

PROGRAMA DE ESTOCOLMO: ENTRE LA EFICACIA DE LA RESPUESTA PENAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA¹

TERESA AGUADO-CORREA

UNIVERSIDAD DE SEVILLA



RESUMEN

En este trabajo nos ocupamos del difícil equilibrio que hay entre la eficacia de la respuesta penal y la garantía de los derechos fundamentales en un ámbito delictivo de especial importancia como es el de la delincuencia organizada, centrandó nuestra atención en el decomiso pues el Programa de Estocolmo destacó la importancia de una mayor eficacia en la identificación, decomiso y reutilización de los bienes de origen delictivo. Antes de adentrarnos en estas cuestiones, realizamos un repaso de las distintas etapas de construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia con el fin de contextualizar desde un punto de vista jurídico y político las medidas adoptadas en los últimos años.

PALABRAS-CLAVE: Derechos fundamentales, Programa de Estocolmo, Delincuencia organizada, Efectividad de la respuesta penal, Política penal

1. INTRODUCCIÓN

La construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y en el que se respeten plenamente los derechos fundamentales, sigue siendo uno de los objetivos clave de la Unión Europea. No obstante, vivimos en un mundo de constantes amenazas para la seguridad de las personas y de los Estados. Con el fin de neutralizar estas amenazas y conseguir una “Europa abierta y segura”, en los últimos años se han ido adoptando en la Unión Europea una serie de medidas, algunas de ellas de

1 Este trabajo se adscribe al Proyecto “Criminalidad organizada, terrorismo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: el trinomio de la criminalidad organizada transnacional”, Ministerio de Economía y Competitividad de España, 2016-79705R.

naturaleza penal, destinadas a garantizar las libertades y derechos fundamentales en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia.

La tensión que existe entre la seguridad y los derechos fundamentales es evidente, de ahí que la Comisión viene recordando la necesidad de que la Unión “debe oponerse a tratar de forma aislada la seguridad, la justicia y los derechos fundamentales”, al tratarse de ámbitos que transcurren paralelos en el marco de un planteamiento coherente que pretende resolver los desafíos de hoy y los próximos años². En esta idea vuelve a insistir la Comisión en la Agenda Europea de Seguridad (2015-2020)³ -“La seguridad y el respeto de los derechos fundamentales no son objetivos contradictorios, sino objetivos políticos coherentes y complementarios”⁴-, si bien las medidas adoptadas en los últimos años parecen rebatir dicha afirmación.

Como puso de manifiesto el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Agenda Europea de Seguridad, de 9 de julio de 2015⁵, no podemos olvidar que el objetivo de seguridad no se puede perseguir de forma aislada, sino que

...la libertad, la seguridad y la justicia son objetivos que deben perseguirse en paralelo; que, para alcanzar la libertad y la justicia, las medidas de seguridad deben, por lo tanto, respetar siempre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, y deben estar sujetas al control democrático y la rendición de cuentas debidos; que la dimensión de la justicia no está suficientemente cubierta en la Agenda Europea de Seguridad.

2 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, de 20.4.2010, p. 4.

3 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Social y Económico Europeo y el Comité de las Regiones. La Agenda Europea de Seguridad, Estrasburgo, 28.4.2015, COM (2015) 185 final.

4 ALLI TURRILLAS, I. *Prevención de la delincuencia grave y organizada. De la cooperación a la integración*, Madrid, 2016, p. 31, para quien la seguridad y la libertad son parámetros compatibles y pueden ser complementarios y equilibrados, considera que tanto la Unión Europea como los Estados miembros deben establecer un alto grado de seguridad para los ciudadanos mientras que logra mantener el estándar máximo de protección de los derechos humanos.

5 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la Agenda Europea de Seguridad (2015/2697 (RSP)), (2017/C 265/10), DOUE C 265/84, 11.8.2017, p. 3.

En la lucha contra estos fenómenos delictivos, se debe buscar, en palabras del Parlamento Europeo⁶,

...el equilibrio adecuado entre políticas de prevención y medidas represivas, a fin de salvaguardar la libertad, la seguridad y la justicia; destaca que las medidas de seguridad deben aplicarse siempre de acuerdo con los principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la privacidad y la protección de datos, la libertad de expresión y de asociación y las garantías procesales;

Partiendo de que el objetivo global de la política penal de la Unión Europea debe ser “fomentar la confianza de los ciudadanos en el hecho de que viven en una Europa de libertad, seguridad y justicia...”, en este trabajo nos ocuparemos del difícil equilibrio que hay entre la eficacia de la respuesta penal y la garantía de los derechos fundamentales en un ámbito delictivo que fue objeto de especial atención en el “Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja que sirva y proteja al ciudadano”⁷: la delincuencia organizada⁸.

En particular centraremos nuestra atención en el decomiso como medio de lucha eficaz contra los beneficios de la delincuencia organizada. Y es que, como ya advertimos hace casi dos décadas, en el ámbito de las sanciones penales patrimoniales contra la criminalidad organizada, y en particular en el decomiso, se refleja muy bien la tensión entre el Derecho penal clásico y el Derecho Penal moderno y la tendencia a la consecución de una mayor eficacia del Derecho Penal aún a costa de vulnerar y reducir los derechos fundamentales e infringir algunos principios constitucionales, entre otros, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el principio non bis in ídem o el principio de culpabilidad⁹. Incluso ya en la Convención de Viena se instaba a los países a estudiar la posibilidad de invertir la carga de la prueba sobre el origen ilícito del supuesto producto u otros bienes

6 Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la Agenda Europea de Seguridad (2015/2697 (RSP)), (2017/C 265/10), DOUE C 265/84, 11.8.2017, p. 4.

7 Diario Oficial C 115, de 4 de mayo de 2010.

8 Sobre el protagonismo de la delincuencia organizada en el Programa de Estocolmo, vid. AGUADO CORREA, T. “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15-05, pp. 4 y ss.

