp. 59-76.
- GUTIÉRREZ ZARZA, Á., “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust”, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial y penal*, Lex Nova, Valladolid, junio de 2010, pp. 71-84.
- HAGAN, F. E., “The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model”, *Criminal Justice Review*, Vol. 8, Núm. 2, 1983, pp. 52-57.
- , “Organized Crime” and “organized crime”: Indeterminate Problems of Definition”, *Trends in Organized Crime*, Vol.9, Núm.4, de 2006, pp.127-137.
- , *Crime Types and Criminals*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California, Estados Unidos), 2010.
- HÄNGGI, H., y TANNER, F., “Promoting security sector governance in the EU’s neighbourhood”, *Chaillot Paper*, Núm. 80, Instituto de Estudios de Seguridad de la UE, París, julio de 2005.
- HANON, J.-P., « Sécurité intérieure et Europe élargie : discours et pratiques », *La revue internationale et stratégique*, *Institut de Relations internationales et stratégiques*, Núm. 52, invierno 2003-2004, París, pp. 24-32.
- HAYES, B. y VERMEULEN, M., “Borderline – The EU's New Border Surveillance Initiatives. Assessing the Costs and Fundamental Rights Implications of EUROSUR and the "Smart Borders" Proposals”, Heinrich Böll Foundation, junio de 2012, disponible en: www.boell.de [última consulta: 31.8.2015].
- HERT, P. De y RIEHLE, C., “Data protection in the area of freedom, security and justice. A short introduction and many questions left unanswered”, *Europäische Rechtsakademie Forum*, Vol. 11, Núm. 2, Springer, 2010, pp. 159-167.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 83.
- HOLLAND, M., *The European Union and the Third World*, Palgrave Macmillan, The European Union Series, Londres, 2002.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE (IHRLI), *In Modern Bondage: Sex Trafficking in the Americas*, DePaul University College of Law, Chicago, octubre de 2002.
- INTERNATIONAL PEACE INSTITUTE, “Transnational Organized Crime. Tasks Forces on Strengthening Multilateral Security Capacity”, *IPI Blue Papers*, Núm. 2, Nueva York, 2009.

- IOANNIDES, I., y COLLANTES-CELADOR, G., “The internal-external security nexus and EU police/rule of law missions in the Western Balkans”, *Conflict, Security & Development*, Vol. 11, Núm. 4, septiembre de 2011, pp. 415-445.
- JACOBS, P. C., “Combating maritime piracy: a regional framework for prosecution”, *Acta Criminologica: African Perspectives on Combatting Maritime Piracy: Special Edition 1*, 2014, pp. 92-107.
- JACQUEMIN, O., “La conditionnalité démocratique de l’Union européenne. Une voie pour l’universalisation des droits de l’Homme ? Mise en œuvre, critiques et bilan”, *CRIDHO Working Paper*, 2006/03, disponible en: <http://cridho.uclouvain.be/en/> [última consulta: 31.8.2015].
- JESSUP, P., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., “Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)* Núm. 168/2008, de 23/12/2008.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Novedades legislativas en materia de decomiso y de recuperación de activos”, *Revista de Derecho Penal*, Núm. 34, 2011, pp. 91-116.
- JOJARTH, C., *Crime, War and Global Trafficking. Designing International Cooperation*, Cambridge University Press, Nueva York, 2009.
- JORDAN, J., “When Heads Roll: Assessing the Effectiveness of Decapitation”, *Security Studies*, Vol. 18, Núm. 4, 2009, pp. 719-755.
- JORDÁN ENAMORADO, J., “Políticas de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11, 2009, pp. 1-25, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc> [última consulta: 31.8.2015].
- KALDOR, M., *Las nuevas guerras: la violencia organizada en la era global*, Editorial Tusquets, Barcelona, 2001.
- KARYDIS, G., « L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable », *Revue Trimestrielle de Droit européen*, Vol. 38, Núm. 1, enero – marzo de 2002, pp. 1-26.
- KERCHOVE, G. de, « Relations extérieures et élargissement », KERCHOVE, G. De y WEYEMBERGH, A., *L’Espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Institut d’Études européennes, Université libre de Bruxelles, Éditions Université de Bruxelles, Bruselas, 2002, pp. 257-278.
- KERSTEN, A. “Financing of Terrorism – A Predicate Offence to Money Laundering?”, PIETH, M., *Financing Terrorism*, Kluwer, 2002, pp. 49-56.
- KINZIG, J., « Mesures de lutte contre la criminalité organisée en Allemagne », CESONI, M. L., *Criminalité organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques*, Georg Éditeur, Ginebra, 2004, pp. 647-687.
- KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, IUS Communitatis Series, Vol. 2, Intersentia, Amberes, 2009.

- KLOSEK, J., “The Development of International Police Cooperation within the EU and between the EU and Third Party States: A Discussion of the Legal Bases of Such Cooperation and the Problems and Promises Resulting Thereof”, *American University International Law Review*, Vol. 14, Núm. 3, 1999, pp. 599-656.
- KOLB, R., *Le droit relatif au maintien de la paix internationale. Evolution historique, valeurs fondatrices et tendances actuelles*, Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Éditions A. Pedone, París, 2005.
- KUROWSKA, X. y PAWLAK, P., “Introduction: The Politics of European Security Policies”, *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 10, Núm. 4, diciembre de 2009, pp. 474-485.
- KUHL, L., “The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law”, *Eucrim. The European Criminal Law Associations’ Forum*, Vol. 2, 2012, pp. 63-66.
- LABAYLE, M. y NILSSON, H. G., “The Role and Organisation of Eurojust. Added Value for Judicial Cooperation in Criminal Matters”, MONAR, J. (Ed.), *The Institutional Dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Pieter Lang, Bruselas, 2010, pp. 195-215.
- LABAYLE, H., “Instruments et procédures de l’espace de liberté, de sécurité et de justice : quelques réflexions critiques”, KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. (Dir.), *Quelles réformes pour l’espace pénal européen ?*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 41-58.
- , « Le concept de sécurité dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice », FLAESCH-MOUGIN, C. (Dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Rencontres européennes, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 79-90.
- LABORDE, J.-P., *État de droit et crime organisé*, Éditions Dalloz, París, 2005.
- LAMPE, K. Von, “Not a process of enlightenment: the conceptual history of organized crime in Germany and the United States of America”, UNITED NATIONS CENTRE FOR INTERNATIONAL CRIME PREVENTION, *Forum on Crime and Society*, Vol. 1, Núm. 2, diciembre de 2001, pp. 99-116.
- , “Afterword. Organized Crime Research in Perspective”, VAN DUYNE, P.; LAMPE, K. Von; PASSAS, N., *Upperworld and Underworld in Cross-Border Crime*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2002, pp. 189-198.
- LAUTIER, C. (coord.), *Traite transnationale des personnes. État des lieux et analyse des réponses au Maroc*, Ministerio de Justicia del Reino de Marruecos – Organización Mundial para las Migraciones, agosto de 2009.
- LAVENEX, S., “Channels of Externalisation of EU Justice and Home Affairs”, CREMONA, M., MONAR, J. y POLI, S. (Eds.), *The external dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, 13, P. I. E. Peter Lang, Bruselas, 2011, pp. 123-126.
- LAVENEX, S., y SCHIMMELFENNIG, F. (Eds.), *EU External Governance. Projecting EU rules beyond membership*, Routledge, Oxford, 2010.
- LEVI, M. y REUTER, P., “Money Laundering”, *Crime and Justice*, Vol. 34, University of Chicago, 2006, pp. 289-375.

