

INSTITUTO PACÍFICO

---

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia

Víctor Cubas Villanueva / Miguel A. Girao Isidro  
(Coordinadores)





INSTITUTO PACÍFICO

• Vincenzo Militello • Paola Maggio • Ignacio M. Soba Bracesco • Gustavo Fondevila • Alberto Mejía • Daniele Vicoli • Marianna Biral • Carlos García Valdés • Andrea Planchadell Gargallo • Rocío Zafra Espinosa de los Monteros • Lidón Montón García • Caviedes Estanislao Escalante Barreto • Miguel Rafael Pérez Arroyo • Verónica López Yagües • Ana Beltrán Montoliu • Julián López-Muñoz • Luis Fernando Rey Huidobro • Concepción Carmona Salgado • José Francisco Etxeberria Guridi • Emilio Frías Martínez • Edmundo Rodríguez Achútegui • Ignacio José Subijana Zunzunegui • Ignacio Villaverde Menéndez • Fany Soledad Quispe Farfán

# LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

AGENTE ENCUBIERTO, ENTREGA  
VIGILADA Y VIDEOVIGILANCIA

Víctor Cubas Villanueva / Miguel A. Girao Isidro  
(Coordinadores)





## **LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO** **Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia**

### **Coordinadores**

Víctor Cubas Villanueva  
Miguel A. Girao Isidro

Primera Edición - Enero 2016

### **Copyright 2016**

© Instituto Pacífico S.A.C.

### **Diseño, diagramación y montaje:**

Diego Camasca Borja  
Georgina Condori Choque  
Ricardo De la Peña Malpartida  
José Carrascal Quispe  
Luis Ruiz Martínez  
Anyela Aranda Rojas

### **Edición a cargo de:**

Instituto Pacífico S.A.C. - 2016  
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña  
Central: 332-5766  
E-mail: [prerensa@aempresarial.com](mailto:prerensa@aempresarial.com)

Tiraje: 7,100 ejemplares

**Registro de Proyecto Editorial** : 21501051501469

**ISBN** : 978-612-4265-68-6

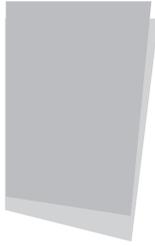
**Hecho el Depósito Legal en la**  
**Biblioteca Nacional del Perú N°** : 2015-19149

### **Impresión a cargo de:**

Pacífico Editores S.A.C.  
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña  
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.



# Índice

---

<i>Presentación</i> .....	15
---------------------------	----

## **PRIMERA PARTE PROCESO PENAL Y CRIMINALIDAD**

**Vincenzo Militello**

---

### **Los nuevos modelos de incriminación de las organizaciones criminales al interior de la Unión Europea**

1. La lucha contra la criminalidad organizada en el marco de la armonización penal como principio del derecho europeo .....	21
2. La variedad de modelos de incriminación .....	25
3. Las intervenciones europeas de armonización: alternativas de enfoques, bases normativas y soluciones adoptadas.....	36
4. Los efectos de las medidas de armonización: sin embargo (algo) se mueve	47

**Paola Maggio**

---

### **La lucha contra la criminalidad organizada y respeto de los Derechos Humanos en Europa**

1. Premisa .....	59
2. Las estrategias de lucha y de armonización .....	61
3. Una visión eurounitaria del crimen organizado .....	65
4. Los instrumentos del combate a los patrimonios ilícitos .....	68
5. Las intervenciones en el frente de investigación: el reforzamiento de la fiscalía europea y la orden de investigación europea .....	72
6. La eficacia de <i>Eurojust</i> en algunos resultados de aplicación.....	77
7. Derechos Humanos y respuesta penal .....	81

**Ignacio M. Soba Bracesco**

---

**Las particularidades del proceso penal en materia de delincuencia organizada**

1.	Consideraciones preliminares.....	87
2.	Los sujetos del proceso .....	88
3.	La prueba penal y la delincuencia organizada. Aspectos generales.....	95
4.	Las técnicas especiales reguladas en nuestro ordenamiento.....	104
5.	Otras particularidades.....	107
6.	Reflexiones finales: la técnica legislativa procesal .....	110
7.	Anexo .....	112

**Gustavo Fondevila y Alberto Mejía**

---

**Debilidades de la extinción de dominio en México**

Literatura .....	117	
1.	Instrumentos jurídicos del sistema penal mexicano contra el poder económico de la delincuencia organizada .....	118
1.1.	El aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso .....	118
1.2.	El decomiso.....	119
2.	El proceso en el juicio de extinción de dominio .....	120
2.1.	Etapas del proceso del juicio de extinción de acción de dominio .....	121
3.	Cifras de la extinción de dominio .....	122
4.	Posibles fallas del juicio de extinción de dominio .....	123
5.	Conclusiones .....	126

**SEGUNDA PARTE  
EL AGENTE ENCUBIERTO**

**Daniele Vicoli y Marianna Biral**

---

**La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano**

1.	El marco normativo.....	131
2.	Una distinción preliminar: no punibilidad del agente encubierto y la utilizabilidad de los elementos de prueba .....	133
3.	La línea límite entre agente encubierto y agente provocador .....	134
4.	Presupuestos de aplicación .....	136
5.	La tipología de las operaciones permitidas .....	138
6.	El inicio y el desarrollo de las operaciones: las relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público .....	139

7.	La inobservancia de los presupuestos de aplicación y de las modalidades operativas: reflexiones sobre la utilizabilidad de la prueba .....	142
8.	La deposición del agente encubierto: principales problemas interpretativos conexos a la calificación procesal del declarante .....	145
9.	(Sigue) dudas sobre la operatividad de las prohibiciones de testimonio indirecto referidos en los artículos 62 y 195 párrafo 4 CPP .....	147
10.	Tutela de la identidad del agente encubierto y derechos de defensa: un difícil equilibrio .....	152

## **Carlos García Valdés**

### **El agente provocador en el tráfico de drogas**

1.	Consideraciones previas.....	159
2.	Perspectiva jurisprudencial y problemas que se suscitan .....	160
2.1	La perspectiva jurisprudencial .....	160
2.2	Clasificación de los problemas que suscitan las resoluciones expuestas.....	165
3.	Soluciones que ofrece la doctrina y la jurisprudencia penal española .....	166
4.	Derecho comparado .....	170
5.	La teoría del delito provocado en el Código Penal de 1995.....	172
6.	Selección de jurisprudencia .....	173
6.1.	Sentencia 11/1983, de 21 de febrero.....	173
6.2.	Sentencia de 15 de noviembre de 1984 .....	174
6.3.	Sentencia de 18 de junio de 1985 .....	176
6.4.	Sentencia de 25 de septiembre de 1985 .....	176
6.5.	Sentencia de 9 de octubre de 1987.....	177
6.6.	Sentencia de 15 de noviembre de 1989 .....	177
6.7.	Sentencia de 27 de febrero de 1990 .....	178
6.8.	Sentencia de 25 de junio de 1990 .....	178
6.9.	Sentencia de 29 de noviembre de 1990 .....	180
6.10.	Sentencia de 10 de diciembre de 1990 .....	180
6.11.	Sentencia de 20 de febrero de 1991 .....	181
6.12.	Sentencia de 21 de septiembre de 1991 .....	182
6.13.	Sentencia de 15 de febrero de 1992 .....	182
6.14.	Sentencia de 21 de marzo de 1992.....	183
6.15.	Sentencia de 10 de julio de 1992 .....	184
6.16.	Sentencia de 17 de noviembre de 1992 .....	185
6.17.	Sentencia de 22 de diciembre de 1992 .....	185
6.18.	Sentencia de 14 de junio de 1993 .....	186
6.19.	Sentencia de 1 de julio de 1994 .....	187
6.20.	Sentencia de 11 de octubre de 1995.....	187

## Andrea Planchadell Gargallo

### El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada

1.	Introducción .....	189
2.	La técnica de la infiltración en general.....	191
3.	Breve distinción con figuras afines .....	193
3.1.	El confidente .....	194
3.2.	Colaboradores con la justicia (el “arrepentido”).....	195
4.	El agente encubierto .....	197
4.1.	Características definitorias .....	201
a.	El engaño .....	201
b.	La excepcionalidad o subsidiariedad.....	202
4.2.	Ámbito objetivo.....	204
4.3.	Ámbito subjetivo.....	208
4.4.	Desarrollo de la medida .....	209
4.5.	El agente encubierto en el juicio oral.....	214
5.	Los límites de actuación del agente encubierto: la provocación del delito y el agente provocador .....	216
6.	Breve referencia al agente encubierto en otros ordenamientos.....	221
6.1.	Alemania .....	221
6.2.	Italia .....	222
6.3.	Colombia .....	223

## Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

### Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada

1.	Introducción .....	225
2.	¿Por qué son extraordinarios estos medios? .....	226
3.	¿Qué es una organización criminal?.....	228
3.1.	Características básicas de la organización criminal .....	229
a.	Asociación de personas.....	232
b.	Disposición de medios materiales y personales: sofisticación ....	233
c.	Empleo de violencia.....	235
d.	Influencia negativa sobre el sistema.....	235
e.	Estructura de la organización .....	237
f.	Características de los miembros de la organización.....	238
g.	Código de conducta.....	240
h.	Apariencia de legalidad .....	240
i.	Gravedad de la conducta delictiva.....	241
j.	Internacionalización y transnacionalización .....	242
4.	¿Cuál puede ser la actuación del agente encubierto? .....	242
4.1.	Actuación bajo identidad supuesta.....	243

4.2. Transportar los objetos, efectos e instrumentos y diferir la incautación del delito .....	245
4.3. Actuación de figuras afines .....	246
a. El arrepentido .....	246
a.1. Concepto y características del arrepentido .....	248
a.2. Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto .....	256
b. El confidente .....	258
b.1. Concepto y características del confidente.....	259
b.2. Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto .....	263
5. ¿Protección del agente encubierto? .....	265
6. Conclusión.....	266

### **Lidón Montón García**

#### **Nuevas técnicas de investigación: confidente, agente provocador y agente encubierto**

1. Introducción .....	267
2. Confidente, delator o “chivato” .....	270
3. Agente provocador .....	271
4. Agente encubierto.....	274
5. Confusión jurisprudencial: agente provocador versus agente encubierto .....	278
6. Conclusiones .....	280

### **Caviedes Estanislao Escalante Barreto**

#### **El agente encubierto como actividad de indagación e investigación criminal: cuestiones constitucionales en el proceso penal colombiano**

1. Introducción .....	281
2. El agente encubierto en América latina .....	283
3. El concepto: agente encubierto y su dispositivo de vigilancia y control .....	285
3.1 La infiltración u operación encubierta .....	287
3.2 Agente encubierto .....	289
3.3 Agente provocador .....	291
4. La ley 1474 de 2011. Negación de los postulados normativos del CPP.....	295
5. La injerencia en las prerrogativas iusfundamentales: negación de principios y derechos constitucionales .....	296
5.1. Derecho a la intimidad.....	298
5.2. Derecho a la no autoincriminación .....	302
6. El particular como agente encubierto: de nuevo la confusión .....	306
7. El policía judicial y el particular como agente encubierto: de sus derechos, responsabilidad y consecuencias .....	309

8.	La tesis de control fuerte de constitucionalidad del agente encubierto en el estado constitucional de derecho en sentido material .....	310
8.1.	Los requisitos constitucionales y legales de la actuación del agente encubierto: una propuesta de integración material .....	311

### **Miguel Rafael Pérez Arroyo**

#### **Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de investigación contra el crimen organizado**

1.	Introducción .....	315
2.	Aspectos generales de la regulación del agente encubierto .....	317
2.1.	Evolución legislativa del agente encubierto.....	317
2.2.	El agente encubierto como técnica especial de investigación contra el crimen organizado: <i>necesarias diferencias conceptuales</i> .....	321
2.3.	La utilización de las fuentes probatorias obtenidas en las operaciones encubiertas.....	326
3.	La actuación eficaz y eficiente del agente encubierto: propuesta de elaboración de un protocolo de actuación .....	331