9 Destaca también en relación con el decomiso la tensión que hay entre las garantías y eficacia, CARRILLO DEL TESO, A., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, 2018, p. 311.

sujetos a decomiso, “en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos”.

En la búsqueda de este difícil equilibrio entre eficacia y garantías juega un papel muy relevante, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, el principio de proporcionalidad. La importancia del mismo a nivel europeo¹⁰, queda patente por su expresa consagración tanto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (en adelante, CEDF), jurídicamente vinculante. Así, mientras que en el art. 5 TFUE y en el Protocolo n° 2, se prevé que el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; en el apartado 3 del art. 49 CEDF se consagra expresamente el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas en los siguientes términos: “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”¹¹. Además, en el art. 52 CEDF, dedicado al alcance de los derechos garantizados, se prevé que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” (apartado 1). A nivel nacional, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es uno de los principios limitadores del *ius puniendi* que ha adquirido rango constitucional a través de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, pues en la mayoría de los países de la Unión Europea no viene consagrado expresamente. Este principio de proporcionalidad en sentido amplio está conformado por varios subprincipios: principio de idoneidad; principio de necesidad (principio de exclusiva

10 Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: un puzle con muchas piezas”, en *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires, 2014, pp. 359 y ss.

11 En las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), se afirma que “El apartado 3 recoge el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades”.

protección de bienes jurídicos, principio de subsidiariedad¹² y principio de fragmentariedad); y, por último, principio de proporcionalidad en sentido estricto¹³.

Antes de adentrarnos en la política penal europea en materia de delincuencia organizada y decomiso, haremos un repaso de las distintas etapas de construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia con el fin de contextualizar desde un punto de vista jurídico y político las medidas adoptadas en los últimos años.

2. EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2.1. BASE JURÍDICA Y ASPECTOS GENERALES

Tras enumerar en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) los valores en los que se fundamenta la Unión (“respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”); en el art. 3.2 TUE se enuncia uno de los grandes objetivos que persigue la Unión, que no es otro que la creación y desarrollo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en los siguientes términos:

La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

El Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) está dedicado al “Espacio de libertad, seguridad y justicia” y se encuentra dividido en cinco capítulos: disposiciones generales

12 En la lucha contra la delincuencia organizada, el principio de subsidiariedad debe tenerse muy presente en la regulación de las sanciones patrimoniales no pudiéndose obviar el grado de efectividad y la existencia de formas de intervención alternativas. AGUADO CORREA, T. El comiso, Madrid, 2000, p. 73.

13 Sobre el contenido del principio de proporcionalidad en Derecho penal vid. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999, *passim*.

(arts. 67-76), políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (arts. 77-80); cooperación judicial en materia civil (art. 81); cooperación judicial en materia penal (arts. 82-86); y, por último, la cooperación policial (arts. 87-89).

Los objetivos que se pretenden alcanzar con este espacio se contemplan en el art. 67 TFUE, pudiéndose destacar tres de ellos a los efectos del tema tratado en este trabajo, en concreto, los enumerados en los apartados 1, 3 y 4:

1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. 3. 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. 4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.

La interconexión entre los tres conceptos que integran el espacio de libertad, seguridad y justicia y el lugar central reservado a las personas, lo puso de manifiesto de una manera certera la Comisión en los siguientes términos:

En la práctica, estas tres nociones están estrechamente ligadas. La libertad pierde gran parte de su valor si no puede ejercerse en un medio seguro y con el respaldo total de un sistema de justicia en el que puedan confiar todos los ciudadanos y residentes de la Unión. Estos tres conceptos inseparables tienen un denominador común, las personas, y el pleno desarrollo de uno de ellos requiere el pleno desarrollo de los otros dos. La actuación de la Unión debe seguir como pauta el mantenimiento de un equilibrio correcto entre los tres conceptos¹⁴.

14 Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam 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. Diario Oficial n° C 019 de 23/01/1999, p.2.

2.2. ETAPAS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2.2.1. PRIMERAS ETAPAS: DE TÁMPERE A ESTOCOLMO

La creación y desarrollo del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia ha sido objeto de una particular relevancia tanto a nivel legislativo -en el Tratado de Ámsterdan y actualmente en el Tratado de Lisboa- como a nivel político. A nivel político, se debe destacar el importante papel que ha desempeñado el Consejo Europeo en el desarrollo y consolidación de los distintos ámbitos del ESLJ a los largo de estos veinte años que han transcurrido desde que entrara en vigor el Tratado de Ámsterdan (1 de mayo de 1999) y desde que el Consejo Europeo celebre una reunión especial en Tápere (15 y 16 de octubre de 1999) dedicada a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, explotando al máximo las posibilidades que se ofrecían en el Tratado de Ámsterdan, que por entonces llevaba tan sólo 5 meses y medio en vigor.

Cinco años después, en noviembre de 2004, el Consejo Europeo adoptó un nuevo programa de acción quinquenal, conocido como el Programa de la Haya, que vino a ratificar la importancia del espacio de libertad, seguridad y justicia para la Unión Europea, al situarlo como alta prioridad en la agenda de la Unión, no sólo porque figurase entre los objetivos fundamentales de ésta (art. 3 TUE), sino porque se trataba de uno de los intereses fundamentales de los ciudadanos. El Consejo Europeo reafirmó pues, el carácter prioritario que se atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los pueblos de los Estados miembros, a raíz, sobre todo, de los atentados terroristas cometidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004.

Trancurridos los años, y una vez aprobado el Tratado de Lisboa, el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo sigue constituyendo uno de los elementos clave de la respuesta de la UE a los retos globales a largo plazo y una contribución al fortalecimiento y desarrollo del modelo europeo de economía social de mercado para el siglo XXI. Por ello, el espacio de libertad, seguridad y justicia es, de nuevo, objeto de atención preferente del Consejo Europeo, como se pone de

manifiesto en el programa plurianual en el que se establecen las prioridades de la UE respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el período de 2010-2014: “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”¹⁵. No olvidemos que la libertad, la seguridad y la justicia son los ámbitos en los que los ciudadanos más esperamos de los responsables políticos, ya que afecta a nuestra vida cotidiana¹⁶.