- LEVI, M., “The organisation of serious crime”, MAGUIRE, M., MORGAN, R. y REINER, R. (Eds.), *The Oxford handbook of criminology*, 3ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 878-973.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “La política exterior de la Unión Europea y el Mediterráneo”, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. (Coord.), *La Conferencia de Algeciras y las relaciones internacionales*, Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, Editorial Almuzara, 2007, pp. 223-242.
- , “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pp. 87-120.
- , “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 32, 2013, pp. 357-372.
- LOBKOWICZ, W. de, *L'Europe et la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes*, La Documentation française, París, 2002.
- LONGO, F. (Ed.), *The European Union and the Challenge of Transnational Organised Crime*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.
- LUIF, P., *The External Dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice in Relation to the Western Balkan Countries*, Briefing Paper, Dirección General para las Políticas Exteriores de la UE – Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, octubre de 2006.
- MAGUIRE, M. et al (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- MALJEVIĆ, A., ‘Participation in a criminal organization’ and ‘conspiracy’. *Different legal models against criminal collectives*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- MALTZ, M. D., “On Defining Organized Crime: the Development of a Definition and Typology”, *Crime and Delinquency*, Vol. 22, Núm. 3, 1976, pp. 338-346.
- MANACORDA, S. (Coord.), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe (Allemagne – Espagne – France – Italie – Union européenne)*, Association de recherches pénales européennes, Presses Universitaires de France, París, 2002.
- MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MANNERS, I., “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, Núm. 2, 2002, pp. 235-258.
- , “The normative power of the European Union in a globalised world”, LAÏDI, Z., *EU Foreign Policy in a Globalized World. Normative power and social preferences*, Routledge, Oxon-Nueva York, 2008, pp. 23-37.
- MANRIQUE, L. E., “Un poder paralelo: el crimen organizado en América Latina”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 84/2006, de 25 de julio de 2006.
- MARTIN, J. M. y ROMANO, A. T., *Multinational Crime. Terrorism, Espionage, Drug & Arms Trafficking*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1992.

- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el extranjero: marco general de análisis”, LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y ROLDÁN BARBERO, F. J. (Eds.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, octubre de 2008, pp. 39-98.
- MARTINELLI, M., “Les initiatives européennes de réforme du secteur de la sécurité en République démocratique du Congo”, ADAM, B. (Dir.), *Europe, Puissance tranquille? Rôle et identité sur la scène mondiale*, Éditions Complexe – Éditions du GRIP, Bruselas, 2006, pp. 148-158.
- MARTÍNEZ CASAS, J. I., *Tráfico ilícito de bienes culturales*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, conferencia dictada en Córdoba, el día 27 de septiembre de 2008, pp. 1-29, disponible en <http://www.ciidpe.com.ar/area2/trafico%20ilicito%20de%20bienes%20culturales.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., “Los acuerdos internacionales del tercer pilar de la UE”, REMIRO BROTONS, A. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. (Coord.), *El futuro de la Acción Exterior de la UE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 211-247.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 10-06, 2008, pp. 1-20, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- MASSY, L., *Le vol d'œuvres d'art. Une criminalité méconnue*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2000.
- MATRIX INSIGHT, *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets*, Final Report, junio de 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/final_asset_recovery_report_june_2009.pdf [última consulta: 31.8.2015].
- McCLEAN, D., *Transnational Organized Crime. A commentary on the United Nations Convention and its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “La lucha contra la delincuencia organizada: comentario a la Decisión marco 2008/841”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 18, abril de 2009.
- MILITELLO, V., “Transnational Organized Crime and European Union: Aspects and Problems”, RUGGERI, S. (Ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, pp. 201-214.
- MITSILEGAS, V., MONAR, J. y REES, W., *The European Union and Internal Security. Guardian of the People?*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, Hampshire, 2003.
- MITSILEGAS, V., “Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an area of “freedom, security and justice””, *European Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 26, diciembre de 2001, pp. 565-581.

—, “Countering the chameleon threat of dirty money: ‘Hard’ and ‘soft’ law in the emergence of a global regime against money laundering and terrorist finance”, EDWARDS, A. y GILL, P. (Eds.), *Transnational Organized Crime. Perspectives in global security*, Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 2003.

—, “Border Security in the European Union: Towards Centralised Controls and Maximum Surveillance”, BALDACCINI, A.; GUILD, E. y TONER, H. (Eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2007, pp. 359-394.

—, “The Transformation of Criminal Law in the ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Yearbook of European Law*, 2007, Núm. 26, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford – Londres, 2008, pp. 1-32.

—, *EU Criminal Law*, Modern Studies in European Law, Hart Publishing, Oxford–Portland, 2009.

—, *The Council Framework Decision on the Fight against Organized Crime: What can be done to strengthen EU legislation in the field?*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [última consulta: 31.8.2015].

—, *The Criminalisation of Migration in Europe Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Springer, Dordrecht, 2015.

MOLEY, R., “Politics and Crime”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1926, pp. 78-84, disponible en: <http://ann.sagepub.com> [última consulta: 31.8.2015].

MONAR, J., “Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation”, *European Law Review*, Vol. 23, Núm. 4, 1998, pp. 320-335.

—, “The external shield of internal security: the EU’s emerging common external border Management”, BROWN, D. y SHEPHERD, A. (Eds.), *The security dimensions of EU enlargement. Wider Europe, weaker Europe?*, Manchester University Press, Manchester, 2007, pp. 54-68.

—, “The Integration of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters into EU External Relations. Achievements and Problems”, FIJNAUT, C. J. y OUWERKERK, J. (Dir.), *The future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 49-72.