### **TERCERA PARTE LA ENTREGA VIGILADA**

#### **Verónica López Yagües**

#### **La circulación o entrega vigilada de bienes delictivos en el Código Procesal Penal peruano de 2004, como instrumento al servicio de la lucha frente al crimen organizado**

1.	Ideas previas .....	335
2.	La diligencia de investigación consistente en la circulación o entrega controlada de bienes delictivos. Su carácter extraordinario.....	339
2.1.	Concepto y fundamento. Finalidad de la medida.....	339
2.2.	Ámbito de aplicación y posible objeto de la operación de circulación o entrega bajo control.....	340
2.3.	Finalidad de la medida .....	342
3.	Presupuestos para el acuerdo y práctica de la diligencia .....	343
3.1.	Autorización de la operación de circulación o entrega .....	344
a.	Órgano u órganos legitimados.....	344
b.	La exigencia de resolución motivada para el acuerdo .....	348
3.2.	Las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad <i>stricto sensu</i> de toda operación de circulación o entrega vigilada de bienes delictivos .....	349
4.	Sobre la eficacia o eventual ineficacia probatoria de los resultados derivados de su práctica.....	351

## **Ana Beltrán Montoliu**

---

### **Circulación o entrega vigilada de sustancias, materiales u otros bienes ilícitos como método para luchar contra la criminalidad organizada**

1.	Introducción .....	355
2.	Concepto y marco legal .....	356
3.	Ámbito de aplicación .....	360
4.	Autoridades competentes .....	362
5.	Requisitos para su adopción .....	363
6.	Práctica.....	365
7.	Supuestos.....	368
	7.1. Entrega vigilada sin apertura del paquete postal.....	368
	7.2. Con apertura del paquete y sustitución de su contenido .....	369
8.	Entrega vigilada internacional .....	371
9.	A modo de conclusión.....	375

## **Julián López-Muñoz**

---

### **Circulación y entrega vigilada**

1.	La entrega vigilada .....	377
2.	Pertinencia de la entrega vigilada.....	379
3.	Autorización de la circulación o la entrega.....	380
4.	Aspectos prácticos.....	382

## **Luis Fernando Rey Huidobro**

---

### **La entrega vigilada: problemas jurídicos que plantea**

1.	Introducción .....	385
2.	Precedentes internacionales y comentario general .....	385
3.	Concepto y naturaleza .....	388
4.	Requisitos legales.....	391
	4.1. Autorización individualizada caso por caso, llevada a cabo por autoridad judicial o policial competente .....	391
	4.2. Existencia de necesidad en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.....	394
	4.3. Con la finalidad de identificar o descubrir a los responsables de los delitos mencionados en el artículo 263 bis, o de auxiliar a autoridades extranjeras con ese mismo fin. Bienes susceptibles de sometimiento a circulación y entrega vigilada .....	395
	4.4. Interceptación y apertura de envíos postales sospechosos: artículo 263 bis- 4 de la I.E. Criminal .....	398

5.	Algunos problemas jurídicos concretos que plantea la aplicación de la figura de la entrega vigilada y su solución jurisprudencial .....	399
5.1.	Apertura de paquetes postales: cambio de criterio jurisprudencial y nueva normativa introducida por la I.O. 13/2015, De 5 de octubre.....	399
5.2.	Envío de paquete postal: admisión de delito intentado .....	402
5.3.	Envío de paquete postal: cabe desistimiento .....	405
5.4.	El mero hecho de figurar como destinatario del paquete no es prueba suficiente para la condena .....	407

### **Concepción Carmona Salgado**

#### **Técnicas españolas de investigación policial sobre la circulación y entrega vigilada de drogas en el ámbito de la criminalidad organizada**

1.	Nuevas técnicas de investigación policial. La entrega vigilada y el agente encubierto: cuestiones comunes a ambas figuras .....	411
2.	La circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas ...	415
2.1.	Regulación jurídica y finalidad perseguida .....	415
2.2.	Sujetos competentes para acordar la medida .....	416
2.3.	Objeto sobre el que recae la medida.....	419
2.4.	Contenido de la misma: concepto de circulación y entrega vigilada....	422
2.5.	Procedimiento a seguir para su adopción .....	426
2.6.	Conclusiones críticas .....	427
3.	El agente encubierto.....	428
3.1.	Consideraciones generales.....	428
3.2.	Concepto de agente encubierto y regulación jurídica.....	430
3.3.	Autoridades competentes para adoptar la medida y contenido de la misma.....	432
3.4.	Control judicial.....	434
3.5.	Efectos de la actuación del agente encubierto sobre determinados derechos fundamentales. ....	435
3.6.	Responsabilidad penal del agente encubierto: conductas justificadas y conductas punibles.....	437
3.7.	Condición de procedibilidad .....	440
3.8.	Conclusión final.....	441

### **CUARTA PARTE LA VIDEOVIGILANCIA**

**José Francisco Etxeberria Guridi**

#### **Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español**

1.	Introducción .....	445
----	--------------------	-----

2.	Eficacia procesal de las videograbaciones .....	447
2.1.	La legitimidad en la obtención de las grabaciones videográficas .....	448
a.	Principio de legalidad o de previsión legal.....	448
b.	El fundamento normativo en ausencia de previsión expresa .....	455
c.	Obtención de grabaciones respetuosa con los derechos fundamentales .....	457
c.1.	Derechos fundamentales afectados .....	457
c.2.	Principio de proporcionalidad .....	462
c.3.	Grabación de imágenes en espacios no públicos .....	466
c.4.	Grabación de imágenes en espacios públicos. ....	472
c.5.	Grabación de imágenes y sonidos .....	475
2.2.	Correcta incorporación de las grabaciones videográficas al proceso..	477

### **Emilio Frías Martínez**

#### **Videovigilancia en el proceso penal español**

1.	Cámaras cuerpos de seguridad .....	484
2.	Cámaras de seguridad privadas .....	486
3.	Incorporación de las imágenes al procedimiento .....	488
4.	La videovigilancia como prueba.....	489
5.	Normativa de protección de datos .....	490
6.	Control por la agencia española de protección de datos .....	493

### **Edmundo Rodríguez Achútegui**

#### **Videocámaras y Proceso Penal**

1.	Los valores en conflicto .....	498
2.	La admisibilidad del video como prueba .....	501
3.	Presentación al juzgado.....	502
4.	Garantías en la instrucción .....	504
5.	Juicio oral .....	505

### **Ignacio José Subijana Zunzunegui**

#### **La videovigilancia como fuente de prueba en el proceso penal**

1.	Introducción .....	509
2.	La prueba en el proceso penal: líneas generales .....	510
2.1.	Los hechos.....	510
2.2.	La función de la prueba.....	511
2.3.	La validez de la prueba .....	515
2.4.	La valoración de la prueba .....	519
3.	En especial, la prueba video-gráfica .....	522

3.1. Planteamiento general .....	522
3.2. Las injerencias lícitas .....	524
3.3. Su valoración como prueba.....	527
4. A modo de conclusión.....	529

### **Ignacio Villaverde Menéndez**

---

#### **Intimidad, protección de datos y videovigilancia**

1. Consideraciones generales .....	531
2. Algunas consideraciones imprescindibles sobre el contenido constitucional de los derechos de la privacidad .....	532
2.1. El derecho al intimidad y a la propia imagen en la ce y jurisprudencia españolas.....	535
2.2. El derecho fundamental a la protección de datos personales .....	540
3. Las líneas maestras de la protección de datos. Calidad de los datos y principios generales de su protección.....	546
4. Los derechos de los interesados .....	551
4.1. Tipología de ficheros policiales .....	555
4.2. El caso de la STC 37/1998 y la Stedh caso Peck c. Reino Unido de 28 de enero de 2003 .....	558
5. Algunas consideraciones finales.....	559

### **Fany Soledad Quispe Farfán**

---

#### **Uso de la videovigilancia en la investigación del delito**

1. Uso de cámaras en las vías públicas.....	562
2. La videovigilancia pública como sistema de prevención .....	563
3. La videovigilancia como herramienta de investigación del delito .....	565
3.1. La percepción de la flagrancia a través de la videovigilancia .....	566
4. Clases de cámaras de videovigilancia .....	567
4.1. Caso de cámara de uso particular para captar espacios privados y públicos aledaños.....	567
4.2. Caso de cámaras instaladas en espacios públicos .....	568
4.3. Cámaras instaladas por la autoridad en el marco de una medida de videovigilancia conforme al código procesal penal del 2004 .....	571
a. Características en nuestro ordenamiento: .....	572
b. Necesidad de autorización judicial.....	572
5. Requisitos para valorar la evidencia en video .....	574

# LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA\*

**Paola Maggio**

Investigadora postdoctoral de Derecho Procesal Penal  
Universidad de Palermo (Italia)

**SUMARIO:** 1. Premisa. 2. Las estrategias de lucha y de armonización. 3. Una visión eurounitaria del crimen organizado. 4. Los instrumentos del combate a los patrimonios ilícitos. 5. Las intervenciones en el frente de investigación: el reforzamiento de la fiscalía europea y la orden de investigación europea. 6. La eficacia de *Eurojust* en algunos resultados de aplicación. 7. Derechos Humanos y respuesta penal.

## 1. PREMISA

En Italia, las relaciones entre criminalidad organizada y sistema procesal penal han sido normalmente abordadas desde una perspectiva nacional, particularmente amparadas por el marco normativo interno y las características excepcionales o derogatorias de los instrumentos en su lugar<sup>1</sup>.

Hoy, el aumento exponencial del fenómeno exige una dimensión más amplia de análisis, pues está ligado al desarrollo transnacional y a la capacidad de condicionamiento político y financiero de las estructuras criminales que, insertándose con posiciones de poder en el normal funcionamiento de la sociedad, son consideradas una amenaza para los derechos, para la democracia y para la paz<sup>2</sup>. A razón de esto, se ha establecido la necesidad de estrechar las profundizaciones sobre los aspectos “normativos” y sobre los resultados de aplicación nacionales el examen de los impulsos supranacionales, y en particular europeos, en una óptica de sistema penal integrado<sup>3</sup>. En

\* Traducción a cargo de Miguel A. Girao Isidro.

1 AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di GREVI, V., Bari, 1993; AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999.

2 Cfr. FERRAJOLI, L., *Criminalità organizzata e democrazia*, in *Studi quest. crim.*, 2010, pp. 15 y ss.

3 Cfr. RUGGERI, A., “Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un’Europa unita”, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Torino, 2010, pp. 185 y ss.

este contexto, está ante todo el surgimiento de la fuerte exigencia de combatir el delito criminal en las formas de la prevención y de control, acompañada por una significativa voluntad de armonizar y hacer homogéneas las legislaciones nacionales.

Aparecen significativas, también, las instancias de defensa social a gran escala hasta las amenazas representadas por graves formas de criminalidad organizada. Igualmente importantes son las prohibiciones operativas de algunos institutos relacionados con las investigaciones transnacionales y los informes jurisdiccionales entre autoridades de países diversos, en el sentido de una lenta superación de las dificultades operativas y de una siempre mayor exigencia de consolidación de las instituciones existentes. Se refuerza, además, la exigencia de control centralizado de las informaciones con la creación de una *data base* europea en materia de crimen organizado, modelada sobre el esquema que ya se tiene uso en Italia<sup>4</sup>.

Si se examinan, en particular, las influencias de la normativa y de la jurisprudencia europea sobre los modelos nacionales, se encontrará una especie de influjo “biunívoco”. Por una lado, en efecto, la armonización del derecho interno con el de los otros Estados miembros condiciona los sistemas nacionales y los orienta a construir los intereses de la Unión Europea; por el otro, el valioso *background* de algunas experiencias nacionales (me refiero, sobre todo, a la italiana) termina por producir modelos exportables en toda la vertiente europea: fuertes notas de homogeneización se manifiestan, por ejemplo, en el sector de las medidas de prevención, o en la identificación de nuevos instrumentos de investigación

Al mismo tiempo, parece siempre imponerse más un fortalecido interés hacia el respeto —también sobre este aspecto— por los derechos procesales fundamentales, de acuerdo con una visión antropocéntrica del sistema penal, que no puede desatender el derecho a la intimidad de los ciudadanos<sup>5</sup>. Por estas razones, en el creciente europeísmo judicial, abierto igualmente a los estímulos de la *jurisprudencia fuente*<sup>6</sup>, se perfila la necesidad de verificar la

4 ZANOTTI, D., “Moving forward on judicial cooperation in Europe: can the Italian anti-mafia database be taken as an example?”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 8 giugno 2015.