En este Programa de Estocolmo se vuelve a subrayar el lugar central otorgado a las personas en el ELSJ¹⁷, como se desprende tanto del título del mismo como del lugar destacado que ocupa entre las prioridades políticas, al iniciar las mismas declarando:

El Consejo Europeo considera que la prioridad para los próximos años será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. El reto será asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa. Es de vital importancia que las medidas policiales, por una parte, y las medidas destinadas a salvaguardar los derechos individuales, el Estado de Derecho y las normas de protección internacionales, por otra, vayan unidas en la misma dirección y se refuercen mutuamente.

Toda acción futura se centrará en el ciudadano de la Unión y en aquellas otras personas frente a quienes la Unión tiene una responsabilidad.

Además, se recomienda el desarrollo de una estrategia de seguridad interior para la UE dirigida a mejorar la protección de los ciudadanos y a luchar contra la delincuencia organizada¹⁸ y el terrorismo. La es-

15 Adoptado por el Consejo de Europa los días 10 y 11 de diciembre de 2009, y publicado en el Diario Oficial nº C 115 de 4 de mayo de 2010.

16 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”, Bruselas, 20.4.2010, COM (2010) 171 final, (citado como Plan acción del Programa de Estocolmo), p. 2.

17 GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L./LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo*, Madrid, 2016, p. 97, destacan la perspectiva eminentemente antropocéntrica del Programa de Estocolmo, al convertirse la persona en el centro de las acciones y políticas de la UE, “como su motor y fin último”.

18 Plan de acción del Programa de Estocolmo, p. 2.

trategia de seguridad interior se basa en un planteamiento anticipatorio, horizontal y transversal con tareas repartidas entre la UE y los Estados miembros, centrándose en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, otorgándose prioridad al terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de estupefacientes, la explotación sexual de mujeres y menores y la pornografía infantil, delincuencia cibernética, y, por último, la delincuencia económica y corrupción. El Consejo no pasó por alto que, en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, la seguridad interior se debe vincular necesariamente a la seguridad exterior.

Para combatir la delincuencia organizada, el Programa de Estocolmo puso el acento en la lucha a nivel policial y judicial y, sobre todo, preventivo, más que a nivel legislativo¹⁹:

A medida que la delincuencia organizada sigue globalizándose, es cada vez más importante que la policía tenga capacidad para trabajar eficazmente a través de las fronteras y las jurisdicciones. La Unión puede aportar una plusvalía real en la lucha contra algunas amenazas que exigen una acción extremadamente coordinada. La lucha contra estos tipos de delincuencia supondrá la sistematización de los intercambios de información, el uso generalizado de las agencias de la Unión y de las herramientas de investigación europeas y, en su caso, el desarrollo de técnicas de investigación y prevención comunes, así como una mayor cooperación con terceros países.

Este cambio de enfoque en la lucha contra la delincuencia organizada es confirmado por la Comisión de la Unión Europea en el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, cuando afirma que con frecuencia la creación instrumentos jurídicos no es suficiente, considerando que,

Ha llegado el momento de evaluar nuestro anterior enfoque, según el cual la Unión tenía que reaccionar ante acontecimientos inesperados y trágicos, generalmente caso por caso, y de aprovechar el nuevo sistema institucional que ofrece el Tratado de Lisboa con un enfoque coherente y multidisciplinario...El Tratado de Lisboa ha dotado a la Unión de unos

19 Dentro de las acciones, se contempla la de promover el concepto de prevención y lucha contra la delincuencia organizada mediante un enfoque administrativo. Sobre la delincuencia organizada en el Programa de Estocolmo, vid, AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15-05 (2013), pp.4 y ss.33

instrumentos que le permiten luchar mejor contra el terrorismo y la delincuencia organizada...Las futuras medidas sobre la delincuencia organizada deben aprovechar al máximo el nuevo marco institucional. La trata de seres humanos, la pornografía infantil, la delincuencia informática, la delincuencia financiera, la falsificación de medios de pago y el tráfico de drogas deben abordarse desde una perspectiva global. Una acción judicial y unas condenas más eficaces son tan importantes como atender las necesidades de las víctimas y reducir la demanda de servicios por parte de víctimas potenciales. La puesta en común de las capacidades policiales de los Estados miembros en relación con las drogas y rutas específicas será una primera respuesta operativa concreta. También debíamos eliminar todos los obstáculos en la vía de la cooperación policial efectiva entre los Estados miembros. Los organismos de la UE como FRONTEX, Europol y Eurojust, así como la OLAF, tienen que desempeñar un papel crucial. Deben mejorar su cooperación y ser dotados de las facultades y los recursos necesarios para lograr sus objetivos dentro del ejercicio de unas funciones claramente definidas²⁰.

No obstante, este cambio de enfoque no conllevó la renuncia al Derecho Penal como era de esperar:

El Derecho penal es un ámbito relativamente nuevo de la acción de la UE respecto del cual el Tratado de Lisboa establece un marco jurídico claro. La política de la UE en materia de aproximación del Derecho penal sustantivo y procesal debe basarse en una estrategia de justicia penal que respete plenamente los principios de subsidiariedad y coherencia. Esta estrategia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales y el Consejo y en ella se reconocerá que la cuestión principal sigue siendo el reconocimiento mutuo, y que la armonización de los delitos y las sanciones se realizará en casos determinados. La administración de justicia no debe ser obstaculizada por diferencias injustificables entre los sistemas judiciales de los Estados miembros: no se debe permitir que los delincuentes eviten la acción judicial y la cárcel cruzando fronteras y aprovechando las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales²¹.