—, “The EU’s Externalisation of Internal Security Objectives: Perspectives after Lisbon and Stockholm”, *The International Spectator*, Vol. 45, Núm. 2, junio de 2010, pp. 23-39.

MONTAIN-DOMENAH, J., « Le droit de l’espace judiciaire pénal européen : un nouveau modèle juridique ? », *Cultures & Conflits*, Núm. 62, primavera de 2006, pp. 149-168.

MORA NAVARRO, N., “Actualización de la política criminal en materia de responsabilidad de la persona jurídica”, *Revista CES Derecho*, Vol. 5, Núm. 2, 2014, pp. 237-250.

- MORAL TORRES, A. del, “La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo europeo de inteligencia criminal”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 50/2010, 17.3.2010.
- MOREAU, V., “Traité sur le commerce des armes : les négociations de la dernière chance ? L’importance de clarifier le « texte de juillet », avant mars 2013”, *Notes d’Analyse*, Groupe de recherche et d’information sur la paix et la sécurité (GRIP), Bruselas, 3 de diciembre de 2012.
- MORENO, F., “Análisis crítico de los informes de evaluación de la amenaza del crimen organizado en la Unión Europea”, *Documento de Trabajo 26/2009*, Real Instituto Elcano, 25.5.2009.
- MUGNIER, D., “Les diamants et les relations internationales illicites”, *La revue internationale et stratégique*, Núm. 43, otoño de 2011, pp. 64-72.
- MUÑOZ CONDE, F., “Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada”, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 143-156.
- MURO MARTÍNEZ, R., “El Código de Conducta de la Unión Europea en materia de exportación de armas”, *Boletín Económico del ICE*, Núm. 2644, del 21 al 27 de febrero de 2000, pp. 9-11.
- NAÍM, M., *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona, 2006.
- NAYLOR, R. T., “Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes”, *British Journal of Criminology*, Vol. 3, Núm. 1, 2003, pp. 81-101.
- NÉRAUDAU-D’UNIENVILLE, E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d’ordre public en droit des étrangers à l’aune de la construction européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006.
- NILSSON, H. G., “Organs and Bodies of the Third Pillar as Instruments of External Relations of the Union?”, KERCHOVE, G. y WEYEMBERGH, A. (eds.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 201-209.
- OBOOKATA, T., ““Trafficking” and “Smuggling” of Human Beings in Europe: Protection of Individual Rights or States’ Interests?”, *Web Journal of Current Legal Issues*, Number 5, 30 de noviembre de 2001, disponible en: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2001/issue5/obok.html> [última consulta: 31.8.2015].
- OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 13-48.
- OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (ONUDD), *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008, disponible en: www.unodc.org [última consulta: 31.8.2015].

- PAOLI, L., “The paradoxes of Organized Crime”, *Crime, Law & Social Change*, Vol. 37, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 51-97.
- , “The ‘invisible hand of the market’: the illegal drugs trade in Germany, Italy and Russia”, DUYNE, P. C. Van; LAMPE, K. Von y NEWELL, J. L. (eds), *Criminal Finances and Organising Crime in Europe*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, pp. 19-40.
- PAOLI, L. (Ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Nueva York, 2014.
- PARLAMENTO EUROPEO, “Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union”, Estudio PE-453.207, Bruselas, junio de 2011.
- PARLAMENTO EUROPEO, *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE, el ciclo de actuación de la UE y la función de las agencias (ELSJ). Promesas, riesgos y requisitos previos*, Estudio solicitado por el Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), Bruselas, mayo de 2011, p. 11.
- PARMENTIER, F., « La Moldavie et la Transnistrie. Géopolitique du voisinage euro-russe », 1 de abril de 2006, disponible en: <http://www.diploweb.com/La-Moldavie-et-la-Transnistrie.html> [última consulta: 31.8.2015].
- PASSAS, N., “The Genesis of the BCCI Scandal”, *Journal of Law and Society*, Vol. 23, pp. 57-72.
- PAWLAK, P., “The Unintentional Development of the EU’s Security Governance beyond Borders”, *European Foreign Affairs Review*, Vol. 17, Núm. 2, parte 1, 2012, pp. 87-107.
- PEERS, S., “Readmission Agreements and EC External Migration Law”, *Statewatch Analysis*, Núm. 17, mayo de 2003, disponible en: <http://www.statewatch.org/analyses/no-17-readmission.pdf> [última consulta: 31.8.2015].
- , *EU Justice and Home Affairs Law*, 2ª edición, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- , “EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon”, *European Law Review*, Vol. 33, 2008, pp. 507-529.
- PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PETROV, R. y KALINICHENKO, P., “The Europeanization of third country judiciaries through the application of the EU *acquis*: the cases of Russia and Ukraine”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, Núm. 2, abril de 2011, pp. 325-353.
- POITEVIN, C., “Traité sur le commerce des armes. Priorités pour l’UE avant les négociations de mars 2013”, *Notes d’Analyse*, GRIP, Bruselas, 28 de noviembre de 2012.
- POPESCU, N., “Eurasian Union: the real, the imaginary and the likely”, *Chaillot Papers*, Núm. 132, EU Institute for Security Studies, Paris, septiembre de 2014, disponible en: <http://www.iss.europa.eu/> [última consulta: 31.8.2015].