5 Las problemáticas son afrontadas por ZANOTTI, D., “Moving forward on judicial cooperation in Europe: can the Italian anti-mafia database be taken as an example?”, cit., pp. 15 y ss. En argumento, DI PAOLO, G., “La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm”, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Rafaraci, T., Milano, 2011, p. 186.

6 Visión aguda del fenómeno son ofrecidas por DONINI, M., *Europeismo e scienza penale*, Milano, 2011, pp. 49 e ss. y por MILITELLO, V., “L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello”, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2014, pp. 106 y ss.; Instituciones sobre el aspecto procesal se deben a RUGGIERI, F., “Prolegomeni ad un diritto penale e processuale europeo”, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2783. Sobre las dificultades del proceso de armonización y de las resistencias de los Estados en la materia se refiere SPENCER, J.R., “The Green Paper on obtaining evidence from

cabida de las garantías procesales, con respecto a las disposiciones específicamente dictadas para estas fenomenologías criminales y a las respuestas judiciales de sector.

## 2. LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA Y DE ARMONIZACIÓN

Tradicionalmente, la intervención de la Unión Europea en materia de criminalidad organizada ha sido traducida en la emanación de una serie de decisiones marco, inspiradas por la exigencia de armonización de los diferentes sistemas nacionales y de lucha contra la criminalidad en una óptica de cooperación y mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales<sup>7</sup>. Para evitar insidiosas formas de *forum shopping*, debidas a las reglamentaciones nacionales, muy diversas las unas de las otras bajo el perfil de la homogeneidad de los delitos y de las relativas sanciones, las fuentes europeas han utilizado una noción amplísima de criminalidad organizada en la que han sido reconducidas, también, crímenes económicos, delitos de falsedad, corrupción, fraudes fiscales y comunitarios<sup>8</sup>.

El proceso de armonización de las normas incriminadoras nacionales,<sup>9</sup> sobre todo, se ha propuesto el objetivo de hacer homogénea la descripción de los elementos constitutivos de delito, con referencia a la tipología de los ilícitos y a los niveles sancionatorios, manifestando una atención constante hacia los instrumentos dirigidos a realizar el mutuo reconocimiento<sup>10</sup>.

Este objetivo está expresado en el artículo 1 de la Decisión Marco del 24 de octubre de 2008 (2008/841 GAI), relativa a la lucha contra la criminalidad organizada, en la cual está contemplada una noción de organización criminal derivada del texto de la Convención de Palermo del 2000<sup>11</sup>. Considerando las tradiciones normativas en materia de delito asociativo, propias de los países anglosajones, basadas sobre el *common law*, la Decisión Marco ha acogido

---

one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer", in <<http://bit.ly/1J53Tlo>>, 9, 2010, pp. 604 y ss.

7 Cfr. Decretos Legislativos N.ºs 61/2010, fijan disposiciones para conformar el derecho interno de la Decisión marco 2008/909/GAI, en tema de reconocimiento de ejecución de las sentencias penales extranjeras.

8 Se ve, al respecto, el Plano de acción de la Unión Europea contra la criminalidad organizada, aprobado por el Consejo europeo de Amsterdam, el 16-17 de junio de 1997, en GU C 251 del 15.8.1997, p. 1.

9 Legible en: <<http://bit.ly/1P17607>>.

10 La Decisión marco 2008/841 GAI ha sustituido la acción común 98/733/GAI del 21 de diciembre de 1998 sobre la punibilidad de la participación en una organización criminal, orientado a reforzar la lucha contra la criminalidad organizada al interior de la Unión europea.

11 *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 13 de diciembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), incluida a nombre de la Comunidad europea con la Decisión 2004/579/CE del Consejo.

una acepción amplia de conductas punibles, para incluir, también, aquellas estructuras según el modelo de la *conspiracy*<sup>12</sup>.

Las consecuencias procesales de estas elecciones se reflejan sobre la estructura de la imputación de los delitos asociativos transnacionales. También, la capacidad de estas fenomenologías criminales de proyectarse en diversos países implica dificultades muy serias en la identificación de la jurisdicción, que está tradicionalmente anclada al territorio de un Estado miembro, en el cual son cometidos (totalmente o parcialmente) los delitos y se prescinde del lugar en el cual la asociación criminal está establecida o tiene sus bases. Las líneas de Política Criminal, contenidas en la *Council conclusions setting up the Euro priorities for the fight against organised crime based on the OCTA (Organised Crime threat assessment and the related action plan)*, muestran un llamado urgente, dirigidos a los Estados miembros y a los organismos de la Unión para combatir el crimen transnacional, con el fin de tomar en cuenta los resultados de los análisis realizados por *Europol* y resumidos en el OCTA, y convertirlos en iniciativas estratégicas y operativas.

Según el Consejo europeo, la lucha contra el crimen organizado debe, en efecto, servir para reducir el potencial de amenaza y los daños contra los Estados de derecho. Por lo demás, la necesidad de un tratamiento unitario de estos fenómenos con medidas mayormente capaces de influir en las particulares legislaciones nacionales en la materia se ha visto corroborada, sea en el Tratado de Lisboa, sea en los resultados de la Conferencia de Estocolmo

El Tratado de Lisboa ha confirmado la elección ya a su tiempo operada en oportunidad de la Cumbre de Tampere de 1999 (concl. 33-36) y ha consagrado el principio fundamental del mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales (art. 82 TFUE). La perspectiva del acercamiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias entre los Estados miembros es instrumental para el reforzamiento de la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los países miembros. Esta constituye condición esencial para la aplicación de los instrumentos basados sobre el mutuo reconocimiento. El título V de TFUE contiene significativas innovaciones en el sector de la cooperación judicial penal (cap. IV, arts. 82-86), cuya actuación se dirige a producir ulteriores progresos en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante la superación del método llamado intergubernativo y la introducción de nuevos mecanismos de producción normativa.

En lo que respecta a los aspectos de derecho penal sustancial, conforme el art. 83 TFUE, el Parlamento europeo y el Consejo, con arreglo a las directivas y según el procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer normas comunes mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones en

12 El artículo 2 de la Decisión marco 2008/841 GAI del Consejo del 24 de octubre de 2008 describe las conductas penalmente relevantes.

esferas de criminalidad particularmente graves que presentan una dimensión transnacional, derivadas del carácter o de la implicación de tales delitos o de una particular necesidad de combatirlos sobre bases comunes. Entre dichas esferas (además del terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y de menores, el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de dinero, la corrupción, la falsificación de medios de pago y la criminalidad informática) está comprendida, también, la criminalidad organizada.

En el segundo párrafo del art. 83 TFUE, las competencias no son identificadas por sectores específicos, sino son relacionadas por la aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias, con el único límite representado por el hecho de que el sector haya sido ya objeto de medidas de armonización. En este contexto, se adoptan Directivas, dirigidas a introducir normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones, cuando la aproximación de las legislaciones resulte indispensable para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión.

El artículo 83 TFUE prevé, en los párrafos 1 y 2, específicos y expresos ámbitos de competencia penal de la UE, sea con fines de lucha contra formas de criminalidad particularmente graves y a menudo por su naturaleza transnacional, sea expresión del poder ya reconocido a la UE por la jurisprudencia de la Corte de Justicia<sup>13</sup>, con el fin de favorecer el alcance de los objetivos que tienden normativas extrapenales, emitidas por la UE para regular algunas materias del ex “primer pilar”. Este poder según el artículo 83, se deberá por consiguiente expresar mediante directivas, o instrumentos legislativos que exigen la actuación en los ordenamientos internos con normativas nacionales. No obstante, la formulación del art. 83 representa ciertamente un paso fundamental hacia la creación de un verdadero y propio derecho penal europeo<sup>14</sup>.

Surge constantemente la voluntad de potenciar progresivamente las funciones de *Eurojust* con posibilidad de incoar las investigaciones, y con un reforzamiento de los poderes de coordinación de las investigaciones supranacionales, a través del expreso reconocimiento del poder de prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción. Se desea resolver, en particular, la limitada capacidad del organismo para formular propuestas, dirigidas a las autoridades nacionales competentes, para el inicio de investigaciones penales. Indicación de este tipo procede ya del *Plazo de acción para la actuación* del Programa de

13 La referencia es por ejemplo de la Corte de Justicia, 13 de setiembre de 2005 en el caso C-176/03, en materia de tutela del ambiente.

14 Sobre el tema PICOTTI, L., “Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona”, in AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso, G./ L. Picotti / R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 212 y ss.; BERNARDI, A., “La competenza penale accessoria della Unione Europea: problemi e prospettive”, in *Dir. pen. contemp. Riv. trim.*, 2012, 1, pp. 43 y ss.

Estocolmo, habiendo, entre otras cosas, la Comisión Europea fijado la adopción de una propuesta de reglamento para el otorgamiento de las funciones de *Eurojust*<sup>15</sup>. Más recientemente, estas estrategias han sido confirmadas por el Consejo europeo de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Ypres, el 26 y 27 de junio de 2014.

Cabe señalar, luego, que a partir del Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2009, en la óptica de un ulterior desarrollo de un área de libertad, seguridad y justicia, se ha propuesto una acción concertada de las instituciones europeas, constantemente orientadas hacia la tutela de los intereses y de las necesidades de los ciudadanos, para la promoción y el respeto de las libertades fundamentales, en el contexto de un elevado *standard* de seguridad europea (punto 1.1).

Las materias de cooperación de policía y judicial penal estaban interesadas por las previsiones de los puntos 3 (*A Europe of law and justice*), 4 (*A Europe that protects*) y 7 (*The role of Europe in a globalised world – the external dimension*) del Programa. Por lo tanto, la Comisión y el Consejo han sido llamados, primero, para asegurar una plena e integral actuación de los instrumentos ya existentes, también, mediante un atento monitoreo de los procedimientos de implementación nacional en los diversos Estados miembros, con el fin de asegurar una mayor integración y coherencia sobre el plano interno (punto 1.2.4). En este diseño originario, el Consejo fue llamado a definir un nivel común europeo de sanciones máximas para crímenes particularmente graves. Paralelamente, sobre el plano procesal, se sugería la creación de un sistema general, incluyendo medidas basadas sobre el principio del mutuo reconocimiento en sustitución de mecanismos centrados, predominantemente, sobre el sistema de las rogatorias (punto 3.1.1.).

El impulso “político” ha transferido a la Comisión y al Consejo el objetivo de utilizar más eficazmente agencias y organismos como *Europol*, *Eurojust*<sup>16</sup> y *Frontex*, mediante su implicación sistemática en los casos investigativos transnacionales de mayor relevancia, y no solamente para los delitos de terrorismo (punto 4.3.1). Del mismo modo, los organismos de la Unión han sido llamados a adoptar iniciativas dirigidas a reforzar el uso, en lo apropiado, de

15 La iniciativa relativa para su insitución incumbirá al Consejo, que deberá actuar según un especial procedimiento legislativo, por unanimidad y luego de haber obtenido el consenso del Parlamento europeo.

16 Cfr., las líneas de acción del instituto esbozadas en el *Eurojust's Multi-annual Strategic Plan, 2012-2014* (<http://bit.ly/1O3sxAF>), sobretudo inspiradas por la recíproca confianza y por el recíproco reconocimiento, por la cooperación y por la coordinación con las otras agencias y órganos dedicados en la aseguración de la libertad, seguridad y justicia en Europa. Significativo incluso el rol de conector de las *best practices* y de intercambio con las autoridades nacionales con el fin de contrarrestar los crímenes más graves. La implementación de los instrumentos de cooperación judicial se une al potenciamiento de los intercambios de información en un contexto ampliamente inspirado por la confianza.

los equipos de investigación comunes<sup>17</sup>. La acentuación de estos aspectos de *operational cooperation* estaba perfectamente en línea con la acción expresa de la UE a través de los actos normativos adoptados sobre el final de 2008<sup>18</sup>. No obstante, en el sugerido fortalecimiento “formal” de las estructuras, se encuentran todavía muchas dificultades en la actuación concreta de los organismos de investigación europea.