20 Plan de Acción del Programa de Estocolmo, p. 6.

21 Plan de Acción del Programa de Estocolmo, p. 5.

2.2.2. DESPUÉS DE ESTOCOLMO: ORIENTACIONES ESTRATÉGICAS

2.2.2.1 ORIENTACIONES ESTRATÉGICAS 2014-2019

Sobre la base de los logros alcanzados por el Programa de Estocolmo y, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 68 TFUE, el Consejo Europeo aprobó en junio de 2014 las orientaciones estratégicas para la programación legislativa y operativa en materia de libertad, seguridad y justicia para los próximos cinco años²². En esta ocasión el énfasis se situó en la aplicación y consolidación de los instrumentos jurídicos y las medidas políticas existentes (conclusión 3).

Por lo que respecta al desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, se consideró crucial garantizar la protección y la promoción de los derechos fundamentales, incluida la protección de datos, atendiendo al mismo tiempo a los problemas de seguridad (conclusión 4). Las orientaciones estratégicas subrayaron la necesidad de aplicar de forma coherente y eficaz las medidas vigentes; intensificar la cooperación; reforzar el papel de las agencias de la UE; y, finalmente, explorar el potencial de las nuevas tecnologías.

En la lucha contra el terrorismo, las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada, instaron a la movilización de todos los instrumentos de cooperación judicial y policial y a reforzar el papel de Europol y Eurojust, debiendo ser apoyadas estas medidas por: una revisión de la estrategia de seguridad interior; el desarrollo de un planteamiento global sobre ciberseguridad y ciberdelincuencia; la prevención de la radicalización y el extremismo así como por una respuesta a la cuestión de los combatientes extranjeros.

El difícil equilibrio entre la eficacia y el pleno respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho fue reconocido de forma implícita por el Consejo Europeo cuando al establecer como prioridad estratégica la prevención y la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, mediante la represión de la delincuencia organizada, la corrupción, el terrorismo y la radicalización, se aclara que la misma se llevará a cabo “al tiempo que se garantizan los derechos y valores fundamentales, en particular la protección de datos personales”.

22 Consejo Europeo, EUCO 79/14, Bruselas, 27 de junio de 2014.

2.2.2.2 ORIENTACIONES ESTRATÉGICAS 2019-2024

Las orientaciones estratégicas aprobadas en 2019 para los próximos cinco años, se centran en cuatro prioridades principales²³. La primera de ellas es la protección de los ciudadanos y las libertades:

Europa debe ser un lugar donde los ciudadanos se sientan libres y seguros. La UE defenderá los derechos y las libertades fundamentales de sus ciudadanos, reconocidos en los Tratados, y los protegerá contra las amenazas existentes y emergentes.

Los valores comunes en que se sustentan nuestros modelos democráticos y de sociedad son el fundamento de la libertad, la seguridad y la prosperidad europeas.

El estado de Derecho, que desempeña un papel esencial en todas nuestras democracias, es un factor clave a la hora de garantizar la adecuada protección de dichos valores y, por consiguiente, todos los Estados miembros y la UE deben respetarlo plenamente.

Igualmente se destaca la intención de continuar e intensificar la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, mejorando la cooperación y el intercambio de información y desarrollando más aún nuestros instrumentos comunes.

3. HACIA UNA POLÍTICA PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. PRECEDENTES DE MAASTRICH A ÁMSTERDAM

Bajo la vigencia del Tratado de Maastrich (1993-1999), la aproximación o armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros se apuntó como uno de los medios de lucha eficaz contra la delincuencia organizada, motivo por el cual en el seno de la Unión Europea se aprobaron diversos instrumentos en materias tales como la

²³ Las tres prioridades políticas restantes son: desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; promover los intereses y valores europeos en la escena mundial. Bruselas, 20 de junio de 2019 (OR. en) EUCO 9/19. Reunión del Consejo Europeo (20 de junio de 2019) – Conclusiones, Anexo, pp. 6 y 7. Vid también resumen de prensa en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/>

protección de los intereses financieros de las Comunidades, la corrupción de los funcionarios de las Comunidades y Estados miembros de la Unión Europea, la penalización de la participación en organizaciones criminales, blanqueo de capitales o corrupción en el sector privado.

Sin embargo, los Estados miembros no se conformaron con este proceso de aproximación de sus leyes penales, de ahí que el Tratado de Amsterdam fuese más allá y previera «la adopción progresiva de medidas que establezcan 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 TUE).

Y es que el indudable éxito de las políticas y las libertades comunitarias de circulación de personas, mercancías, servicios, capitales y de establecimiento, y la consiguiente desaparición de controles fronterizos, no fue correspondido con un desarrollo paralelo de los medios disponibles para resolver las situaciones de conflicto que superaran los límites territoriales de un solo Estado. Por otra parte, las organizaciones criminales tenían, y siguen teniendo, con extraordinaria frecuencia una dimensión internacional. La delincuencia organizada aprovechó la desaparición de las fronteras interiores en la Unión Europea, sin que los mecanismos de cooperación entre los sistemas judiciales de los Estados miembros estuviesen suficientemente preparados para hacer frente al fenómeno. Se da la situación paradójica de que la caída de las fronteras para la libre circulación, ha realzado las barreras determinadas por la diferencia de los sistemas jurídicos del Estado para el acceso a la justicia, la persecución y represión del delito.

