

La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea

Noelia Corral Maraver

Universidad de Málaga

*Abstract**

Durante años la Unión Europea ha venido legislando en temas relacionados con el Derecho penal, principalmente a través de decisiones marco, en el ámbito del tercer pilar. Tras el Tratado de Lisboa se ha reconocido expresamente competencia a la Unión para definir delitos y establecer sanciones a través de directivas (art. 83 TFUE). Dichas normas son vinculantes y tienen una gran influencia en los sistemas penales nacionales. Este trabajo tiene como objetivo analizar la actual política criminal que viene desarrollándose en el seno de la Unión Europea, haciendo hincapié en sus características, peculiaridades y déficits. Dicho análisis es relevante habida cuenta de la influencia de las normas penales europeas en la política criminal nacional. En este estudio se muestra cómo la actual política criminal europea tiene serios defectos de racionalidad, que pueden tener su origen en las diversas fases del procedimiento legislativo, y que afectan negativamente a los Estados miembros.

Jahrelang hat die Europäische Union im Bereich der sog. dritten Säule Rahmenbeschlüsse in Strafsachen erlassen. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Europäische Union zuständig dafür, bestimmte Straftaten und Strafen durch Richtlinien festzulegen (art. 83 AEUV), so wie Harmonisierungsmaßnahmen bezüglich des Rechts der Mitgliedstaaten zu treffen. Der vorliegende Beitrag widmet sich der zeitgenössischen Entwicklung der europäischen Kriminalpolitik, nämlich ihrer wesentlichen Kennzeichen und Mängel. Die Tatsache, dass die EU-Richtlinien die Strafgesetzgebung der Mitgliedstaaten stark beeinflussen, weist der erwähnten Zielstellung großer Bedeutung zu. Ferner wird dargelegt, dass (und worin) ernst zu nehmende, auf die Mitgliedstaaten negativ wirkende Rationalitätsmängel auf den verschiedenen Stufen des Gesetzgebungsverfahrens vorliegen.

For years the European Union has legislated in criminal matters, through Council Framework Decisions within the Third Pillar. The Lisbon Treaty recognized the European Union powers to define crimes and penalties in some cases (art. 83 TFEU), harmonizing the national legislations now through Directives. These norms have a high impact on the Member States' criminal systems. This paper aims to analyze the current criminal policy coming from the European Union, focusing on its character, peculiarities and deficiencies. The importance of such analysis is unquestionable, given the influence the EU legislation has on national criminal policies. This study suggests that the EU criminal policies have a serious lack of rationality – stemming from the law-making process– which may affect the Member States' internal criminal policy.

Titel: Irrationalität der Kriminalpolitik der Europäischen Union.

Title: Lacks of rationality in the EU criminal policy.

Palabras clave: Unión Europea, política criminal europea, Derecho penal, procedimiento legislativo, racionalidad legislativa.

Stichworte: Europäische Union, europäische Kriminalpolitik, Strafrecht, Strafgesetzgebungsverfahren, Irrationalität der europäischen Strafgesetzgebung.

Keywords: European Union, European criminal policy, criminal law, law-making process, rationality.

* La elaboración del presente trabajo ha sido posible gracias al Programa FPU2013/05205 (Formación del Profesorado Universitario) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Sumario

1. Introducción
2. La progresiva adquisición de competencias penales por la Unión Europea
3. La agenda político-criminal de la Unión Europea
4. Principales problemas de la actual política criminal en Europa
 - 4.1. La expansión del Derecho penal europeo a nuevas materias
 - 4.2. Cierta improvisación de la intervención penal en algunos ámbitos
 - 4.3. La importación de algunos rasgos del modelo político-criminal de la seguridad ciudadana
 - 4.4. Escaso respeto de los principios penales garantistas
 - 4.5. La “tecnocratización” del Derecho penal
 - 4.6. La armonización de tercera generación y la petrificación del Derecho
 - 4.7. Inflación sancionatoria y elevación de las penas
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

El Derecho penal no ha sido ajeno al proceso de integración europea y desde hace más de dos décadas la competencia para legislar en asuntos penales no es exclusiva de los Estados nacionales. En nuestros días, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la facultad para la determinación de tipos penales y la imposición y graduación de sanciones en determinados ámbitos constituye una competencia compartida, según el art. 4 del TFUE. Ello supone sin duda una merma del tradicional concepto de soberanía nacional, concepto que, por otra parte, se muestra ya bastante obsoleto en un mundo cada vez más interconectado.