En efecto, la regulación institucional y la organizativa del Ministerio Público europeo son genéricas y, al mismo tiempo, resultan sin resolver muchos de los nudos, puestos especialmente por el segundo párrafo del artículo 86, sobre el ejercicio de una competencia penal directa de la Unión Europea<sup>19</sup>. La referencia a los intereses financieros dificulta, posteriormente, el marco, lo que deja perfilar convergencias y superposiciones con la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude) y hace necesarias ulteriores conexiones y acciones de coordinación.

Además, como es normalmente subrayado por la Comisión europea, la acción del derecho penal de la Unión Europea, junto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, debe ser orientada por el máximo respeto de los derechos humanos<sup>20</sup>. Este último objetivo impone un análisis de los institutos particulares que no se detenga exclusivamente sobre las características y sobre las potencialidades de la comprobación, sino que vea el constante respeto de las garantías procesales fundamentales.

### 3. UNA VISIÓN EUROUNITARIA DEL CRIMEN ORGANIZADO

La Resolución sobre la criminalidad organizada en la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo el 25 de octubre de 2011, es simbólicamente expresiva de la estrategia delineada<sup>21</sup>. En ella, aprobada por larguísima mayoría, se condensan muchas de las líneas guías delineadas y se reafir-

17 La Ley del 9 de julio de 2015, N.º 114 de Delegación al Gobierno para la adaptación de las directivas europeas y la actuación de otros actos de la Unión europea, permitirá finalmente actuar los marcos investigativos comunes supranacionales, de conformidad con la Decisión marco N.º 2002/465/GAI. Sobre el tema VITALE, A., “Le squadre investigative comuni”, in Aa.Vv., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di Filippi, L., / P. Gualtieri / P. Moscarini / A. Scafati, Padova, 2010, pp. 67 y ss.; PONTEDURO, S., “Le squadre investigative comuni: un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria”, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3566.

18 Es directa para el potenciamiento de *Europol* la decisión 2009/371/GAI del 6 de abril de 2009, que sustituye integralmente la Convención de 1995.

19 La disposición prevé que la Fiscalía europea es competente para detectar, perseguir y aperturar juicio, eventualmente en colaboración con *Europol*, a los autores de los delitos que infringen los intereses financieros de la Unión.

20 Comunicación, Com (2011) 573 de la Comisión europea, 20 de setiembre de 2011.

21 La Resolución del Parlamento europeo del 25 de octubre de 2011 sobre la criminalidad organizada en la Unión europea (2010/2309(INI)) está integralmente legible en el sitio: <<http://bit.ly/1bAyXi8>>.

man algunas indicaciones particularmente interesantes. Se perfila, primero, la necesidad de una extendida sensibilización de la opinión pública hacia esta tipología de fenómenos<sup>22</sup>, se evidencia el tratamiento autónomo de la criminalidad organizada respecto al terrorismo, se sugieren la incriminación de la participación en una organización criminal y la previsión de un delito de asociación de carácter mafioso<sup>23</sup>, con principal atención, también, de los delitos en el sector ambiental. Desde este punto de vista, el Parlamento ha solicitado a la Comisión evaluar la abolición del actual doble enfoque (que criminaliza, sea la participación, sea la conspiración) y de identificar una serie de delitos típicos para los cuales, independientemente de la pena máxima prevista en los ordenamientos de los Estados miembros, sea configurable tales hechos jurídico penales (punto 7).

Se trata indudablemente de un planteamiento distinto respecto del pasado: basta pensar en la ya mencionada definición de participación en una organización criminal contenida en el art. 5 de la Convención ONU de Palermo del 2000 o en el art. 2 de la Decisión Marco 2008/841/GAI del Consejo. Ambos, en efecto, consideran delito tanto la participación como el comportamiento consistente en un acuerdo o en un conceso para establecer, o una organización criminal, o una asociación estructurada; es decir, la *conspiracy*, figura típica de los ordenamientos de *common law*.

La indicación del Parlamento europeo intenta superar la incompatibilidad de la previsión de la *conspiracy* con los ordenamientos de *civil law*, dado la elevada indeterminación de la misma, normalmente utilizada como instrumento de anticipación de la tutela en delitos plurisubjetivos o de agravación de la responsabilidad por delitos consumados en contextos organizados. Son además evidentes, en este frente, los efectos sobre la carga de la prueba, cuando el delito-objeto realizado por los asociados precede de difícil y problemática demostración.

Se privilegia una solución inspirada en el principio de legalidad-determinación de los hechos jurídicos penales, aprovechando máximamente el *background* ofrecido por la previsión delictuosa de la asociación para delinquir de tipo mafioso, contenida en el art. 416 *bis* CP italiano. Son, en efecto, replanteadas las connotaciones de la *fuerza de intimidación* y de la capacidad de la asociación de incidir sobre el sistema económico, administrativo, electoral y de los servicios públicos (punto 14). Es central la exigencia de combatir al

22 En esta óptica deben insertarse la institución en el ámbito del Parlamento europeo, de una “Comisión especial sobre la difusión de las organizaciones criminales que actúan a nivel transnacional”; la creación de un Forum europeo de las asociaciones de los familiares de las víctimas, el reforzamiento del rol de la sociedad civil y de sus formas de *partnership* con el sistema judicial y las fuerzas del orden.

23 En el punto 2 de la Resolución se lee en efecto, que *la criminalidad organizada [debe] ser tratada autonomamente respecto del terrorismo*, superándose la tendencia a un tratamiento unitario de dos fenómenos sobre el plano de los instrumentos normativos de combate.

fenómeno a través de estrategias de tipo horizontal que interrumpan los nexos entre la criminalidad organizada y corrupción, con especial referencia a las responsabilidades de las clases dirigentes en la consolidación del fenómeno (puntos 5 y 33). La atención al aspecto económico deriva de la conciencia criminológica de la amplia difusión, en el contexto europeo,<sup>24</sup> de los intereses mafiosos tanto para imponer hacia el futuro reglamentaciones destinadas a impedir que empresas ligadas a la criminalidad organizada o a las “mafias” participen en licitaciones públicas o contratos.

La actitud represiva contra los autores se resume por la actitud “comprensiva” en contra de las “víctimas” emergentes del sostenimiento financiero para la continuación de la actividad empresarial por los sujetos expuestos a las extorsiones (punto 43), sino también por el *favor* mostrado hacia los testigos y los colaboradores de justicia, informantes y para sus familias, reconociendo un *status* jurídico transnacional europeo en sus condiciones de “debilidad”, a través de la creación de un fondo europeo destinado a la tutela y asistencia de las víctimas y de los testigos (punto 12).

Estos últimos principios encuentran correspondencia en aquellos contenidos de la Directiva 2011/36/UE, (relativa a la prevención y a la represión de la trata de personas y a la protección de las víctimas), que sugiere un enfoque global centrado sobre los derechos del reo y de la víctima. Junto a los objetivos de represión de los fenómenos, se sitúan, en efecto, posteriores finalidades de prevención o de particular garantía para la reinserción social de las víctimas y se prevén una serie de disposiciones sobre la asistencia de las mismas<sup>25</sup>. Para ser exactos, estos perfiles son de gran importancia en la temática del combate a las asociaciones criminales. La comprobación “transnacional” de estos ilícitos, que implica los organismos europeos y las autoridades nacionales, es a menudo muy compleja. En particular, es muy difícil trazar una línea neta de demarcación, —sobre todo, al inicio de las investigaciones— entre víctima e investigados, con inevitables repercusiones derivadas de la mutación de autor a víctima del sujeto que cae en las mallas del procedimiento penal.

La experiencia siciliana demuestra cómo durante las agitadas operaciones de “desembarco” de inmigrantes ilegales sobre las costas, es muy difícil distinguir a las personas perjudicadas respecto de la esfera de los criminales

24 Entre las propuestas surgía también en lo que respecta a la Comisión para llevar a cabo, hasta junio de 2013, con la colaboración de *Europol* y *Eurojust*, un estudio para calcular el impacto económico negativo en la Unión europea de la criminalidad organizada transnacional (punto 16). Sucesivamente, se señala en la misma dirección la Resolución del Parlamento europeo del 23 de octubre de 2013 sobre la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de dinero: recomendaciones en mérito a las acciones e iniciativas para realizar (informe final) (2013/2107(INI).

25 Nos referimos a la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo del 5 de abril de 2011 (20011/36 UE) concerniente a la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas), que ha sustituido la Decisión Marco del Consejo 2002/629/GAI.

“traficantes” que transportan a los inmigrantes desde las costas africanas a las europeas. Se registra una intercambiabilidad de los dos roles con numerosos casos de víctimas que realizan actividades criminales en consecuencia del delito. Están surgiendo, también, fenómenos de colaboración procesal de sujetos responsables de tráfico internacional de seres humanos, que implican en la causa a otros cómplices e imponen frecuentemente la realización de investigaciones relacionadas en el contexto europeo con formas de verificación patrimonial transnacional<sup>26</sup>.

#### 4. LOS INSTRUMENTOS DEL COMBATE A LOS PATRIMONIOS ILÍCITOS

Como se comprende, las manifestaciones criminales organizadas, que actúan en el frente europeo, escapan de encuadramientos unitarios y asumen conformaciones variadas, lo que produce la superación de los modelos vetustos de las usuales mafias “estatales” e impone continuos ajustes de los instrumentos de combate. Entre estos instrumentos, revisten un rol absolutamente central las medidas patrimoniales. Ya en las líneas de diseño de la Propuesta de directiva marco sobre el procedimiento de incautación y de decomiso de los productos del delito<sup>27</sup>, se preveía la elaboración de normas que permitieran el uso de instrumentos eficaces como el decomiso ampliado y el decomiso en ausencia de condena, la atenuación de la carga de la prueba sobre el origen de los bienes en posesión de las personas condenadas o imputadas por delitos conexos a la criminalidad organizada, el decomiso en el caso de registro de bienes a terceros (punto 8); la introducción en los ordenamientos nacionales de instrumentos para atenuar, en el ámbito del derecho penal, civil o fiscal, según los casos, la carga de la prueba en cuanto concierne el origen de bienes detenidos por una persona imputada de un delito conexo a la criminalidad organizada; la urgente predisposición de una legislación europea sobre la utilización de los productos del delito en objetivos sociales (punto 9); el reforzamiento de la cooperación entre los Estados para el reconocimiento, y la plena ejecución al exterior de las órdenes de incautación y decomiso, la dotación de los recursos y competencias necesarias para los *Asset Recovery Offices*, oficinas para la recuperación de los bienes, producto de los delitos (punto 10)<sup>28</sup>.

26 PALAZZOLO, S., “Il pentito: in Germania il tesoro del re degli schiavisti”, in *La Repubblica*, 30 de agosto de 2015, a propósito de un colaborador eritreo Nuredin Wehabrebi Atta, escuchado por las autoridades italianas, que está develando la existencia en territorio alemán del patrimonio ilícito de Ermias Ghermany, presunto traficante de seres humanos.

27 Solicitud prontamente acogida por el legislador europeo: Propuesta de la Comisión COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD) (12 de marzo de 2012). Se ve el propósito de análisis de MAUGERI, A. M., “La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni”, in *Dir. pen. contemp. Riv. trim.*, 2012, II, pp. 180 y ss.