Tras la aprobación y posterior entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el 1 de mayo de 1999, desaparecieron los problemas que se plantearon como consecuencia de la naturaleza y el carácter no vinculante de las acciones comunes, los instrumentos que se venían utilizando hasta ese momento para llevar a cabo la aproximación. Según se desprendía de lo dispuesto en el art. 34 TUE, las Decisiones marco, concebidas como instrumento para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, obligaban a éstos en cuanto al resultado. Desde el año 2000, año en la que se aprueba la primera, son numerosas las Decisiones Marco adoptadas por el Consejo Europeo, en las que se recomienda la aproximación del Derecho

Penal, precisamente en relación con algunos delitos que en Tampere fueron identificados como prioritarios. En estas Decisiones marco se instaba a los Estados miembros a que adoptasen medidas legislativas contra algunas conductas delictivas íntimamente relacionadas con las actividades de los grupos organizados, en las que figuren definiciones, tipificaciones y sanciones comunes con el fin de reducir las disparidades entre los distintos enfoques jurídicos de los Estados miembros, y contribuir, al mismo tiempo, al desarrollo de una cooperación judicial y policial eficaz contra todos estos delitos. Casi todas estas Decisiones marco poseen una estructura común: definición de las conductas que los Estados miembros deben tipificar como delictivas; castigo de las formas de participación y tentativa; sanciones; responsabilidad de las personas jurídicas; y sanciones contra las personas jurídicas.

3.2. TRATADO DE LISBOA: UN ANTES Y UN DESPUÉS EN LA POLÍTICA PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de Lisboa dotó a la Unión Europea del marco y los instrumentos jurídicos necesarios para afrontar los retos del futuro y responder a las expectativas de los ciudadanos, introduciéndose a través del mismo cambios importantes en la normas europeas sobre libertad, justicia y seguridad²⁴.

Ofreció nuevas oportunidades para desarrollar la legislación penal de la Unión Europea²⁵, al permitir superar las deficiencias que se habían detectado en el marco jurídico ofrecido por el Tratado de Ámsterdam. Por una parte, el Parlamento Europeo adquirió gran protago-

24 Como se afirma en el Plan de acción para el Programa de Estocolmo, página 3, “La entrada en vigor del Tratado de Lisboa permite a la Unión mostrar una mayor ambición a la hora de responder a las preocupaciones y aspiraciones cotidianas de los ciudadanos europeos. En primer lugar, el papel cada vez más importante del Parlamento Europeo como colegislador en la mayoría de las materias y la mayor implicación de los parlamentos nacionales harán que la UE sea más responsable de sus acciones en interés del ciudadano, y reforzarán la legitimidad democrática de la Unión. En segundo lugar, la introducción de la decisión por mayoría cualificada en el Consejo para la mayoría de las materias racionalizará el proceso de toma de decisiones. Por último, el control jurisdiccional mejorará porque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumirá la supervisión jurisdiccional de todos los aspectos relacionados con la seguridad, la justicia y la libertad, mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se convierte en jurídicamente vinculante.

25 Decepcionada por los pocos avances que trajo consigo el Tratado de Lisboa se muestra, ACALE SÁNCHEZ, M.: Derecho Penal y Tratado de Lisboa en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 12, Nº 30, mayo-agosto, 2008, pp. 379 y 380.

nismo mediante el procedimiento de codecisión, superándose la etapa en la que se requería la unanimidad de todos los Estados miembros para aprobar las Decisiones marco, y en la que al Parlamento Europeo tan solo se le hacía una mera consulta. Por otra parte, el reconocimiento al Tribunal de Justicia Europeo del pleno control judicial acaba con la imposibilidad de incoar procedimientos de infracción ante el TJUE para garantizar la correcta aplicación de las políticas europeas por los Estados miembros²⁶.

Igualmente cabe destacar que a través del Tratado de Lisboa se reforzó el papel de los Parlamentos nacionales, pudiendo éstos desarrollar un control en el ámbito del derecho penal más fuerte que en otras políticas de la UE, del respeto del principio de subsidiariedad. En materia de Derecho penal y de procesal penal, los Estados miembros pueden recurrir a lo que se denomina “freno de emergencia” en los supuestos en los que consideren que la legislación propuesta afecta a aspectos fundamentales de su sistema nacional de justicia penal.

Como señalábamos anteriormente, el Tratado de Lisboa brinda nuevas oportunidades para desarrollar la legislación penal de la UE al contemplarse en el art. 83 TUE²⁷ una base jurídica explícita para la adopción de directivas de Derecho Penal, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE que han sido objeto de

26 COM (2011) 573 final, p. 6.

27 Artículo 83 (antiguo artículo 31 TUE):

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 combatirlas 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.

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.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76”.

armonización durante más de una década. Se trata de luchar de una manera más eficaz contra una delincuencia cada vez más internacional y sofisticada puesto que, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años la lucha contra la delincuencia, y en particular la delincuencia organizada, constituye una de las mayores preocupaciones de los ciudadanos de la Unión Europea.

3.3. ÁMBITO PARA EL DERECHO PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Se pueden distinguir varios ámbitos para el Derecho Penal de la UE.

1.- En virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del citado art. 83 TFUE, mediante Directivas se pueden establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y su dimensión transfronteriza, ya sea por su carácter o por las de las repercusiones de dichas infracciones o bien por la necesidad particular de combatir las según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos, conocidos como “eurodelitos” o “delitos europeos” vienen contemplados expresamente en el apartado 1 in fine y 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.

La mayor parte de estos “eurodelitos” se encuentran ya regulados en Directivas, si bien, increíblemente, la delincuencia organizada sigue estando regulada en una Decisión marco anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Aunque ha habido varias peticiones de sustitución de la actual Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, por una nueva Directiva aprobada con base en el art. 83.1 TFUE, aún no ha tenido lugar.

Debe tenerse presente que esta lista de “delitos europeos” puede ser ampliada “teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia”

por el Consejo quien, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, “...podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado” (art. 83.1.3º), es decir que se trate de “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 combatirlas según criterios comunes”. Hasta ahora, no se ha hecho uso de esta facultad si bien el Parlamento Europeo en su Resolución, de 11 de junio 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 provisional)”²⁸, apuntó la necesidad de crear nuevos eurodelitos:

“Expresa su preocupación por el hecho de que un buen número de delitos denominados «emergentes» — como, por ejemplo, el tráfico ilegal de residuos, el tráfico ilegal de obras de arte y de especies protegidas, y la falsificación -, a pesar de que representan actividades sumamente rentables para las organizaciones delictivas, con un impacto socio-ambiental y económico especialmente negativo y de marcado carácter transnacional, no figuran entre los «eurodelitos»; considera que esos delitos deben tenerse debidamente en cuenta en las decisiones a escala europea, por lo que propone que el Consejo, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 83, apartado 1, del TFUE, adopte una decisión que determine otros ámbitos delictivos, incluidos los enunciados anteriormente”.