Las normas penales europeas han adoptado regularmente la forma de decisiones marco en el ámbito del tercer pilar comunitario¹ y, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de directivas. Estas normas no son directamente aplicables², sino que requieren de una actuación activa de los Estados miembros, que deben proceder a su trasposición. Así, se pretende armonizar las legislaciones penales de los diversos países, reduciendo las diferencias entre las mismas para conseguir una mejor cooperación penal y policial. El progresivo proceso de aumento de competencias de la UE en materia penal hasta llegar a nuestros días será objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

Si bien no es comparable al ingente volumen de normativa que observamos en otros ámbitos, el número de normas penales europeas que se han ido elaborando en los últimos años es considerable. La incidencia de la política criminal europea en la realidad nacional es por ello

¹ Aunque también se ha hecho uso de otros instrumentos, como convenios, acciones comunes, etc.

² Sin perjuicio de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, antiguo TJCE) que atribuye efecto directo a las directivas en determinados casos. Con respecto a las decisiones marco, véase STJCE del Caso Pupino, de 18 de junio de 2005 (C-105/03).

innegable. Sin embargo, los estudios sobre política criminal siguen muy centrados en el ámbito nacional, no prestando aún la suficiente atención a las actividades del legislador europeo. Bajo mi punto de vista, en el contexto actual resulta de especial utilidad de cara a hacer estudios político-criminales atender al importante fenómeno de la armonización penal de normas de la Unión Europea.

El legislador español ha mostrado tradicionalmente poco celo en trasponer las normas europeas en materia penal. No obstante, esta situación ha cambiado en los últimos años, y en las recientes reformas del código penal por las LLOO 5/2010 y 1/2015 se han traspuesto un total de 9 decisiones marco y 7 directivas. Ello es razón más que suficiente para convencernos de la creciente relevancia de la normativa penal europea y de la necesidad de su estudio de forma separada.

Por otro lado, conviene destacar que, además del mencionado efecto limitador de la soberanía del Estado legislador en materia penal³, la existencia de abundante legislación penal proveniente de la UE provoca otros efectos, menos estudiados pero no por ello irrelevantes, y que merecen ser analizados y valorados.

Por todo ello, el presente artículo pretende realizar un análisis de la política criminal que se está promoviendo en el seno de las instituciones europeas, así como estudiar los rasgos del llamado Derecho penal europeo. Para realizar una aproximación amplia y general al asunto, tendremos en cuenta también el período previo al Tratado de Lisboa, especialmente tras el Tratado de Ámsterdam y la creación del área de libertad, seguridad y justicia.

Conviene aclarar que este estudio no tiene como objetivo cuestionar la armonización penal *per se*. La aproximación de legislaciones tiene buenas consecuencias para el conjunto de los ciudadanos y los Estados miembros, y es irrenunciable en sociedades cada vez más globalizadas, donde los fenómenos delictivos son a menudo supranacionales. Así, se favorece la confianza mutua y el principio de mutuo reconocimiento y se evita el denominado *forum shopping* penal, que puede ser un problema en determinados ámbitos. Pero también hay que atender a esos otros efectos mencionados que no resultan tan positivos y que irremediamente afectan a las respectivas legislaciones de los Estados, introduciendo en las mismas graves defectos de racionalidad.

2. La progresiva adquisición de competencias penales por la Unión Europea

Hace algunos años, en la era pre-Lisboa, la cuestión sobre la competencia de la Unión Europea para armonizar normas penales era fuente de discusión tanto entre la doctrina como dentro de las propias instituciones europeas. Sobre esta cuestión de la evolución de la competencia de la UE en materia penal se ha escrito suficientemente. Pese a ello, no está de más hacer un breve resumen introductorio, sin ánimo de exhaustividad, para una mejor comprensión de la actual situación del Derecho penal europeo.

³ Sobre esto se han vertido ríos de tinta y ha sido una de las mayores preocupaciones de los Estados miembros y de la doctrina científica hasta época reciente.

El primer punto de inflexión en la evolución de la competencia europea en materia penal es la conocida como Sentencia del “maíz griego” (C-68/88), de 21 de septiembre de 1989, que tuvo un enorme valor político⁴. Esta sentencia, al asimilar los intereses financieros nacionales y europeos⁵, abre el camino al deber de los Estados miembros de proteger los intereses comunitarios del mismo modo que protegen los intereses nacionales. Eso atañe al Derecho penal, ya que la protección de ciertos intereses suele ser llevada a cabo por esta vía⁶. Esta sentencia además introduce la expresión “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, que se repetirá muy a menudo en la legislación penal posterior.