28 BALSAMO, A. / C. LUCCHINI, “La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>.

Este enfoque resulta más funcionalista y menos garantista respecto de la Decisión Marco relativa al decomiso de bienes, instrumentos y productos del delito, aprobada por el Consejo el 24 de febrero de 2005, que preveía la introducción en los Estados miembros de *poderes amplios de decomiso* (2005/212). Ha surgido, en efecto, la posibilidad de permitir la incautación y el sucesivo decomiso en el caso de registro de bienes a terceros y de atribuir relevancia penal al comportamiento de los llamados “testaferros”, dado que se orienta a eludir la aplicación de medidas de prevención patrimoniales o a facilitar la consumación de los delitos de receptación, lavado y empleo de dinero de procedencia ilícita. Al mismo tiempo, se ha considerado como un deber mejor precisar el concepto de producto de delito, ya explicitado en la Convención ONU de Palermo y retomado en la Decisión marco 2008/841/CE, en el sentido de la mayor extensión respecto al de ganancia.

En esta dirección, la Resolución en materia de criminalidad organizada comprende un llamado a los Estados miembros con el fin de aceptar correctamente tal concepto en sus ordenamientos de manera que, permitir que cualquier entrada conexas directa o indirectamente con la realización de delitos en el ámbito de las organizaciones criminales pueda ser objeto de incautación y decomiso. Tales propósitos han sido incluidos en la versión definitiva de la Directiva 2014/42/UE, relativa al congelamiento y al decomiso de los bienes instrumentales y de los productos del delito<sup>29</sup>. Según esta última fuente, en caso de que no sea posible proceder a decomisar por enfermedad o fuga del investigado/imputado, los Estados deberán prever la posibilidad de medida ablativa si ha sido aperturado un procedimiento por un delito de daño (que puede esto *producir, directamente o indirectamente, un beneficio económico*) que habría podido concluirse con una condena (art. 4 párrafo 2).

En el ámbito de estos delitos, la obligación de los Estados se extiende también a la previsión del decomiso de los bienes de la persona condenada desproporcionados respecto a su renta, siempre y cuando, sobre la base de oportunas verificaciones, resulte que tales bienes derivan de conductas criminosas (art. 5 párrafo 1). Esta peculiar medida de seguridad patrimonial debe ser, por consiguiente, contemplada en las hipótesis de delitos indicadas en el párrafo 2 del mismo artículo (por ejemplo, en caso de corrupción activa y pasiva, o en la hipótesis de participación en una organización criminal). Luego, se ha previsto expresamente la posibilidad de decomisar bienes en contra de terceros, sin perjuicio, obviamente, de los derechos de terceros de buena fe (art. 6). Previsión análoga se da en el tema de incautación con la finalidad

29 La Directiva 2014/42/UE relativa al congelamiento y al decomiso de los bienes instrumentales y de los productos del delito en la Unión europea ha sido definitivamente aprobada el 3 de abril de 2014. Hasta el 4 de octubre de 2016 Italia deberá adoptar las medidas necesarias para adecuarse a la directiva en materia de incautación y decomiso de bienes instrumentales y productos del delito en caso de condena definitiva, incluso en contumacia.

del sucesivo eventual decomiso (art. 7 “congelación”). Para la incautación es, sin embargo, posible recurrir a una motivación muy sucinta (*very succinct, sehr knapp, très succinctes*) (considerando n. 34). La medida de incautación deberá ser comunicada cuanto antes a los interesados con todos los datos de identificación de la medida (art. 8 párrafo 2) y, en cada caso, deberá operar por un lapso temporal, estrictamente necesario para conservar los bienes en vista de la eventual sucesiva medida ablativa definitiva (art. 8 párrafo 3).

La efectividad del derecho al recurso contra la incautación ante un juez puede acompañarse a la posibilidad que la inicial medida, emitida por una autoridad no jurisdiccional, sea convalidada por un juez y por consiguiente impugnada ante un órgano distinto, siempre con carácter jurisdiccional

(art. 8 párrafo 4). Los bienes incautados que no son decomisados deberán ser inmediatamente restituidos al interesado (art. 8 párrafo 5). Las personas interesadas por una medida de decomiso, que debe ser motivada (art. 8 párrafo 6), tienen derecho a ser expresamente informadas de su pleno derecho a la asistencia de un defensor (art. 8 párrafo 7). El decomiso no deberá perjudicar los derechos al resarcimiento de las personas perjudicadas (art. 8 párrafo 10). Los Estados deberán asegurar una posibilidad de impugnación efectiva, extendida al mérito de los presupuestos de la medida relativa, incluso en caso de medida de seguridad patrimonial (cfr. art. 5 en relación al art. 8 párrafo 8). Cada uno de los Estados deberá también asegurar las medidas necesarias no solo para identificar y rastrear los bienes para incautar o decomisar (art. 9), sino para garantizar además una adecuada gestión de los bienes sujetos a incautación (art. 10 párrafo 1). En caso de un posterior decomiso, deberán ponerse en marcha medidas destinadas a utilizar los bienes decomisados para objetivos de interés público o social (art. 10 párrafo 3).

El impacto de las nuevas normas deberá ser evaluado a través de estudios estadísticos sobre el número de las medidas de incautación y de decomiso llevados a cabo en cada país o sobre el valor de los bienes afectados (art. 11), para permitir a la Comisión monitorear la eficacia de los instrumentos adoptados y, eventualmente, perfeccionarlos (art. 13). Debe observarse como la Directiva 2014/42/UE establece “normas mínimas”, que no afectarán las regulaciones actuales de los Estados, en el respeto de los principios y de los derechos fundamentales «reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, como interpretadas en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre<sup>30</sup>».

La materia de las medidas patrimoniales ablativas implica, en efecto, los derechos de la persona (en el mismo sentido, por lo demás, se expresa el con-

30 Cfr. considerando N.ºs 22, 38, 40 y art. 1 párrafo 2.

siderando N.º 33 de la directiva e impone, como se ha mencionado anteriormente, el respeto de los *standard* de protección elevados, ahora consagrados, en el Sistema UE. Se piensa, en particular, en la extensión de la incautación con fines de decomiso, también, a beneficios indirectos y en contra de terceros que estaban o habrían debido estar en conocimiento de la procedencia ilícita del bien. El mecanismo introduce una peligrosa inversión de la carga de la prueba, respecto de la procedencia lícita de los bienes, análoga a la existente en el sistema de las medidas de prevención patrimonial italiana.

En el mismo sentido, las normas en materia de motivación “suscinta” de las medidas ablativas, así como la circunstancia que la incautación pueda ser dispuesta en vía de urgencia por una autoridad no judicial, generan perplejidad sobre el respeto de las garantías constitucionales y convencionales<sup>31</sup>. Dudas análogas surgen respecto de la medida del “decomiso ampliado”, instituto híbrido que ya se presenta en Italia. Este último, suspendido entre la naturaleza de cautela o la de la medida de seguridad patrimonial, es aplicado “automáticamente”, en el caso de la incautación *ex art.* 321 párrafo 2 CPP. Si a estas hipótesis se agrega la materia de la incautación y del decomiso como medida de prevención patrimonial, con la ya mencionada inversión de la carga de la prueba, se comprenden las evidentes potencialidades del instituto en el combate al crimen organizado y las igualmente problemáticas consecuencias en materia de garantías procesales.

Ahora bien, la reciente Directiva de la Unión no aclara la naturaleza jurídica del decomiso ampliado y, al contrario, la dirige *al objetivo de combatir eficazmente las actividades de la criminalidad organizada, de manera que la condena penal sea seguida por el decomiso no solo de los bienes asociados a un delito dado, sino también de ulteriores bienes que la autoridad judicial establezca constituya producto de otros delitos (considerando N.º 19)*<sup>32</sup>. Tal objetivo, sin embargo, no comparte una comprobación plena. Los países miembros, en efecto, pueden disponer que, para tal fin, sea suficiente un juicio de razonable probabilidad (una *ponderación de las probabilidades* o una *presunción razonable*) que los bienes en cuestión *sean el fruto de conductas criminosas en lugar de otras actividades*. Tal evaluación, efectuada sobre la base de los elementos de prueba disponibles, puede también tomar en consideración la desproporción entre los bienes del interesado y su ingreso legítimo (considerando N.º 20).

31 A nivel monográfico, sobre el tema, BOTTI, V., *La confisca di prevenzione quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata*, Torino, 2014; NICOSIA, E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012.

32 El juez, en efecto, puede ordenar en este último sentido cuando está convencido que los bienes en cuestión *deriven de conductas criminosas (where a court is satisfied;...lorsqu'une juridiction est convaincue; wenn nach Überzeugung des Gerichts* (considerando N.º 20)

Las excepciones —discutidas en sede de negociación y dirigidas, entre otras, a excluir el decomiso ampliado en caso de prescripción del delito o en caso de que el hecho jurídico criminoso haya sido objeto de un pronunciamiento definitivo de absolució— no han encontrado recibo en el texto final adoptado. Sobre este aspecto, en el que más fuertemente se percibe la incidencia de la legislación italiana que es intervenida masivamente sobre el ámbito de la prevención patrimonial<sup>33</sup>, hay cierta preocupación por la reducción posterior del umbral circunstancial, funcional a la predisposición y en la actuación de las mismas medidas. Al contrario, puede afirmarse que la dimensión europea hace todavía más evidentes los nervios a flor de piel del “debido proceso de prevención”.

## 5. LAS INTERVENCIONES EN EL FRENTE DE INVESTIGACIÓN: EL REFORZAMIENTO DE LA FISCALÍA EUROPEA Y LA ORDEN DE INVESTIGACIÓN EUROPEA

Otro “astillero” abierto es la institución de la Fiscalía europea, ya delineada por el art. 86 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, el cual prevé la posibilidad de actuación a través de reglamentos, con el fin de contrarrestar los fenómenos criminales que afectan los intereses financieros de la Unión. Las funciones del Ministerio Público europeo pueden ser extendidas, mediante un posterior acuerdo político, trasfundido en una decisión adoptada por el Consejo europeo, en la lucha contra la criminalidad grave que presenta una dimensión transnacional. Con referencia a este aspecto, surge ulteriormente la necesidad de verificar el impacto sobre los derechos fundamentales y sobre los derechos de defensa, en particular.

La elección —sintomática del método afirmado en la introducción— plantea la exigencia de análisis<sup>34</sup> de las eventuales restricciones de los derechos fundamentales abarcados en el proceso penal, sobretudo en relación con la perspectiva de homogenización de la fase preliminar del proceso penal y de las consecuencias de esta innovación estructural sobre el terreno de la prueba penal. El art. 86 TFUE, en efecto, dispone que el reglamento constitutivo de la Fiscalía europea presente contenidos correspondientes a la “codificación” de un sistema procesal penal europeo sectorial, con el fin de regular «las condiciones de ejercicio de sus funciones, las normas procedimentales aplicables a sus actividades y a la admisibilidad de las pruebas y las reglas aplicables al control jurisdiccional de los actos procedimentales que adopta en el ejercicio

33 AA. VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca, G. / C. Visconti, Torino, 2010, pp. 9 y ss., pp. 215 y ss.

34 Se requiere a la Comisión una consulta con todos los sujetos interesados (la Agencia para los derechos fundamentales, el Garante europeo de la protección de los datos, el Consejo de Europa, el Parlamento europeo, los parlamentos nacionales y la sociedad civil, etc.), para evaluar las consecuencias de la institución de la Fiscalía europea.

de sus funciones». Se trata, por consiguiente, de una intervención normativa que supera los confines de la mera armonización, en cuanto no se limita a asegurar la compatibilidad entre actos heterogéneos, sino se fundamenta en la elaboración de reglas comunes para la formación de actos de investigación puestos en marcha por un único órgano —la Fiscalía europea— destinados a proyectarse después del ejercicio de la acción penal en una pluralidad de sistemas judiciales<sup>35</sup>.

Las reglas probatorias contenidas en el reglamento constitutivo de la Fiscalía europea tendrán, por tanto, un impacto mucho más amplio que la simple regulación de la actividad de investigación. En su definición, asumirá una importancia central el problema de la utilización de una vista de los actos formados por el Ministerio Público europeo, en un contexto judicial muy variado<sup>36</sup>. Las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de jefes de Estado y de Gobierno (reunidos en Ypres, 26-27 de junio de 2014) han procedido a delinear las nuevas orientaciones estratégicas para el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Tales directrices consideradas específicamente en el Programa de Estocolmo (cuyo período de operatividad ha concluido el 1 de diciembre de 2014), son, en efecto, destinadas a guiar la acción de la Unión Europea durante el quinquenio 2015-2020.