2.- No obstante, es en el apartado 2 del art. 83 TFUE “donde se garantiza en particular una política de la Unión Europea en materia de Derecho Penal”, al someter al cumplimiento de determinados criterios jurídicos la adopción de medidas de Derecho Penal. Es esta política penal de la Unión Europea la que pretende orientar específicamente la Comisión en su Comunicación “Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la Unión mediante el Derecho penal”, de 20 de septiembre de 2011. Se trata de un ámbito de gran importancia para el derecho penal europeo, ya que las instituciones de la Unión Europea deben tomar decisiones políticas en cuanto a usar el Derecho Penal o bien acudir a otras medidas como las de carácter administrativo como instrumento de ejecución; así como determinar qué políticas de la Unión Europea requieren el

28 DOUE C 65 de 19 de febrero de 2016, p. 39, ap. 135.

recurso al Derecho Penal como instrumento adicional de ejecución²⁹. Pero como advirtió en su día el CESE, la intención de velar por la aplicación de las políticas de la Unión no basta, por sí misma, para legitimar el recurso al derecho penal (apartado 3.3.1.2), cuestionando la demanda de invertención por parte de la UE en materia penal en aplicación de lo dispuesto en el art. 83.2 TFUE frente a la indudable demanda en los ámbitos relacionados con la trata de seres humanos o la explotación sexual de niños (consideraciones generales), “delitos europeos” contemplados en el art. 83.1 TFUE. Y el tiempo le ha dado la razón al CESE, pues con base jurídica en el art. 83.2 TFUE solo se ha aprobado la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal³⁰.

3.- No solo los delitos pueden ser objeto de armonización sino también las sanciones, si bien la legislación de la UE en el ámbito penal se limita a unas normas mínimas, por lo que queda excluida una armonización total (art. 83.1 TFUE). Por ello el instrumento de la UE sólo puede establecer qué tipo de sanciones pueden estar “al menos” a disposición de los jueces de los Estados miembros³¹. Lo que se pretende con la aproximación, aunque como veremos a continuación parece que no se ha conseguido, no es aumentar los respectivos niveles de sanción

29 COM (2011) 573 final, p.8. Este sería el caso, en opinión de la Comisión, del mercado financiero, en el que el Derecho Penal podría utilizarse para como herramienta nacional para garantizar una ejecución efectiva. La crisis financiera ha puesto de manifiesto que las normas del mercado financiero no siempre se respetan y aplican suficientemente, lo cual puede minar gravemente la confianza en el sector financiero. No obstante, el CESE (2012, ap. 3.3.1.3) consideró que la “recuperación económica” no puede considerarse por sí mismo un interés legítimo suficiente para justificar el recurso al Derecho Penal. Como ámbitos armonizados en los que cabía plantearse el papel del Derecho penal como instrumento necesario para garantizar la aplicación efectiva de la normativa, la Comisión mencionó, a modo de ejemplo, los siguientes: el transporte por carretera, por lo que se refiere a las infracciones graves de las normas sociales, técnicas, de seguridad y de mercado de la Unión Europea para los transportes profesionales; la protección de datos, para los casos de incumplimiento grave de las normas de la UE vigentes; protección del medio ambiente; o normas aduaneras, por lo que respecta a la aproximación de los delitos y penas en materia de aduanas (Vid. Comunicación “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, de 20.4.2010, p. 22).

30 DOUE 28.7.2017 L 198/29. En el art. 325.4 del TFUE, se prevé la posibilidad específica de adoptar medidas en el ámbito de la prevención y la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión. En el art. 17. Transposición se prevé que “Los Estados miembros adoptarán y publicarán, antes del 6 de julio de 2019, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán dichas medidas a partir del 6 de julio de 2019”.

31 COM (2011) 573 final, p.11.

aplicables en los distintos Estados miembros, sino reducir el nivel de variación entre los sistemas nacionales así como garantizar que la exigencia de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, conocida como la “tríada mínima”, se cumpla en todos los Estados miembros. En palabras de la Comisión,

La efectividad exige que la sanción sea adecuada para alcanzar el objetivo deseado, es decir, el respeto de las normas; la proporcionalidad exige que la sanción sea proporcionada a la gravedad de la conducta y sus efectos, y no ir más allá de lo necesario para lograr el objetivo; y el efecto disuasorio exige que las sanciones disuadan a los potenciales futuros delincuentes³².

El sistema de armonización de las penas previsto en la UE consistente en establecer un “mínimo de la pena máxima” (por ejemplo, con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cuatro años), ha sido cuestionado recientemente en un proyecto desarrollado a nivel europeo por una serie de profesores de derecho penal procedentes de varios países miembros de la Unión Europea, integrados en la European Criminal Policy Initiative (ECPI). Han constatado que el sistema del “mínimo del máximo” de la pena (pena máxima de al menos dos años de prisión) o del “rango de pena” (pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años³³), no ha conseguido el propósito de armonización de las penas que se buscaba con este sistema, sino que, por el contrario, este sistema ha llevado a un incremento de la punibilidad, a la destrucción de la coherencia de los sistemas nacionales y ha afectado a la proporcionalidad de las penas a nivel nacional³⁴.

Para paliar estos indeseables efectos, han propuesto un sistema alternativo que, por una parte, permitiría garantizar la proporcionalidad y la coherencia de los sistemas de penas nacionales; por otra, el

32 COM (2011) 573 final, p. 13.

33 Así, por lo que respecta a la delincuencia organizada, en el artículo 3 de la Decisión marco de 2008 se prevén las sanciones a imponer a las personas físicas, obligando a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que se castigue la conducta de participación en las actividades ilícitas de la organización delictiva con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años.