Con la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 se crea la estructura de pilares⁷, correspondiendo la materia penal al tercer pilar (justicia y asuntos de interior). En 1997 el Tratado de Ámsterdam promueve la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 2 TUE, antiguo art. B), superada ya la mera unión aduanera. En este tratado se introduce un Título VI al TUE (Tratado de la UE, tercer pilar), sobre cooperación policial y judicial en materia penal (arts. 29 ss., antiguo art. K.1). El art. 31 TUE además prevé que la UE pueda establecer las normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y las sanciones en determinadas materias que se mencionan: delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

En el ámbito del tercer pilar, desde Maastricht, la legislación se desarrollaba mediante un proceso de cooperación entre los Estados⁸, a través del método intergubernamental. Para favorecer la armonización penal, el Tratado de Ámsterdam crea *ex novo* en el art. 34 (antiguo art. K.6) un nuevo instrumento normativo que sería de vital relevancia para el desarrollo del Derecho penal europeo: la decisión marco⁹. En el tercer pilar la armonización de la legislación se llevaba a cabo a través de este nuevo instrumento, que sólo era obligatorio en cuanto al resultado que debía obtenerse, pero

⁴ NIETO MARTÍN, «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, p. 325.

⁵ DANNECKER, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, 2001, p. 56; ESER, «De la concurrencia a la congruencia de los ordenamientos penales nacionales. Vías para el acercamiento jurídico en Europa», *LH-Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 223.

⁶ VERVAELE, «The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in search of a criminal Law Policy?», en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, pp. 187, 188.

⁷ Recordemos que en la estructura de pilares creada por ese tratado el primer pilar se correspondía con la dimensión comunitaria (ciudadanía de la Unión, políticas comunitarias, unión económica y monetaria, etc.); el segundo pilar se encargaba de la política exterior y de seguridad común (PESC), regulada por el Título V del TUE; y el tercer pilar era el correspondiente a justicia y asuntos de interior, que incluía, entre otras materias, la cooperación policial y judicial en materia penal, regulada por el Título VI del TUE.

⁸ Esto era muy criticado por la falta de legitimidad democrática de que adolecía la legislación penal, que se elaboraba mediante un procedimiento en el que prácticamente solo intervenía el Consejo. Véase SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *RP*, (13), 2004, p. 139; EL MISMO, «Crítica a los principios inspiradores del pretendido “Derecho penal europeo”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (eds.), *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 121-128. La situación cambia con el Tratado de Lisboa, que establece el procedimiento de codecisión entre Parlamento y Consejo como procedimiento legislativo ordinario. Pese a ello, algunas críticas a la legitimidad del procedimiento aún se mantienen.

⁹ PALAZZO, «La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam», *RP*, (3), 1999, pp. 38-39; CARRERA HERNÁNDEZ, «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención y entrega», *REEL*, (14), 2007, p. 8.

no en cuanto a la forma y los medios. Ello contrastaba con el primer pilar, que se encargaba de la armonización de forma más detallada a través de reglamentos y directivas¹⁰.

El art 280 TCE (antes art. 209 A) tras el Tratado de Ámsterdam fundamenta por primera vez la competencia expresa de la Comunidad Europea en el ámbito del primer pilar (Tratado de la CE) para adoptar medidas para proteger sus intereses financieros¹¹. Este artículo dio lugar a mucha controversia, pues no dejaba claro si atribuía competencia también en materia penal¹².

Esta polémica se mantendría en la doctrina y también en las propias instituciones, dando lugar a repetidos conflictos entre el Consejo y la Comisión¹³. Ello desembocaría en un recurso de nulidad interpuesto por la Comisión ante el TJCE contra la Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, relativa a la protección penal del medio ambiente¹⁴. El asunto se resolvió con la conocida STJCE de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03), que daba la razón a la Comisión y permitía la elaboración de normas penales en determinados ámbitos en el marco del primer pilar¹⁵. El TJCE reconocía así una cierta competencia accesoria en materias relacionadas con el Derecho penal cuando fuera necesario para garantizar la plena efectividad de la legislación comunitaria en materia medioambiental. Esta sentencia supone un nuevo y significativo paso hacia delante en el Derecho penal europeo¹⁶. Poco después, amparándose en esta jurisprudencia, la Comisión vuelve a recurrir otra norma, la Decisión Marco 2005/667, que refuerza el marco penal para la represión de la contaminación proveniente de buques, lo que da lugar a una nueva STJCE de 23 de octubre de 2007 (C-440/05). Dicha sentencia continúa la línea de su predecesora y también anula la decisión marco objeto de recurso, pero en esta ocasión el TJCE precisa que la determinación de las sanciones no es