El Consejo Europeo parece, sobretodo, inspirado por los objetivos de *consolidar, completar y codificar*, como surge por la indicación (punto 11 de las Conclusiones), y por los objetivos de promover *coherencia y claridad de la legislación de la UE*. Se trata de un cambio de rumbo respecto de la elección precedente que estaba inspirada, sobretodo, por la adopción de instrumentos jurídicos inéditos. El contexto actual está caracterizado por la importancia de la gestión de las migraciones, por el control de las fronteras europeas y por la exigencia de combate al terrorismo. Tales situaciones tienen determinada una mayor ambigüedad que las indicaciones de los órganos de la Unión, respecto de la especificidad de las líneas de Estocolmo.

Si, por un lado, se reitera la voluntad de *garantizar una auténtico espacio de seguridad para los ciudadanos europeos a través de la cooperación ope-*

35 Para todos, RUGGIERI, F., "Il pubblico ministero europeo", in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci, T., Milano, 2007, pp. 551 y ss. IDEM, "Il p.m. europeo: uno sconosciuto tra noi", in *Proc. pen. giust.*, 2013, f. 6, pp. 1 y ss. Luces y sombras de la fiscalía europea son resaltadas por BARGIS, M., "Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 745 y ss.; KOSTORIS, R., "Pubblico ministero europeo e indagini nazionalizzate", in *Cass. pen.*, 2013, p. 4738; LANZI, A. / F. RUGGIERI / L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002, *passim*.

36 Cfr. ALLEGREZZA, S., "L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona", in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3882 y ss.; BALSAMO, A. / S. RECCHIONE, "La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona", in *Cass. pen.*, 2010, p. 3620.

*rativa de policía y la prevención y la lucha contra la criminalidad organizada y las formas graves de criminalidad, entre las cuales la trata y el tráfico de seres humanos y la corrupción*, por otro lado, esta “genérica” perspectiva no permite prever el contenido de los posteriores desarrollos normativos en la materia. Se continúa proponiendo, sobre el plano operativo, la implementación de un mayor rol de apoyo de la UE a las autoridades nacionales para que en medio de la coordinación *Europol* y por *Eurojust* se prevea, entre otros motivos, el *mejoramiento del comercio transfronterizo de informaciones, comprendido sobre los antecedentes penales*. Al mismo tiempo, recibe un nuevo impulso sobre el plano político (aunque, todavía, sin que tenga indicaciones de contenido) la continuación de las negociaciones dirigidas a la institución de la Fiscalía europea, en actuación de la posibilidad prevista en el art. 86 TFUE.

Se reafirma, en efecto, la tensión de las acciones UE hacia el reforzamiento del reconocimiento recíproco de sentencias y decisiones judiciales, en actuación del principio establecido por el art. 82 TFUE en la base de la cooperación judicial en materia penal. Volviendo a los sujetos del procedimiento, parece apreciable el compromiso de *continuar a esforzarse por reforzar los derechos de los sospechosos e imputados en los procedimientos penales*, que permite confiar en una prosecución del actual marco normativo UE dedicado a reconocer y asegurar umbrales esenciales de garantías procedimentales al interior de los Estados miembros (como es la reciente Directiva 2013/48/UE, relativa al derecho de avalarse de un defensor y a la comunicación con las propias autoridades consulares). Al mismo tiempo, se reafirma el intento, muchas veces resaltado, de «**reforzar la protección de las víctimas**», confirmando la tensión ideal, constante del sistema penal europeo, entre las perspectivas contrapuestas de tutela de los derechos del investigado y de la víctima del delito.

Asimismo la reciente Directiva sobre el orden europeo de investigación penal es capaz de incidir sobre los intereses propuestos (Dir. O.E.I.)<sup>37</sup>, que regula la búsqueda transnacional de las pruebas. Esta introduce un único instrumento adquisitivo válido para cualquier tipo de prueba, tal para sustituirse a las tradicionales rogatorias, así como a las resoluciones de embargo y de

37 La Directiva 2014/41/UE del 3 de abril de 2014, acoge la propia operatividad propuesta al 22 de mayo de 2017 (artículo 34 dir. OEI). Hasta aquel momento la búsqueda transnacional de las pruebas continuará siendo regulada por los vigentes actos normativos (art. 35 Dir. OEI). Sobre el tema, para todos, Cfr. RUGGERI, S., “Introduction to the proposal of a European Investigation Order: Due process concerns and open issues”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 3 y ss. Sobre la cuestión también CAMALDO, L., “The European Investigation Order”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 208; DE AMICIS, G., “Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 5 de abril de 2011, p. 37 y ss.; FIORELLI, G., “Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo di indagine penale”, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 714 y ss.

incautación y al exhorto europeo de obtención de pruebas<sup>38</sup>. Aunque no realizando una unificación o una completa armonización de todas las legislaciones europeas, la Directiva O.E.I. cambia las prescripciones en materia de prueba de cada sistema procesal europeo, e introduce “principios flexibles”.

En particular, el art. 6.1 Dir. OEI establece que las órdenes de investigación son dispuestas no solo en base a las reglas nacionales aplicables en los casos internos análogos, sino con referencia al presupuesto que su emisión sea *necesaria y proporcionada* para los fines del procedimiento. Análogamente, el art. 1.4 Dir. OEI prevé que la Directiva no pueda tener el efecto de modificar *la obligación de respetar los derechos fundamentales* y los *principios jurídicos* establecidos por el art. 6 TUE, en el cual está contenida una remisión a la Carta de Niza, a la CEDU y a las *tradiciones constitucionales comunes* de los Estados nacionales. Es esencial, en este contexto, el control de proporcionalidad “fraccionado” entre las autoridades de emisión y de ejecución que debería permitir poner remedio a las lagunas de la Directiva en orden a específicas garantías procesales de los investigados europeos<sup>39</sup>.

Como se ha subrayado, también las nuevas reglas de aportación de la prueba deben resultar compatibles con los estándares elevados de protección de los derechos fundamentales hasta ahora acogidos en las regulaciones nacionales particulares<sup>40</sup> o, de todos modos, encontrados en las fuentes de la Unión Europea y en el sistema CEDU. La Unión no podría tolerar restricciones superfluas de los derechos fundamentales que no sean dirigidas a proteger intereses dignos de relevancia. Desde este punto de vista, la Directiva dicta múltiples cláusulas de salvaguardia. El art. 11.1 *f* Dir. OEI, exige que la ejecución de las órdenes puede ser rechazada cuando subsiste *serios motivos para pensar que ella sea incompatible con las obligaciones del Estado de ejecución*, establecidos por el art. 6 TUE y de la Carta de Niza. El art. 10.3 Dir. OEI, especifica que la autoridad de ejecución puede recurrir a un acto de instrucción distinto de aquel indicado en la OEI, con la condición de que este *asegure el mismo resultado, con medios menos intrusivos*. El art. 14.7 Dir. OEI agrega que los Estados, «[...] sin perjuicio de las normas procedimentales nacionales», deben asegurar que «en los procedimientos penales del Estado

38 ALLEGREZZA, S., “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality”, in *Transnational Evidence*, cit., p. 54.

39 Se refiere nítidamente sobre estos aspectos: SCHÜNEMANN, B., “The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., 31 ss. Véase también, BACHMAIER WINTER, L., “The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 87.

40 En la misma dirección el análisis de DANIELE, M., “La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>., 20 de noviembre de 2014, pp. 1 y ss.

de emisión sean respetados los derechos de defensa y sea garantizado un debido proceso en la valoración de las pruebas adquiridas mediante la OEI».

La previsión de cláusulas explícitas de salvaguardia de los derechos fundamentales se conjuga con las previsiones igualmente explícitas contempladas en los Tratados y constantemente recogidas por la Corte de Justicia que en algunos casos ha atribuido a los jueces nacionales el poder de *evaluar plenamente* el caso con la *colaboración* de la Corte de Justicia, la compatibilidad del derecho interno aplicable del derecho de la Unión con las prescripciones de la Carta de Niza<sup>41</sup>. El trato preeminente de la Directiva es explicar posteriormente las posibles inaplicaciones de las reglas nacionales en beneficio de los principios probatorios monopolizados por la jurisprudencia<sup>42</sup>.

Aunque, en efecto, el principio de equivalencia, previsto por los arts. 52.3, 44 y 53 de la Carta de Niza, establezca que el derecho UE no integre formas de tutela de los derechos fundamentales inferiores a los que estos reciben por los otros ordenamientos con los que la Unión si logra interactuar (el muchas veces mencionado sistema de la CEDU, las garantías de los ordenamientos nacionales y aquellas del ordenamiento internacional), tal aspiración ideal podría sucumbir a los objetivos “económicos” de la Unión.

La correcta actuación de los derechos fundamentales, incluso en el ámbito del proceso penal, en los sentidos del art. 52.1 establece: 1) la comprobación de que la limitación del derecho fundamental prevista por una norma UE persiga *finalidad de intereses generales reconocidos por la Unión* o la exigencia de *proteger los derechos y las libertades de otros*; 2) la comprobación de la exigencia de factores de compensación capaces de *respetar el contenido esencial* del derecho fundamental; 3) la comprobación de la absoluta necesidad de la limitación, derivada de la ausencia de alternativas menos invasivas para el derecho fundamental igualmente capaces de asegurar el objetivo perseguido. Sin embargo, la fluidez de los criterios indica la posible realización de inéditos balances

“a la baja” de las garantías procesales contempladas en las legislaciones nacionales<sup>43</sup>.

41 Cfr. Corte de Justicia UE, 26 de febrero de 2013, Åklagaren c. Åkerberg Fransson, C-617/10, § 45 ss. Cfr. MANACORDA, S., “Dalle Carte dei diritti a un diritto penale ‘à la carte’”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 17 de mayo de 2013, pp. 11 y ss.

42 Sobre estos conceptos ver, KOSTORIS, R. E., “Diritto europeo e giustizia penale”, in IDEM (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 24, pp. 35 y ss.

43 Señala de manera compartida, VIGANÒ, F., “Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlli-miti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni”, in *questa Rivista*, 9 de marzo de 2014, un Estado que acepte prestar asistencia judicial a otro Estado no puede pretender que este último prevea un nivel de tutela de los derechos fundamentales implicados perfectamente coincidente con el suyo.

En efecto, el derecho de la Unión podría restringir los derechos fundamentales por finalidad de *intereses generales*, al límite incluso de fijar niveles de protección inferiores a los establecidos por la CEDU, para las Constituciones nacionales o por el derecho internacional. A nuestro parecer, un correctivo garantista podría, sin embargo, encontrarse en la previsión, al respecto, en el art. 1.3 de la Directiva OEI, según el cual la autoridad de ejecución puede recurrir a un acto de investigación distinto de aquel requerido en la orden de investigación cuando el acto seleccionado por la autoridad de ejecución asegure el mismo resultado *con medios menos intrusivos*, configurando en tal modo un verdadero y propio deber (y no simplemente una mera facultad de las autoridades participantes), derivado de la obligación de respetar los derechos fundamentales previstos por la Directiva y, más en general, por los Tratados<sup>44</sup>. Se trata de una suerte de “antídoto” contra los abusos, una línea guía de inspiración garantista que debería orientar el equilibrio completo al cual están llamados los órganos de investigación<sup>45</sup>.

Como es evidente, los intereses en juego comportan valoraciones caso por caso de las *chances* probatorias subyacentes en la directiva con referencia a las restricciones de los derechos fundamentales, impuestos en nombre de la primacía, de la unidad y de la efectividad del derecho de la Unión, contrarrestadas constantemente por los importantes valores del proceso penal<sup>46</sup>.