34 SATGER, H. “The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union”, *Eucrim* 2/20019, pp. 115 y ss. Así, mientras que en Finlandia la Constitución limita la duración de la pena de prisión a 12 años, en Francia o Italia puede llegar hasta los 30 años y en España incluso puede llegar a los 40 años y se prevé desde 2015 la pena de prisión permanente revisable para algunos delitos de asesinato, entre ellos, los cometidos por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (vid. art. 140.1. 3ª CP).

interés de la Unión Europea en armonizar las sanciones penales podría satisfacerse al máximo para permitir una cooperación judicial eficiente de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo³⁵.

Este sistema denominado “modelo de las categorías” o “*category model*”, utilizaría los niveles de gravedad de las sanciones de los sistemas penales nacionales como puente de unión entre los intereses de la UE y los Estados Miembros. En tanto que el legislador europeo podría desarrollar un sistema de sanciones coherente a nivel europeo mediante un sistema escalonado según el grado de severidad –la categoría- de los delitos que se están armonizando; a los Estados les correspondería especificar la pena concreta mediante la asignación a las categorías utilizadas por la UE de sanciones de su propio sistema nacional. De esta manera, la UE podría determinar la gravedad de los delitos armonizados mediante su clasificación en categorías, en tanto que los Estados miembros “rellenarían” esas categorías con las sanciones familiares de sus sistemas nacionales y así garantizarían la coherencia de sus propios sistemas³⁶.

4. DECOMISO DE LOS PRODUCTOS: EFICACIA *VERSUS* GARANTÍAS

La Directiva 2014/42/UE, con base jurídica en lo dispuesto en el apartado 1 del art. 83 TFUE, está dedicada con carácter exclusivo al decomiso y el embargo, prueba de la importancia que han adquirido el embargo y el decomiso como instrumentos claves en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia para la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia a ésta asociadas, como el terrorismo y el blanqueo de capitales.

La eficacia de esta sanción fue reconocida de forma expresa en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, en los siguientes términos:

Entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran el establecimiento de consecuen-

35 SATGER, H., “The Harmonisation of Criminal...”, *Eucrim* 2/20019, p. 116.

36 SATGER, H., “The Harmonisation of Criminal...”, *Eucrim* 2/20019, p. 116.

cias jurídicas graves por la comisión de tales delitos, así como la detección eficaz del embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito (considerando 3).

En términos muy parecidos, y recordando el compromiso adquirido en el Programa de Estocolmo para garantizar una mayor eficacia del embargo y decomiso así como de la reutilización de los activos, se han vuelto a pronunciar recientemente el Parlamento europeo y el Consejo, en el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo y del consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso³⁷:

El embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito se encuentran entre los medios más eficaces de lucha contra la delincuencia. La Unión se ha comprometido a garantizar una mayor eficacia en la identificación, decomiso y reutilización de los activos de origen delictivo, de conformidad con el «Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» (considerando 3).

Cabe preguntarse si esa eficacia se ha conseguido a costa de algunas garantías derivadas de los derechos fundamentales o del principio de proporcionalidad, o si, por el contrario, se han respetado tal y como se afirma en el considerando 38 Directiva 2014/42/UE,

La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el CEDH»), según los interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva debe aplicarse de conformidad con esos derechos y principios. La presente Directiva se entiende sin perjuicio del Derecho nacional en relación

37 DOUE L303/1, 28.11.2018. A partir del 19 de diciembre de 2020 este Reglamento se aplicará a las resoluciones de embargo y a las resoluciones de decomiso relativas a los delitos contemplados en la Directiva 2014/42/UE, así como a las resoluciones de embargo y a las resoluciones de decomiso dictadas en relación con otros delitos. Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento no deben limitarse, por tanto, a los delitos especialmente graves con dimensión transfronteriza, ya que el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no exige dicha limitación para las medidas que establecen normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. El presente Reglamento debe aplicarse a todas las resoluciones de embargo y a todas las resoluciones de decomiso dictadas en el marco de un procedimiento en materia penal. pueden también incluir investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley.

con la asistencia jurídica gratuita y no crea obligaciones en relación con los sistemas de asistencia jurídica gratuita de los Estados miembros, que deben aplicarse de conformidad con la Carta y con el CEDH.

En términos muy parecidos se declara el respeto de los derechos fundamentales y de los principios, en el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo y del consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso:

El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). Esto incluye el principio de prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión, orientación sexual, nacionalidad, lengua, opiniones políticas o discapacidad. El presente Reglamento debe aplicarse de conformidad con tales derechos y principios.

En ambas normas se reconoce el respeto a los derechos fundamentales y la observación de los principios en términos muy amplios y vagos si los comparamos con los utilizados en el considerando 18 del texto de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, documento en el que sí se enumeraban los derechos y principios afectados por las medidas de decomiso y embargo³⁸:

La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y especialmente el derecho a la propiedad, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción y los principios de legalidad y proporcionalidad de las infracciones penales. La presente Directiva debe aplicarse de conformidad con esos derechos y principios.

38 Vid. sobre ello AGUADO CORREA, T.: “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *Indret* 1/2014, pp. 9 y ss.

Cierto es que el artículo 8, dedicado a las “Garantías”, es el más extenso de la Directiva -diez apartados-³⁹, pero tampoco es menos cierto que la inclusión de estas garantías no ha estado exenta de polémica desde la presentación de la propuesta de Directiva por parte de la Comisión⁴⁰, habiendo llegado a emitir el Comité de las Regiones “reservas menores sobre la concesión de garantías demasiado detalladas en las distintas fases del procedimiento de embargo preventivo... porque presentan un riesgo potencial de paralizar el nuevo fundamento jurídico sobre el que se asienta el embargo”⁴¹.