- QUIRKE, B., “OLAF’s role in the fight against fraud in the European Union: do too many cooks spoil the broth?”, *Crime, Law, and Social Change*, Vol. 53, Núm. 1, Springer, 2010, pp. 97-108.
- RAGARU, N., « Macédoine : le bilan en Demi-teinte de la politique européenne », *Critique internationale*, Vol. 3, Núm. 24, Presses de Science Po, París, julio de 2004, pp. 9-20.
- RAMOS, D. *et. al.*, *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca: la ética en la conquista de América*, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1984.
- RASSAM, A. Y., “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 1999, pp. 303-352.
- RAUFER, X., *Le grand réveil des mafias*, Editions J. C. Lattès, París, 2003.
- , *La criminalité organisée dans le chaos mondial. Mafias, Triades, Cartels, Clans*, Les éditions des Riaux, noviembre de 2006.
- RED EUROPEA DE MIGRACIONES, *La Política de Acogida, Repatriación y Acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros No Acompañados. Estudio comparativo de la UE*, mayo de 2010, disponible en el siguiente enlace: <http://emn.intrasoft-intl.com/Downloads/prepareShowFiles.do?directoryID=115> [última consulta: 31.8.2015].
- REES, W., “Inside Out: the External Face of EU Internal Security Policy”, *European Integration*, Vol. 30, Núm. 1, marzo de 2008, pp. 97-111.
- RESA NESTARES, C., *El crimen organizado en el mundo: mito y realidad*, p. 2, disponible en: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/nexos.pdf [última consulta: 31.8.2015].
- , *Crimen Organizado Transnacional: Definición, Causas y Consecuencias*, disponible en: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/text11.html [última consulta: 31.8.2015].
- REUTER, P., *Disorganized Crime: The Economics of the Visible Hand*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1983.
- RIJPM, J. J. y CREMONA, M. “The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law”, *European University Institute Working Papers*, Law 2007/1, Florencia, 2007.
- RÍOS CALVO, P., “La cooperación transfronteriza en términos de seguridad. Relevancia de la protección civil”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Dir.), *La asimetría institucional entre España y Portugal en el marco de la cooperación transfronteriza (Andalucía, Algarve y Alentejo)*, Colección Atelier Internacional, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 37-58.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A. del, “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 1, Núm. 2, Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, julio-diciembre de 1997, pp. 329-376.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “La orden europea de protección: crónica de un fracaso anunciado”, *Iuris. Actualidad y práctica del Derecho*, Núm. 172, 2012, pp. 15-25.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La represión del crimen internacional de piratería; una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 73/72009, 8.5.2009.

ROIG, A. y HUDDLESTON, T., “EC Readmission Agreements: A Re-evaluation of the Political Impasse”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, Núm. 3, 2007, pp. 363-387.

ROJAS ARAVENA, F., *II Informe del Secretario General de FLACSO. El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José, Costa Rica, 2006, disponible en: www.flacso.org [última consulta: 31.8.2015].

ROLDÁN BARBERO, J. (Coord.), *La nueva política de seguridad y defensa de la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012.

ROXIN, C., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal*, Núm. 2, 1998, pp. 61-65.

—, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Núm. 7, 2006, pp. 11-22.

RUGGIERO, V., “Transnational Crime: Official and Alternative Fears”, *International Journal of the Sociology of Law*, Núm. 28, Academic, Press, 2000, pp. 187-199.

RUIZ DÍAZ, L. J., “Cooperation with Third Countries in Fighting Illegal Immigration: Combating “Mafias” or protecting Member States’ Borders?”, BARRANCO VELA, R. (Dir.), *Crisis, Lisbon, EU Policies and Member States*, Colección Estudios Derecho y Bienestar Social, Editorial Comares, Albolote, 2011, pp. 182-206.

—, “La complejidad de las relaciones UE-OSCE en la reconfiguración de la arquitectura de seguridad europea”, GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Dir.), *La Unión Europea y el Multilateralismo Eficaz, ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp.129-161.

—, “Fighting Transnational Organized Crime Globally, A Priority of EU Foreign Policy or just Another Topic on the Enlargement Agenda?”, BENEYTO, J. M. (Ed.), *La Unión Europea como actor global. Las nuevas dimensiones de la política exterior europea*, Instituto Universitario de Estudios Europeos – CEU San Pablo, Madrid, 2011, pp. 127-146.

—, “La contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa a la seguridad interior de la Unión Europea”, ROLDÁN BARBERO, F. J. (Coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 121-141.

—, “La especial protección de las víctimas de la trata de seres humanos. Las novedades de la Directiva 2011/36/UE”, PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Ed.), *Derecho*

internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 90-131.

- RUYVER, B. De, VERMEULEN, G. y VANDER BEKEN, T. (Eds.), *Strategies of the EU and the US in Combating Transnational Organized Crime*, Institute for International Research on Criminal Policy, Ghent University, Maklu Publishers, Amberes, 2002.
- RYAN, P. J. y RUSH, G. G. (eds.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 1997.
- SABBAGH, D., “La politique américaine de lutte contre la drogue et l’Amérique latine: émergence d’un enjeu et évolution des stratégies”, *Relations internationales et stratégiques*, Núm. 23, París, otoño de 1996, pp. 57-65.
- SÁENZ BRECKENRIDGE, M. S. (ed.), *Armas Pequeñas y Livianas: Una amenaza a la seguridad hemisférica*, Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano, San José (Costa Rica), 2007.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 18, diciembre de 2009, disponible en: www.reei.org [última consulta: 31.8.2015].
- SATZGER, H., “La europeización del Derecho Penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Penal*, julio de 2012.
- SCHELLING, T., *Choice and Consequence. Perspectives of an errant economist*, Harvard University Press, 1984.
- SCHERRER, A., MÉGIE, A. y MITSILEGAS, V., *The EU role in fighting transnational organized crime*, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, febrero de 2009.
- SCHIMMELFENNIG, F. y SEDELMEIER, U., “Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe”, *Journal of European Public Policy*, 11/4, agosto de 2004, pp. 661-679.
- SCHMID, A. y JONGMAN, A., *Political Terrorism. A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Databases, Theories and Literature*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1988.
- SCHOUTHEETE, P. de, y ANDOURA, S., “The Legal Personality of the EU”, *Studia Diplomatica*, Vol. 60, Núm. 1, 2007, pp. 233-244.
- SCHREIER, F., “Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations”, *Occasional Papers*, Núm. 16, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2009, Ginebra, disponible en: www.dcaf.ch/publications [última consulta: 31.8.2015].
- SCHUMACHER, T., “Uncertainty at the EU’s borders: narratives of EU external relations in the revised European Neighbourhood Policy towards the southern borderlands”, *European Security*, Vol. 24, Núm. 3, 2015, pp. 381-401.