## 6. LA EFICACIA DE EUROJUST EN ALGUNOS RESULTADOS DE APLICACIÓN

Los indicadores “normativos” antes citados confirman una voluntad de integración de estructuras y aparatos con el fin de establecer reglas jurídicas tendencialmente uniformes<sup>47</sup>. Sin embargo, en la dimensión de la aplicación actual, los rígidos ámbitos de la cooperación judicial y del principio básico del reconocimiento recíproco han implicado numerosas dificultades operativas de coordinación investigativa y de intercambios de actos de contenido probatorio. El dato surge en particular mirando la experiencia de *Eurojust*. El recurso de las autoridades judiciales nacionales<sup>48</sup> a menudo resulta complicado por

44 RAFARACI, T., “General Considerations on the European Investigation Order”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 41.

45 MAGGIO, P., “The EIO Proposal for a Directive and Mafia trials: striving for balance between efficiency and procedural guarantees”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 148.

46 Es estos términos, DANIELE, M., *La metamorfosi del diritto*, cit., p. 21.

47 MELILLO, G., “Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova”, in *Cass. pen.*, 2006, 1, p. 272, espera formas valientes de cooperación vertical. MOSCARINI, P., “Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate”, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 635 y ss.

48 Se ven las relaciones anuales de las actividades de Eurojust, en el sitio: <<http://bit.ly/1Ylco5>>.

la controvertida atribución de la naturaleza judicial al organismo<sup>49</sup>. Entre los principales factores de retraso se señala después del fracaso de ratificación, por parte de algunos Estados miembros (entre ellos, Italia), de la *Convention on mutual assistance in criminal matters* del 29 de mayo de 2000, del relativo protocolo de enmendamiento del 2001, y la lentitud con la cual ha sido recepcionada la Decisión marco sobre los marcos investigativos comunes del 2002<sup>50</sup>. Además, la imposibilidad de hacer referencia a un marco convencional en el caso de solicitudes de asistencia judicial para medidas específicas (por ejemplo, la activación de videoconferencias, siempre más requeridas por las autoridades judiciales nacionales, especialmente en los procedimientos de criminalidad organizada), ha originado normalmente la necesidad de invocar, en vía alterna, la práctica o la cortesía internacional, excepto los casos en los que se puede hacer referencia a la Convención ONU del 2000 ratificada por Italia con Ley N.º 146 del 2006.

Las lagunas, los retrasos y los obstáculos en el óptimo funcionamiento del organismo, no impiden, sin embargo, observar como el recurso del *Eurojust* pueda representar una institución de gran potencialidad en el sector de la cooperación judicial a nivel UE, y las perspectivas de la coordinación supranacional<sup>51</sup> permiten presagiar desarrollos futuros destinados a ampliar el campo de acción<sup>52</sup>. Mirando especialmente a Italia, surge una tendencia al incremento del número de comunicaciones<sup>53</sup>, efectuadas en el sentido del párrafo 3 del art. 7 Ley N.º 41 del 2005, que regula los trabajos de coordinación investigativa. La implementación de una cultura profesional que ve en *Eurojust* el interlocutor privilegiado para implicar en todos los casos de investigaciones y procedimiento transnacionales<sup>54</sup> se refleja, entre otros, por la Decisión marco 2009/948/GAI adoptada por el Consejo el 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de los conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales (art. 12). En tal acto, en línea con el mencionado art. 85 párrafo. 1 literal c) del Tratado de Lisboa, se prevé la implicación de *Euro-*

49 Al respecto la respuesta negativa de la Corte Constitucional, 15 de abril de 2011, N.º 136, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4277, con anotación de PROTA, C., *La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust*, *ivi*, pp. 4278 y ss.

50 La última actuación de los marcos investigativos está contemplada por la Ley del 09 de julio de 2015 N.º 114, de *Delegación al Gobierno para la adecuación de las directivas europeas y la actuación de otros actos de la Unión europea*, cit.

51 Decisión 2009/426/GAI, p. 115.

52 La Comisión europea ha presentado, el 17 de julio de 2013, una propuesta de reglamento para la reconfiguración del organismo a la luz del artículo 85 TFUE<sup>18</sup>, según el procedimiento legislativo ordinario.

53 En el 2013 ha aumentado en 2.8% el número total de procedimientos por los cuales los Estados miembros han requerido la asistencia del organismo, pasando de 1533 casos (en el 2012) a 1576 casos (en el 2013).

54 SPIEZIA, F., "Il coordinamento giudiziario nell'Unione europea: il rafforzamento dei poteri di Eurojust", in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 655.

*just* sobre base casi obligatoria de las hipótesis en las cuales las autoridades nacionales interesadas, tras oportunidades y recíprocas consultas, no hayan logrado un acuerdo sobre las concentraciones de los procedimientos por una única autoridad jurisdiccional.

A *Eurojust* se le asigna el poder de dirimir situaciones, incluso solo potenciales, de jurisdicciones concurrentes entre diversos Estados en investigaciones o procedimientos por hechos de criminalidad transnacional. Tal situación está ligada a las formas de manifestación del delito, idóneas para contribuir en la dimensión supranacional, en investigaciones de las autoridades judiciales de más Estados, en virtud del principio de territorialidad. Esta deriva además de la adopción de criterios de competencia extraterritorial, previstos por las legislaciones nacionales y por convenciones internacionales aplicables en el caso concreto. Más reciente, el legislador europeo ha mostrado la voluntad de incrementar la eficiencia en la gestión de *Eurojust*, a través de la creación de una nueva estructura de *governance* en grado de liberar la acción de los miembros nacionales por responsabilidad no estrictamente operativa (no está relacionado a procedimientos de cooperación judicial).

Se ha delineado, también, el mejoramiento de su operatividad, mediante una homogénea definición del *status* y de los poderes de los miembros nacionales, fomentada por el recurso al instrumento reglamentario. En la misma dirección, se ha potenciado la atribución de un rol al Parlamento europeo y a los parlamentos nacionales en la valoración de las actividades de *Eurojust*, en línea con el Tratado de Lisboa; la alineación de su marco jurídico con la declaración común sobre el Estado de las agencias europeas y, finalmente, la previsión de formas de conexión con el establecimiento de la Fiscalía europea<sup>55</sup>. El rol de coordinación asignado a *Eurojust*<sup>56</sup> surge con total evidencia en un caso italiano denominado *Gomorra*, a menudo mencionado entre las experiencias de aplicación pasadas de mayor valor del organismo de investigación supranacional.

El caso ha impuesto la coordinación entre *Eurojust*, *Europol* y autoridades judiciales nacionales competentes y por sus resultados (operaciones de policía y ejecución de medidas cautelares y de incautaciones probatoria en simultáneo en varios países de la Unión) ha sido señalado como ejemplar en el panorama de las actividades de cooperaciones entre Estados miembros de

55 Nos referimos, en particular, a la Propuesta COM (2013) 535 del 17 de julio de 2013 de la Comisión europea de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo que instituye la Agencia de la Unión europea para la cooperación judicial penal.

56 Aunque en la provisoriedad de los contenidos normativos expuestos, un acuerdo parcial ha sido alcanzado en el Consejo en 1 mes de diciembre de 2014. Una primera evaluación es ofrecida por SPIEZIA, F., "I cambiamenti in corso nello spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia: quale futuro per Eurojust? Alcune riflessioni alla luce dei negoziati sulla proposta di regolamento della Commissione europea COM(2013) 535 del 17 luglio 2013", in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 19 de marzo de 2015, pp. 15 y ss.

la UE<sup>57</sup>. La solicitud de apertura de un procedimiento penal fue solicitada por el miembro nacional de *Eurojust*, ex art. 5 de la Ley N.º 41 del 2008 y art. 6 de la decisión del Consejo del 28 de febrero de 2002.

Después, la Dirección distrital antimafia de Nápoles inscribió un expediente que tiene como objeto la existencia de “una organización internacional, relacionada a la ‘camorra’, con base en Nápoles y dedicada a la importación a la China y a la comercialización, en numerosos Estados europeos, en Australia y en otros países *extra* Unión, de varios productos falsificados”. Las informaciones transmitidas por los primeros Estados miembros han sido consideradas suficientes para constituir una *notitia criminis*, incluso sobre el perfil del carácter individualizador de los elementos recogidos. La autoridad judicial italiana requirió la transmisión oficial de las informaciones adquiridas mediante el canal *Eurojust*.

La modalidad de adquisición de informaciones ha sido asimilada a la prevista por los arts. 330 y siguientes del Código de Procedimiento Penal Italiano, con la especificación que la denuncia provenía de autoridad exterior. Sucesivamente, sobre iniciativa del *Desk* francés de *Eurojust*, se han dado reuniones de coordinación entre numerosas autoridades judiciales de Estados miembros, en relación con la hipótesis investigativa, objeto del procedimiento de apertura por la Oficina de partenopeo. En el caso ha sido relevante la intervención de *Europol* con un informe detallado que contiene numerosos puntos de investigación. El intercambio informativo y los análisis de las autoridades judiciales y de policía en sede de coordinación han hecho surgir numerosos elementos indicativos por los cuales deducir las actividades de importación para China y, luego, de transporte y venta de productos falsificados en muchos Estados europeos, iniciadas por esta organización de carácter camorrista.

Se trata de un precedente seguramente útil para trazar —en clave concreta— las repercusiones directas sobre las fenomenologías criminales de tipo organizado, en vista del objetivo de desear atribuir siempre más incisivamente a *Eurojust* el “enlace” de las investigaciones transnacionales. La implementación del art. 85 del TFUE establece como finalidad el incremento de la eficacia de su acción, lo que determina aquel salto de cualidad a menudo referido. El organismo debe ser elevado del rango actual de *mediador* al de verdadero y propio *coordinador europeo*, en grado de adoptar directivas por las autoridades judiciales nacionales, con finalidad de impulso de investigación y de prevención de los conflictos de jurisdicción<sup>58</sup>.

57 El caso ha sido presentado en la mesa redonda de Bruges, “*Eurojust and the Lisbon Treaty: towards more effective action*” (20-22 de setiembre de 2010), como modelo de cooperación judicial.

58 Se refiere incisivamente sobre estos aspectos, LORUSSO, S., “Superprocura e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro”, in *Dir. pen. contemporaneo Riv. trim.*, t. II, 2014, pp. 34 y ss.

## 7. DERECHOS HUMANOS Y RESPUESTA PENAL

Ahora bien, en el marco europeo descrito, en el cual son sensiblemente cambiadas y se han enriquecido las fuentes, la naturaleza y la finalidad de las intervenciones penales, no puede, por consiguiente, confirmarse la atención contextual hacia las garantías y los derechos fundamentales del individuo en el frente procesal. Los renovados marcos normativos de la cooperación inter-estatal en materia penal y los efectos de aplicación han determinado, en efecto, una suerte de “desactualización” de las garantías<sup>59</sup> que no se manifiestan más en la soberanía de un país particular, sino reflejan derechos universalmente reconocidos, capaces de encontrar plena realización en “contenedores procesales” muy diferentes los unos de los otros<sup>60</sup>. Para tal propósito, consideramos esencial una perspectiva de recuperación del llamado “humanismo procesal”<sup>61</sup> que expresa la renovada necesidad de ubicar en el centro de la intervención penal al imputado y los valores fundamentales que le conciernen.

Cuando los límites nacionales aparecen siempre más fáciles penetrables es necesario *que los principios de legalidad y de justicia de los procesos sigan construyendo el horizonte claro y el marco infranqueable de la acción represiva*<sup>62</sup>. Se trata de “indicadores” esenciales que delimitan un perímetro, o un fondo irrenunciable de garantías, en la ampliación de las competencias penales europeas, imponiendo la plena coherencia de la reglamentación de la cooperación judicial con los principios de la Carta de los derechos fundamentales, por medio de constantes balances con las estrategias de combate y de la eficiencia represiva. En el centro del modelo, se ubica el sistema CEDU con los principios del “proceso justo”, particularmente atento a los derechos del imputado (y de la víctima), capaz no solo de ejercitar repercusiones sobre el caso particular, sino, también, de determinar una influencia notable sobre las particulares legislaciones nacionales y sobre el derecho de la Unión, globalmente considerada.

Las decisiones de la Corte europea de derechos humanos imponen, en efecto, formas de adecuación forzosa cada vez que en él se reconozca la ini-

59 PULITO, L., “La destatalizzazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo”, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 891.