Por lo que concierne a la observación del principio de proporcionalidad, no podemos más que denunciar el insuficiente e insatisfactorio reconocimiento del mismo en el considerando 18 de la Directiva en los siguientes términos:

En la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros pueden establecer, en circunstancias excepcionales, que no se proceda al decomiso en la medida en que, de conformidad con el Derecho nacional, la persona afectada pueda quedar en una situación de penuria injustificada, por lo que debe considerarse la situación específica en cada caso. Los Estados miembros deben hacer una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, y solo permitir que no se proceda al decomiso en los casos en que dicha medida ponga a la persona de que se trate en una situación en la que le resulte muy difícil la supervivencia.

Como ya nos preguntamos en su día, “¿A dónde hemos llegado con la excusa de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada?”. A excepcionar el decomiso sólo en los casos de “indigencia”⁴², vulnerando los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

39 Sobre las garantías contempladas en el art. 8 de la Directiva vid. AGUADO CORREA, T.: “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino”, RGDE 35 (2015), pp. 27 yss.

40 Sobre la Propuesta de Directiva, y en especial, sobre las garantías vid. AGUADO CORREA, T.: “Comiso: crónica de...”, *Indret* 1/2014, pp. 8 y ss.

41 Dictamen del Comité de las Regiones-Paquete sobre la protección de la economía lícita (en adelante Dictamen CDR), DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 138, apartado 39.

42 AGUADO CORREA, T.: “La Directiva 2014/42/UE...”, RGDE 35 (2015), p. 32.

5. CONCLUSIONES

Queda aún mucho camino por recorrer para lograr el equilibrio adecuado entre la eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia y el respeto los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

No se trata de conculcar garantías con el fin de lograr una mayor eficacia sino de encontrar el equilibrio adecuado entre eficacia y garantías, equilibrio al que no se puede renunciar a pesar de lo difícil que puede resultar lograrlo.

Cabe cuestionarse además si esa vulneración de garantías está justificada cuando los datos cuantitativos no avalan la eficacia del decomiso a pesar de que en los distintos documentos aprobados a nivel europeo y nacional no se hace más que aludir a su “eficacia” para justificar las normas que se han aprobado en los últimos años en el marco del espacio europeo de libertad seguridad y justicia y que se han transpuesto a los Estados miembros. Y es que difícilmente se puede alcanzar la pretendida eficacia únicamente a través de las normas de derecho penal sin potenciar la investigación financiera y patrimonial y sin los mecanismos que faciliten la recuperación de activos en otros países. Confiemos en que a partir de ahora, tras la aprobación del Reglamento (UE) 2018/1805 sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, así como de la reciente Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo⁴³, la eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada y otras formas graves de delincuencia sea mayor, y que la vulneración de garantías y principios fundamentales del Estado de Derecho cese y se “reequibre la balanza entre la lucha contra la criminalidad y las garantías jurídicas” a favor de estas últimas⁴⁴.

43 DOUE L 186/122 de 11.7.2019.

44 VERVAELE, Las sanciones de confiscación ¿Un intruso en el Derecho Penal?, *Revista Penal* nº 2, 1998, p. 80.

TERESA AGUADO-CORREA

DOCTORA EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA (ESPAÑA). PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA (ESPAÑA). PERFIL EN ORCID: 0000-0001-5838-3911.

PROGRAMA DE ESTOCOLMO: ENTRE A EFICÁCIA DA RESPOSTA CRIMINAL E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO EUROPEU DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA

RESUMO

Neste trabalho, lidamos com o difícil equilíbrio entre a eficácia da resposta criminal e a garantia de direitos fundamentais em uma área criminal de importância especial, como o crime organizado, concentrando nossa atenção no confisco como Programa de Estocolmo. Ele ressaltou a importância de maior eficiência na identificação, confisco e reutilização de bens de origem criminosos. Antes de abordar essas questões, analisamos as diferentes etapas da construção do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, a fim de contextualizar, do ponto de vista jurídico e político, as medidas tomadas nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais, Programa de Estocolmo, Crime organizado, Efetividade da resposta criminal, Política criminal

STOCKHOLM PROGRAM: BETWEEN THE EFFECTIVENESS OF THE CRIMINAL RESPONSE AND THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EUROPEAN AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

ABSTRACT

In this work we deal with the difficult balance between the effectiveness of the criminal response and the guarantee of fundamental rights, in a criminal area of special importance such as organized crime, focusing our attention on confiscation, as the

Stockholm Programme emphasized the importance of a more effective identification, confiscation and re-use of criminal assets. Before getting into these issues, we review the different stages of construction of the European area of freedom, security and justice in order to contextualize from a legal and political point of view the measures taken in recent years.

KEYWORDS: Fundamental rights, Stockholm Program, Organized crime, Effectiveness of the criminal response, Criminal policy

REFERÊNCIAS

- ACALE SÁNCHEZ, M: Derecho Penal y Tratado de Lisboa en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 12, N° 30, mayo-agosto, 2008, pp. 349-380.
- AGUADO CORREA, T. El principio de proporcionalidad en Derecho penal, Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- AGUADO CORREA, T. El comiso, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- AGUADO CORREA, T. “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 15-05, pp. 1-27.
- AGUADO CORREA, T. Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En Indret 1/2014, pp. 1-55.
- AGUADO CORREA, T. La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. En Revista General de Derecho Europeo 35, 2015, pp.1-33.
- ALLI TURRILLAS, I. Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- CARRILLO DEL TESO, A., “Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L./LÓPEZ JARA, M., El desarrollo

y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo, Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: un puzle con muchas piezas, en El principio de proporcionalidad penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

SATGER, H. The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union, en *Eucrim* 2/20019.

VERVAELE, J. Las sanciones de confiscación ¿Un intruso en el Derecho Penal?, *Revista Penal* n° 2, 1998, pp. 67-80.