- SERRANO LEAL, C. y PAJARES ROJO, R., “Principales resultados del Consejo ECOFIN de 11 de mayo (y II)”, *Boletín Económico de ICE*, Núm. 2812, del 26 de julio al 1 de agosto de 2004, pp. 3-10.
- SHAW, M. y WANNENBURG, G., “Organized Crime in Africa”, REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, Thousand Oaks (California), 2005, pp. 367-386.
- SMITH, D., *The Mafia Mystique*, Basic Books, Nueva York, 1975; W. MOORE, W. H., *The Kefauver Committee and the politics of crime, 1950-1952*, University of Missouri Press, 1974.
- SORIANO, J. P., “Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la Convención de Palermo”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Núm. 108, septiembre de 2014, pp. 141-163.
- STOHL, R. y GRILLOT, S., *The International Arms Trade*, Polity Press, Cambridge, 2009.
- SURANO, L., “L’action extérieure d’Eurojust”, DONY, M. (Ed.), *La dimension externe de l’espace de liberté, de sécurité et de justice au lendemain de Lisbonne et de Stockholm : un bilan à mi-parcours*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, pp. 211-219.
- SUTHERLAND, E., *White Collar Crime: the uncut version*, Yale University Press, New Haven, 1983.
- TARDY, T. (ed.) : *European Security in a Global Context. . Internal and external dynamics*, Contemporary Security Studies, Oxon, Routledge, 2009.
- , TARDY, T., “CSDP in action – What contribution to international security?”, *Chaillot Papers*, Núm. 134, mayo de 2015, Instituto de Estudios Estratégicos de la UE, documentos de análisis disponibles en: www.iss.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].
- TAVELLA, A. M., “Sex Trafficking and the 2006 World Cup in Germany: Concerns, Actions and Implications for Future International Sporting Events”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 6, Núm. 1, otoño de 2007, pp. 196-217.
- TELO, M., *Relations internationales. Une perspective européenne*, 2ª Edición revisada y aumentada, Institut d’Études européennes, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2010.
- TIJHUIS, A., *Transnational Crime and the interface legal and illegal actors: the case of illegal art and antiquities trade*, Wolf Legal Publishers, 2006.
- TOCCI, N. (Ed.), *Who is a Normative Foreign Policy Actor? The European Union and its Global Partners*, Centre for European Policy Studies, 2008, disponible en: www.ceps.eu [última consulta: 31.8.2015].
- TRAUNER, F. y KRUSE, I., “EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, Núm. 4, 2008, pp.411-438.

- TRAUNER, F. y RIPOLL SERVENT, A. (Eds.), *Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice. How EU institutions matter*, Routledge, Oxon, 2015.
- TREVES, T., “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, no. 2, 2009, pp. 399-414.
- TREVIÑO RUIZ, “La seguridad marítima y la piratería”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 51/2010, 17.3.2010.
- UNITED NATIONS CENTRE FOR INTERNATIONAL CRIME PREVENTION, *Forum on Crime and Society*, Vol. 3, Núms. 1 y 2, diciembre de 2003.
- VALLE GÁLVEZ, A. del, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 3, Año 2, Madrid, enero/junio de 1998, pp. 41-78.
- , “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 417-436.
- , “La problemática cooperación transfronteriza con Gibraltar y Marruecos”, AGUDO ZAMORA, M. J. y VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M. (Coord.), *I Congreso Europeo de Cooperación Territorial Europea y de Vecindad*, Junta de Andalucía – Consejería de Presidencia, 2012, Sevilla, pp. 75-88.
- VÉLEZ ALCALDE, Francisco J., “Pateras, cayucos y mafias transfronterizas en África: el negocio de las rutas atlánticas hacia las Islas Canarias”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 14/2008, 5 de febrero de 2008.
- VLASSIS, D., “La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado”, BERDAL, M. y SERRANO, M. (Comp.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad*, Fondo Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 131-148.
- VLASTNIK, J., “Eurojust – A Cornerstone of the Federal Criminal Justice System in the EU?”, GUILD, E. y GEYER, F., *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2008, pp. 35-49.
- VOGEL, J., “Why is the Harmonisation of Penal Law Necessary? A Comment”, KLIP, A. H. y VAN DER WILT, H. G. (Eds.), *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Amsterdam, 2002, pp. 55-64.
- VRANCKX, A., SLIJPER, F. y ISBISTER, R., *Lessons from MENA. Appraising EU Transfers of Military and Security Equipment to the Middle East and North Africa. A Contribution to the Review of the EU Common Position*, Academia Press, Gante, noviembre de 2011.
- VYVER, J. Van Der, “Prosecuting Terrorism in International Tribunals”, *Emory International Law Review*, Vol. 24, pp. 527-547.
- WESSEL, R. A., “The EU as a party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities”, MARESCEU, M., y DASHWOOD, A. (Eds.), *Law and*

Practice of EU External Relation: Salient Features of a Changing Landscape, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 152-187.

- WESSEL, R. A., MARIN, L. y MATERA, C., “The external dimensión of the EU’s Area of Freedom, Security and Justice”, ECKES, C. y KONSTADINIDES, T. (Eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge University Press, 2011, pp. 272-300.
- WEYEMBERGH, A. y SANTAMARIA, V., *The evaluation of European Criminal Law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2009.
- WEYEMBERGH, A., “Protection de l’Euro contre les contrefaçons”, *Studia Diplomatica*, Vol. 52, Núm. 3, 1999, pp. 143-170.
- , “De certaines propositions visant à renforcer la lutte contre l’immigration irrégulière au sein de l’Union européenne”, *Revue des Droits des Étrangers*, Núm. 111, 2001, pp. 704-707.
- , *L’harmonisation des législations pénales: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2004.
- WHITMAN, R. G. y WOLFF, S., “Much Ado About Nothing? The European Neighbourhood Policy in Context”, WHITMAN, R. G. y WOLFF, S. (eds.), *The European Neighbourhood Policy in Perspective. Context, Implementation and Impact*, Palgrave MacMillan, Hampshire (Reino Unido), 2010, pp. 8-15.
- WILLS, A. y VERMEULEN, M., “Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union”, estudio solicitado por la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, 2011, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/studies.html> [última consulta: 31.8.2015].
- WOLFF, S., “Border Management in the Mediterranean: internal, external and ethical challenges”, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 21, Núm. 2, junio de 2008, pp. 254-270.
- WOLFF, S., WICHMANN, N. y MOUNIER, G. (Eds.), *The External Dimension of Justice and Home Affairs. A Different Security Agenda for the European Union?*, Routledge, 2010.
- WOODIWISS, M. y HOBBS, D., “Organized Evil and the Atlantic Alliance. Moral Panics and the Rhetoric of Organized Crime Policing in America and Britain”, *British Journal of Criminology*, agosto de 2008, pp. 1-23.
- WOODWARD, R., “Establishing Europol”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Springer Netherlands, Vol. 1, Núm. 4, diciembre de 1993, pp. 7-33.
- WOUTERS, J., COPPENS, D., y DE MEESTER, B., “The European Union’s External Relations after the Lisbon Treaty”, GRILLER, S. y ZILLER, J. (Eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer-Verlag Wien, Viena, 2008, pp. 143-204.

YEVGENYEVA, A. y KOVRYZHENKO, D., “Why «Europe» Matters. Europeanisation of the Lawmaking Process and Parliamentary Practices: Lessons for Ukraine”, Agency for Legislative Initiatives, Kiev, 2010.