60 DI MARTINO, A., “Principio di territorialità e protezione dei diritti fondamentali nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Osservazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale di alcuni stati membri sul mandato d’arresto europeo”, in AA.VV., *Legalità costituzionale e mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2007, p. 100; PIATTOLI, B., “Mandato di arresto UE: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali”, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 8, pp. 1105 y ss. Un análisis reciente se presenta en BARGIS, M., “Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 19 de mayo de 2015, p. 13.

61 BRENNER, C., *Pour un humanisme processual respectueux de l’autonomie processuelle*, Justices et droit du procès, Parigi, 2010, p. 175.

62 RAFARACI, T., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.VV., *L’area di libertà sicurezza e giustizia*, cit., pp. 3 y ss.

quidad de un proceso específico, independientemente de la causa de la infracción comprobada, que puede ser indiferentemente representada por perfiles estructurales o distorsiones en la aplicación acaecidas en el caso particular<sup>63</sup>. La Corte constitucional italiana ha configurado un nuevo caso de revisión de la sentencia precisamente con el fin de dar actuación a las sentencias europeas que reconozcan la inequidad del proceso<sup>64</sup>.

El modelo del “proceso justo” proporciona un mapa ideal de valores, para comprobar las reglas que cada sistema procesal nacional adopta y para probar la capacidad de resistencia de los actos normativos de la Unión. Pienso, todavía, una vez en la experiencia italiana, mencionada normalmente como ejemplo para la capacidad de realizar un tratamiento diferenciado en los procesos de criminalidad organizada (regulación de la prisión preventiva, de las interceptaciones, de los mecanismos de excepción de aportación de la prueba, de las videoconferencias, del tratamiento penitenciario especial para el detenido por mafia *ex art. 41 bis* del ordenamiento penitenciario italiano). Con una expresión no técnica, el fenómeno es descrito como “doble vía”<sup>65</sup> y alude a una «pluriesquemática procedimental<sup>66</sup> vinculada a las concretas dimensiones del conflicto». En esta perspectiva, la real entidad del hecho del delito, su ontología criminal justifican respuestas procesales desiguales para conductas más o menos graves<sup>67</sup>. Sobre el plano nacional, tal tipo de elección ha encontrado numerosas críticas<sup>68</sup>.

La doctrina italiana ha sugerido “depurar el texto *codicistico* de las normas constituyentes del subsistema regulador de las formas procesales para la investigación de los delitos en materia de criminalidad organizada y de los delitos asimilables”, de modo que, no siendo posible borrar la intrínseca especialidad de estas “disposiciones” parece oportuno confinar las reglas *extra codicem*, exaltando la diversidad y favoreciendo la intangibilidad para los fines

63 En el caso Contrada, la Corte europea ha considerado una violación del principio de taxatividad de la norma penal, en referencia a una imputación por “concurso externo” en asociación mafiosa: Corte Europea de derechos del Hombre, 14 de abril de 2015, Contrada vs. Italia, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

64 Corte Constitucional, 4 de abril de 2011, N.º 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 con anotación de UBERTIS, G., *La revisione successiva a condanna della Corte di Strasburgo*.

65 BITONTI, A., “Doppio binario”, in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2005, pp. 393 y ss.

66 SCAGLIONE, A., “Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata”, in *Giust. pen.*, 2009, III, p. 129.

67 RICCIO, G., “Itinerari culturali e premesse di metodo per la “riscoperta” del modello processuale”, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1327. Son compartibles las argumentaciones generales de ORLANDI, R., “La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela *progressiva* dei diritti fondamentali”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1133 y ss..

68 GAROFOLI, V., “Artt. 190-190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario”, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 945 y ss., crítica el régimen diferenciado de prueba para los delitos enunciados en el artículo 51, § 3-bis CPP.

operativos<sup>69</sup>. Otras interpretaciones han justificado dogmáticamente la posibilidad de regular la tipología de la investigación procesal mirando los perfiles reales del ilícito<sup>70</sup>.

La gravedad del fenómeno requiere respuestas de igual intensidad para alcanzar mejor la concepción publicista del proceso que afecta la función misma de este último y el producto de esta actividad. Esto es la decisión final. El objetivo de una decisión justa, en esta óptica, no es puesto solamente para la protección de los intereses contrapuestos en el caso judicial concreto, sino busca, incluso, el logro del interés superior del Estado<sup>71</sup>.

Existe, sin embargo, la exigencia de equilibrar tales soluciones “diferenciadas” con las preocupaciones vinculadas a evidentes violaciones del principio de igualdad<sup>72</sup>: tratar en modo igual situaciones fuertemente desiguales podría, no obstante, igualmente realizar graves discriminaciones, al negar respuestas procesales a fenómenos gravísimos. Por eso, restricciones parciales de derechos pueden encontrar justificaciones en respuesta a fenomenologías delictuosas de “especial” crueldad.

Por las razones a veces mostradas, todas las elecciones nacionales sufren la influencia cultural del modelo CEDU y ponen problemas de resistencia de las normas procesales “especiales” dictadas para los procesos de criminalidad organizada, donde estos infrinjan los principios del “proceso justo”. Pienso, en particular, en algunas disposiciones “excepcionales” italianas de mayor riesgo de fricción con los preceptos europeos. El art. 190 *bis* CPP originalmente preveía un *iter* de adquisición de la prueba especial para los procesos enunciados en el art. 51, párrafo 3-*bis* CPP, y establecía la tutela protección de un producto probatorio “preconfeccionado”, ya definido y plenamente utilizable en los juzgamientos de “mafia”.

Ahora bien, la originaria formulación de la norma, a pesar de haber sido corregida y edulcorada por la Ley N.º 63 del 2001 para hacerla más compatible con los principios constitucionales del *fair trial* de directa derivación europea, presenta aun hoy aspectos poco compatibles con el valor esencial del contradictorio en la formación de la prueba.

69 AMODIO, E., “Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema”, in *Ind. pen.*, 2003, pp.7 y ss. La expresión “codigo antimafia” es comunmente referida en las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 159/2011, en materia de leyes antimafia y medidas de prevención, in materia di leggi antimafia e misure di prevenzione, a pesar se haya tratado de una intervención parcial de reorganización de materia compleja. Sobre el tema: FIANDACA, G. / C. VISCONTI, “Il Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni e prospettive”, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 5 y ss.

70 PIZIALI, G., “Pluralità dei riti e giudice unico”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 975.

71 TRANCHINA, G., “Impugnazione (Dir.proc.pen.)”, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 700.

72 ORLANDI, R., “Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata”, in *Crit. dir.*, 1999, p. 522.

La Corte Constitucional italiana, hasta ahora, ha mostrado una intención de salvaguardar las disposiciones de “doble vía”, a pesar de ratificar una aceptación limitada, exclusivamente referible a las asociaciones criminales de tipo organizado. Así ha sido en el caso de la presunción absoluta de adecuación de la prisión preventiva por “hechos de mafia”, que la Consulta ha circunscrito a esta tipología de delito, negando cualquier otra posible extensión<sup>73</sup>.

La misma tolerancia para la “doble vía” se ha manifestado en orden de la regulación excepcional de las interceptaciones telefónicas y ambientales, justificada en relación con la gravedad de los fenómenos asociativos por determinar y combatir<sup>74</sup>. En perspectiva análoga, la Corte de casación italiana ha mostrado consideración para las peculiaridades subjetivas y objetivas de los procedimientos relativos al crimen organizado, el cual no siempre ha proporcionado adecuadas “respuestas”, tomando en cuenta las normas “ordinarias” del código<sup>75</sup>. Del mismo modo, entre decisiones de la Corte Europea de derechos humanos se han remarcado la especificidad de la investigación procesal por los hechos de criminalidad organizada<sup>76</sup>.

El camino hasta ahora recorrido parece, por consiguiente, confirmar la posibilidad de estrategias normativas diversificadas para hechos cometidos

- 73 La Corte Constitucional italiana, con una serie de declaratorias de inconstitucionalidad, ha circunscrito la presunción absoluta de adecuación de la medida de detención (antes referida a una de ilícitos penales) a las asociaciones mafiosas. Corte Constitucional, 21 de julio de 2010, N.º 265, en materia de pronografía infantil y delitos sexuales, in *Dir.pen. proc.*, 2010, p. 949; Corte Constitucional, 12 de mayo de 2011, N.º 164, en materia de homicidio voluntario, in *Studium Juris*, 2012, p. 286; Corte Constitucional, 22 de julio de 2011, N.º 231, en materia de asociación dirigida al tráfico de estupefacientes, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2950 y ss.; Corte Constitucional, 16 de diciembre de 2011, N.º 331, sobre el favorecimiento a las inmigraciones ilegales, mencionadas por el artículo t.u. inmigración; Corte Constitucional, 3 de mayo de 2012, N.º 110, sobre la asociación dirigida a la falsificación de la propiedad intelectual o de productos industriales y de introducción y comercio en el territorio nacional de productos con signos falsos, in *Giur. it.*, 2013, p. 521; Corte Constitucional, 29 de marzo de 2013, N.º 57, para los delitos de “contexto mafioso”, agravados por el artículo 7 Decreto Legislativo N.º 152 del 13 de mayo de 1991, convertido en Ley del 12 de julio de 1991, N.º 203, cometidos estos *aprovechándose de las condiciones previstas por el artículo 416-bis del Código penal, o con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones* previstas por el mismo artículo, in *Arch. pen.*, 2013, f. 2, p. 14; Corte Constitucional, 3 de julio de 2013, N.º 213, en materia de secuestro de persona, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2970; Corte Constitucional, 23 de julio de 2013, N.º 232, en materia de violencia sexual en grupo, *ivi*, 2013, p. 3458; Corte Constitucional, 26 de febrero de 2015, N.º 48, en materia de concurso externo en asociación mafiosa, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 de marzo de 2015.
- 74 Corte Constitucional, 14 de noviembre de 2006, N.º 372, in *Arch.nuova proc.pen.*, 2008, p. 119, ha establecido la peculiaridad del régimen de las interceptaciones telefónicas en los procedimientos que se refieren a la investigación de crimen presuntamente capaces de generar particular alarma social.
- 75 Por ejemplo, Casación, Sala I, 12 de junio de 2001, Bagarella, in *C.E.D. Cass.*, p. 219626; Casación, Sala VI, 22 de enero de 1997, Dominante, in *Giust.pen.*, 1998, II, p. 499.
- 76 Cfr., Corte europea de derechos humanos, Contrada vs. Italia, 24 de agosto de 1998, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Sobre el tema ver además KOSTORIS, R., “Verso un processo penale non più statocentrico”, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 8.

por organizaciones criminales transnacionales, siempre que este se mueva en el respeto de los principios de fondo del sistema y no alteren la implementación global del proceso “justo”.

En igual medida, sobre el frente del derecho penal sustancial se permite la flexibilización de ciertos delitos y ciertas garantías en el balance con las contrastantes razones de la seguridad<sup>77</sup>.

El escenario europeo confiere, sin embargo, un renovado interés hacia estas temáticas enriquecidas de nuevos estímulos culturales sobre los análisis en materia de crimen organizado<sup>78</sup>, lo que genera constantes y fatigados trabajos de equilibrio de los diversos intereses en juego, en una óptica pluridimensional, ya no exclusivamente nacional. Este es un objetivo que no puede ser perseguido en abstracto, sino con referencia a cada norma o al particular instituto, en consideración de los *input* europeos y la tenencia, constantemente, en la mira del pleno respeto por los derechos del hombre.

---

77 En estos términos, VIGANÒ, F., “Terrorismo, guerra e sistema penale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, p. 648; GIUNCHEDI, F., “Il coordinamento internazionale in funzione di contrasto della criminalità organizzata e del terrorismo”, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di Gaito, A., II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 22. Sobre el rol insustituible de la doctrina: KALB, L., “Crisi della giustizia penale e contributo del giurista”, in *Proc. pen. giust.*, 2012, f.1, p. 8.

78 FIANDACA, G., “Aspetti problematici del rapporto fra diritto e democrazia”, in *Foro it.*, 2011, V, pp. 5 y ss., insiste sobre el equilibrio entre seguridad y derechos.