Principales documentos de las instituciones y legislación de la UE

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Decisión 1999/352/CE, CEEA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, *Diario Oficial L 136*, de 31.5.1999, pp. 20-22.

—, *Comunicación de la Comisión – Protección de los intereses financieros de las Comunidades. Lucha contra el fraude: por un enfoque estratégico global*, COM (2000) 358 final, Bruselas, 28.6.2000.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Una Europa más amplia. Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, COM (2003) 104 final, Bruselas, 11.3.2003.

—, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea*, COM (2004) 165 final, Bruselas, 12.3.2004.

—, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero*, COM (2004) 262 final, Bruselas, 16.4.2004.

—, *Política europea de vecindad – Documento de estrategia*, COM (2004) 373 final, Bruselas, 12.5.2004.

—, *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*, COM (2005) 6 final, Bruselas, 19.1.2005.

—, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento “Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada”*, COM (2005) 232 final, Bruselas, 2.6.2005.

—, *Comunicación de la Comisión – “Hacia una estrategia sobre la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia”*, COM (2005) 491 final, 12.10.2005.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Lucha contra la trata de seres humanos – enfoque integrado y propuestas para un plan de acción*, COM (2005) 514 final, Bruselas, 18.10.2005.

—, *Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*, COM (2006) 402 final, Bruselas, 19.7.2006.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europea y al Comité de las Regiones – Preparación de los*

próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea, COM (2008) 69 final, Bruselas, 13.2.2008.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»*, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20.11.2008.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (2010) 385 final, Bruselas, 20.7.2010.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo*, COM (2010) 171 final, Bruselas, 20.4.2010.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM (2010) 385 final, Bruselas, 20.7.2010

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*, COM (2010) 673 final, Bruselas, 22.11.2010.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, Bruselas, 6.6.2011.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Enfoque Global de la Migración y la Movilidad*, COM (2011) 743 final, Bruselas, 18.11.2011.

—, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – La represión del delito en la era digital: creación de un centro europeo de ciberdelincuencia*, COM (2012) 140 final, Bruselas, 28.3.2012.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016)*, COM (2012) 286 final, Bruselas, 19.6.2012.

—, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013*, COM (2012) 600 final, Bruselas, 10.10.2012.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad*, COM (2014) 154 final, Estrasburgo, 11.3.2014.

—, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Agenda Europea de Seguridad*, COM (2015) 185 final, Estrasburgo, 28.4.2015.

COMISIÓN EUROPEA-ALTA REPRESENTANTE DE LA UE, *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una nueva respuesta a una vecindad cambiante*, COM (2011) 303 final, Bruselas, 25.5.2011.

—, *Diseño de una nueva Política Europea de Vecindad*, JOIN (2012) 14 final, Bruselas, 15.5.2012

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *Diario Oficial L 281*, de 23.11.1995, pp. 31-50.

—, Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la UE, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), *Diario Oficial C 316*, de 27.11.1995, pp. 2-32.

—, Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial C 316*, de 27.11.1995, pp. 48-57.

—, Resolución del Consejo, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, *Diario Oficial C 327*, de 7.12.1995, p. 5.

—, Reglamento (CE, Euratom) 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial L 312*, de 23.12.1995, pp. 1-4.

—, Reglamento 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, *Diario Oficial L 61*, de 3.3.1997, p. 1-69.

—, *Revisión del doc. 12247/1/94 ENFOPOL 161 REV 1 a partir del doc. 5717/97 ENFOPOL 22 como resultado de la reunión de expertos de los días 13 y 14 de febrero de 1997, dedicada al mecanismo de elaboración de informes de la UE sobre delincuencia organizada*, 6204/2/97, REV 2 – Enfopol 35, Bruselas, 21 de abril de 1997.

—, Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, *Diario Oficial C 251*, de 15.08.1997, pp. 1-18.

—, Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, *Diario Oficial C 24*, de 23.1.1998, pp. 2-28.

—, Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, *Diario Oficial L 333*, de 9.12.1998, pp. 1-3.

—, Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 351*, de 21.12.1998, pp. 1-3.

- , Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1998 sobre prevención de la delincuencia organizada y adopción de una estrategia global para combatirla, *Diario Oficial C 408*, de 29.12.1998, pp. 1-4.
- , Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (Plan de Acción de Viena), *Diario Oficial C 19*, de 23.01.1999 pp. 1-15.
- , *Prioridades y objetivos de la Unión Europea para las relaciones exteriores en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior*, 7653/00, de 6.6.2000.
- , Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, *Diario Oficial L 140*, de 14.6.2000, pp. 1-3.
- , Decisión 2000/642/JAI del Consejo, de 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados miembros para el intercambio de información, *Diario Oficial L 271*, de 24.10.2000, pp. 4-6.
- , Decisión marco del Consejo 2001/413/ JAI, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, *Diario Oficial L 149*, de 2.6.2001, pp. 1-4.
- , Decisión marco 2001/500/JAI 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, *Diario Oficial L 182*, de 5.7.2001, pp. 1-2.
- , Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, *Diario Oficial L 187*, de 10.7.2001, pp. 45-46.
- , Decisión 2002/187/JHA del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, *Diario Oficial L 63*, de 6.3.2002, pp. 1-13.
- , *Conclusiones del Consejo sobre el enfoque que debe seguirse para la aproximación de las penas*, 9141/02, Bruselas, 27 de mayo de 2002.
- , Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *Diario Oficial L 190*, de 18.7.2002, pp. 1-18.
- , Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, *Diario Oficial L 162*, de 20.6.2002, pp. 1-3.
- , Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, *Diario Oficial L 164*, de 22.6.2002, pp. 3-7, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008,

por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, *Diario Oficial L 330*, de 9.12.2008, pp. 21-23.

—, Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares, *Diario Oficial L 328*, de 5.12.2002, pp. 1-3.

—, Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, *Diario Oficial L 328*, de 5.12.2002, pp. 17-18.

—, Reglamento 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, *Diario Oficial L 358*, de 31.12.2002, pp. 28-48.

—, Reglamento 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos, *Diario Oficial L 196*, de 2.08.2003, pp. 7-14.

—, 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, *Diario Oficial L 196*, de 2.8.2003, pp. 45-55.

—, Reglamento 533/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, sobre el establecimiento de Asociaciones europeas en el marco del Proceso de Estabilización y Asociación, *Diario Oficial L 86*, de 24.3.2004, pp. 1-2.

—, Reglamento 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de la propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos, *Diario Oficial L 196*, de 2.8.2003, pp. 7-14.

—, Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, *Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, pp. 19-23.

—, Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, *Diario Oficial L 261* de 6.8.2004, pp. 24-27.

—, Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Diario Oficial L 261*, de 6.8.2004, p. 69.

—, *Strengthening the EU operational police co-operation*, 13075/1/04, REV. 1, Bruselas, 27.10.2004.

- , Reglamento 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 349*, de 25.11.2004, pp. 1-11.
- , Decisión 2004/919/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, relativa a la lucha contra la delincuencia de dimensión transfronteriza relacionada con vehículos, *Diario Oficial L 389*, de 30.12.2004, pp. 28-30.
- , Reglamento 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, *Diario Oficial L 22*, de 26.1.2005, pp. 1-10.
- , 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, *Diario Oficial L 68*, de 15.3.2005, pp. 49-51.
- , El Programa de La Haya: Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea, *Diario Oficial C 53*, de 3.3.2005, pp. 1-14.
- , Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, *Diario Oficial L 69*, de 16.3.2005, pp. 67-71.
- , Decisión 2005/511/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a la protección del euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del euro, *Diario Oficial L 185*, de 16.7.2005, pp. 35-36.
- , Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 309*, de 25.11.2005, pp. 15-36.
- , *Estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia a escala mundial*, 15446/05, 6.12.2005.
- , *Enfoque global de la migración: Medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo*, 15744/05, Bruselas, 13 de diciembre de 2005
- , *Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones*, 5319/06, Bruselas, 13 de enero de 2006.
- , *Action Oriented Paper on Improving Cooperation, on Organised Crime, Corruption, Illegal Immigration and Counter-terrorism, between the EU, Western Balkans and relevant ENP countries*, 9272/06, Bruselas, 12 de mayo de 2006.
- , Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, *Diario Oficial L 328*, de 24.11.2006, pp. 59-78.
- , Decisión marco 2006/960/JAI, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial L 386*, de 29.12.2006, pp. 89-100.

—, Reglamento 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial L 53*, 22.2.2007, pp. 1-14.

—, *Multidisciplinary Group on Organized Crime 1997-2007: looking back and preparing the future*, 10554/07 CRIMORG 107, Bruselas, 13 de julio de 2007.

—, Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), *Diario Oficial L 205*, de 7.8.2007, pp. 63-84.

—, 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, *Diario Oficial L 332*, de 18.12.2007, pp. 103-105.

—, Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, *Diario Oficial L 210*, de 6.8.2008, pp. 1-11.

—, Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, *Diario Oficial L 210*, de 6.8.2008, pp. 12-72.

—, Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería, *Diario Oficial C 253*, de 4.10.2008 pp. 1-2.

—, Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial L 300*, de 11.11.2008, pp. 42-45.

—, Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *Diario Oficial L 328*, de 6.12.2008, pp. 55-58.

—, Posición común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, *Diario Oficial L 335*, de 13.12.2008, pp. 99-103.

—, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva de retorno), *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 98-107.

—, Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 130-134.

—, Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación

policial y judicial en materia penal, *Diario Oficial L 350*, de 30.12.2008, pp. 60-71.

—, Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, *Diario Oficial L 39*, de 10.2.2009, pp. 1-7.

—, *Actualización del Catálogo de Schengen sobre el control de las fronteras exteriores, retorno y readmisión*, 7864/09, Bruselas, 19 de marzo de 2009.

—, Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), *Diario Oficial L 121*, 15.5.2009, pp. 37-66.

—, Decisión 2009/934/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada, *Diario Oficial L 325*, de 11.12.2009, pp. 6-11.

—, Decisión 2009/935/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos, *Diario Oficial L 325*, de 11.12.2009, pp. 12-13.

—, *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*, 5842/2/10, de 25 de febrero de 2010.

—, Decisión 2010/131/UE del Consejo, de 25 de febrero de 2010, por la que se crea el Comité permanente de cooperación operativa en materia de seguridad interior, *Diario Oficial L 52*, de 3.3.2010, p. 50.

—, *Aplicación de la estrategia para la dimensión exterior de Justicia e Interior – Documento orientado a la acción: Una acción estratégica y concertada para mejorar la cooperación en la lucha contra la delincuencia organizada, especialmente el tráfico de drogas, procedente de África Occidental*, 5069/3/10, de 25 de marzo de 2010.

—, *Pacto europeo de lucha contra el tráfico internacional de drogas – Desarticulación de las rutas de la cocaína y de la heroína*, documento 8821/10 (20.5.2010), aprobado en la 3018 reunión del Consejo JAI, Luxemburgo, 3 de junio de 2010.

—, Reglamento 1077/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, por el que se establece una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, *Diario Oficial L 286*, de 1.11.2011, pp. 1-17.

—, Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020), *Diario Oficial C 402*, de 29.12.2012, pp. 1-10.

—, *Council conclusions on CSDP*, 8971/15, 18.5.2015.

—, *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020*, 9798/15, Bruselas, 10.6.2015.

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Reglamento (CEE) 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, *Diario Oficial L 302*, de 19.10.1992, pp. 1-50.

—, Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, *Diario Oficial L 74*, de 27.3.1993, pp. 74-79.

CONSEJO EUROPEO, *Una Europa segura en un mundo mejor. Estrategia europea de seguridad*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003.

—, *Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad. Ofrecer seguridad en un mundo en evolución*, Bruselas, 12 de diciembre de 2008.

—, “Programa de Estocolmo – Una Europea abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, *Diario Oficial C 115*, Bruselas, 4.5.2010.

—, *Conclusiones de la Presidencia*, EUCO 79/14, Bruselas, 27.6.2014.

PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 77*, de 13.3.2004, pp. 1-11.

—, Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 157*, de 30.4.2004, pp. 45-86.

—, Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, *Diario Oficial L 255*, de 30.9.2005, pp. 11-21.

—, Reglamento 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, *Diario Oficial L 309*, de 25.11.2005, pp. 9-12.

—, Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *Diario Oficial L 105*, de 13.4.2006, pp.1-32; y sus diversos actos modificativos.

—, Reglamento 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, *Diario Oficial L 190*, de 12.7.2006, pp. 1-98.

—, Reglamento 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), *Diario Oficial L 381*, de 28.12.2006, pp. 4-23.

—, Decisión 624/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece un programa de acción para la aduana en la Comunidad (Aduana 2013), *Diario Oficial L 154*, de 14.6.2007, pp. 25-31.

—, Reglamento 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), *Diario Oficial L 145*, de 4.6.2008, pp. 1-64.

—, Directiva 2008/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, por la que se modifica la Directiva 91/477/CEE del Consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, *Diario Oficial L 179*, de 8.7.2008, pp. 5-11.

—, Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, *Diario Oficial L 348*, de 24.12.2008, pp. 118-127.

—, Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 146*, de 10.6.2009, pp. 1-36.

—, Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, *Diario Oficial L 168*, de 30.6.2009, pp. 24-32.

—, Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 216*, de 20.8.2009, pp. 76-136.

—, Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 280*, de 27.10.2009, pp. 52 - 55.

—, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 101*, pp. 1-11.

—, Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 335*, de 17.12.2011, pp. 1-14.

—, Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, *Diario Oficial L 338*, de 21.12.2011, pp. 2-18.

—, Reglamento 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) 732/2008 del Consejo, *Diario Oficial L 303*, de 31.10.2012, pp. 1-82.

—, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 315*, de 14.11.2012, pp. 57-73.

—, Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, *Diario Oficial L 218*, de 14.8.2013, pp. 8-14.

—, Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, *Diario Oficial L 294*, de 6.11.2013, pp. 1-12.

—, Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, *Diario Oficial L 127*, de 29.4.2014, pp. 39-50.

—, Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), *Diario Oficial L 141*, de 5.6.2015, pp. 73-117.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial C 371*, de 8.12.1997, pp. 183-192.

—, Dictamen del Parlamento Europeo sobre el proyecto de acción común adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la incriminación por la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial C 371*, de 8.12.1997, pp. 204-206.

—, Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada [COM (2005)0006 – C6-0061/2005 – 2005/0003 (CNS)], de 26 de octubre de 2005, *Diario Oficial C 272 E*, de 9.11.2006, pp. 428-436.

—, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2010, sobre la necesidad de una estrategia de la UE para el Cáucaso Meridional (2009/2216(INI)), *Diario Oficial C 161 E*, de 31.5.2011, pp. 136-147.

—, Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea (2010/2308(INI)).

—, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP)), *Diario Oficial C 168 E*, de 14.6.2013, pp.82-87.

—, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de septiembre de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe Iacolino), A7-0307/2013.

UNIÓN EUROPEA, Prevención y control de la delincuencia organizada – Estrategia de la Unión europea para el comienzo del nuevo milenio, *Diario Oficial C 124*, de 3.5.2000, pp. 1-33.

Enlaces Web

Dirección General Asuntos de Interior, Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/>

Dirección General de Ampliación: <http://ec.europa.eu/enlargement/>

Política Europea de Vecindad:

http://ec.europa.eu/economy_finance/international/neighbourhood_policy/index_es.htm

Consejo Europeo: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/>

Consejo de la Unión Europea: <http://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/>

Misiones de la Política Común de Seguridad y Defensa de la UE:

<http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/>

Eurojust: <http://www.eurojust.europa.eu/>

Europol: <http://www.europol.europa.eu/>

Frontex: www.frontex.europa.eu/

Servicio Europeo de Acción Exterior: <http://eeas.europa.eu/>

FIU.NET: www.fiu.net

LegislatiOnLine (OSCE): <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>,

War Crime Justice Project (UNICRI): http://wcjp.unicri.it/db_legislation/national/

Oficina de Tratados del Consejo de Europa: www.conventions.coe.int

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: <http://www.unodc.org/>

Grupo de Acción Financiera Internacional: <http://www.fatf-gafi.org>

Grupo Egmont: <http://www.egmontgroup.org>

Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales: www.realinstitutoelcano.org

EUCRIM: <http://www.mpicc.de/eucrim/>

Statewatch: <http://www.statewatch.org>

Otros documentos consultados

- ASAMBLEA PARLAMENTARIA, *Les accords de réadmission, un mécanisme de renvoi des migrants en situation irrégulière*, Doc. 12168, 17 March 2010, disponible en: <http://assembly.coe.int> [última consulta : 31.12.2012].
- CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la protección de los individuos con respecto al procesamiento automático de datos personales* (ETS 108), Estrasburgo, de 28.1.1981.
- , *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (ETS 185), Budapest, abierto a firma el 23.11.2001 y en vigor desde el 1 de julio de 2004.
- , *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings* (CETS197), Varsovia, 16.5.2005.
- , *Co-operation against crime: the conventions of the Council of Europe*, Octopus Programme, Council of Europe Publishing, Strasbourg, diciembre de 2006.
- , *Combating corruption. Anti-corruption instruments of the Council of Europe*, febrero de 2007.
- DEPARTMENT OF STATE – UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report*, junio, 2015.
- EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union. Comparative Report*, Viena, 2011, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union> [última consulta: 31.8.2015].
- EUROPOL, *Threat Assessment (Abridged). Internet Facilitated Organized Crime (iOCTA)*, disponible en: www.europol.europa.eu [última consulta: 31.8.2015].
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, 23 de julio de 2004, disponible en: www.imf.org [última consulta: 31.8.2015].
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Legislación básica de Derecho Internacional Público*, 9ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.
- HOUSE OF LORDS, *Strengthening OLAF, the European Anti-Fraud Office. 24th Report of Session 2003-04*, julio de 2004.
- , *Adapting the EU's Approach to Today's Security Challenges – the Review of the 2003 European Security Strategy*, European Union Committee, 31st Report of Session 2007-2008, noviembre de 2008.
- , *17th Report. The EU Internal Security Strategy*, publicado el 24.5.2011, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/> [última consulta: 31.8.2015].

NACIONES UNIDAS, *Fifty years of United Nations congresses on crime prevention and criminal justice: past accomplishments and future prospects*, A/CONF.203/15, Bangkok, 18-25 de abril de 2005.

OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Viena — Nueva York, 2004, disponible en: www.unodc.org [última consulta: 31.8.2015].

—, *Guías Legislativas para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, p. 13.

—, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2004.

—, *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008.

—, *Transnational trafficking and the Rule of Law in West Africa: A Threat Assessment*, Viena, julio de 2009.

—, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, Viena, 2010.

SERIOUS ORGANIZED CRIME AGENCY, *The United Kingdom Threat Assessment of Organized Crime*, 2009/10, p. 6, disponible en: <http://www.soca.gov.uk/> [última consulta: 15.6.2011].

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *La eficacia de los proyectos de la Comisión en el ámbito de Justicia y Asuntos de Interior de los Balcanes occidentales*, Informe Especial Núm. 12, Luxemburgo, 2009.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – INTER-PARLIAMENTARY UNION, *Combating Trafficking in Persons. A Handbook for Parliamentarians*, Núm. 16, United Nations Publications, 2009, Viena – Ginebra, p. 2.