¹⁰ La diferencia entre uno y otro método era significativa. En primer lugar, variaba el procedimiento de elaboración de las normas. En el primer pilar se solía llevar a cabo a través del procedimiento de codecisión, en el que participaban las tres instituciones y las votaciones se llevaban a cabo por mayoría cualificada. Por su parte, las decisiones marco en el tercer pilar se creaban y tramitaban por el Consejo, que debía aprobarlas por unanimidad. En segundo lugar, el cumplimiento por parte de los Estados miembros del Derecho comunitario a través de directivas era susceptible de control por la Comisión y el TJCE a través del recurso de incumplimiento, mientras que para las decisiones marco no existía esa competencia de control.

¹¹ DANNECKER, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, 2001, pp. 56-57; GRASSO, «El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea», *LH-Bacigalupo*, t. I, 2004, p. 290.

¹² NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, pp. 331-332; GRASSO, *LH-Bacigalupo*, t. I, 2004, pp. 290-291.

¹³ VERVAELE, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, pp. 191-193.

¹⁴ La Comisión había presentado en 2001 una propuesta de directiva para regular este tema basada en el art. 175 TCE y que preveía la posibilidad de imponer sanciones, que podían ser penales en los casos más graves. El Consejo rechazó esta propuesta y en su lugar legisló la cuestión mediante la decisión marco que se recurrió. El conflicto estaba en si había competencia para legislar en el ámbito comunitario con base en el art. 175.1 TCE (primer pilar) o si procedía hacerlo con base en el art. 34 TUE (tercer pilar). Véase NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, p. 327.

¹⁵ En la citada sentencia, el Tribunal reconoce que en principio no existe competencia en materia penal en el ámbito comunitario, si bien en el párrafo 48º se expresa de la siguiente forma: "Sin embargo, esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente".

¹⁶ Un completo análisis, en ESTRADA CUADRAS, «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret*, (2), 2006, pp. 5-11.

competencia comunitaria, estimando así la petición subsidiaria del Consejo y limitando la competencia accesoria de la Comunidad en materia penal.

El Tratado de Lisboa, que entró en vigor a finales de 2009, supone el último paso en el desarrollo del Derecho penal europeo. Elimina la estructura de pilares y aclara el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Distingue tres tipos de competencias principales: las competencias exclusivas, las competencias compartidas y las competencias de apoyo (arts. 2, 3 y 4 ss. TFUE).

En materia penal, las competencias de la UE están reguladas de forma bastante más clara que antes, en los arts. 82 y 83 TFUE. El art. 82 se refiere a la competencia para aproximar legislaciones en materia procesal, y establece en su apartado segundo que: “En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario”. Por su parte, el art. 83.1 reconoce la competencia penal para armonizar el Derecho penal sustantivo: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”. Estas materias son el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada¹⁷. El apartado segundo del art. 83 TFUE prevé la posibilidad de establecer a través de directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones para armonizar “las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal [cuando] resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización”.

El Tratado de Lisboa no distingue entre descripción de los tipos penales e introducción de niveles en las sanciones, por lo que el problema surgido con la sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007 deja de ser relevante¹⁸.

¹⁷ El mismo art. 83 *in fine* establece que el Consejo, por unanimidad y previa aprobación por el Parlamento Europeo, tendrá la facultad de dictar una decisión en la que defina otros ámbitos delictivos sujetos a competencia comunitaria, siempre que se cumplan los requisitos de transnacionalidad y necesidad señalados. Por ello, la enumeración no tiene carácter de *numerus clausus*.

¹⁸ NILSSON, «Some reflections on the development of an EU criminal policy, on Directives in criminal law and sanctions contained therein», en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, p. 165; ROMEO MALANDA, «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», *EPC*, (32), 2012, p. 334.

En materia de protección de intereses financieros de la Unión Europea, el título competencial a invocar es el art. 325 TFUE; aunque persiste la discusión sobre si existe competencia penal en este campo¹⁹.

3. La agenda político-criminal de la Unión Europea

Una vez aclaradas las competencias de la Unión en materia penal en los últimos años, conviene ahora atender a las líneas político-criminales de que se ha venido ocupando el legislador de Bruselas. Como hemos podido ver, las normas penales sustantivas producidas por la UE, tanto en un principio a través de decisiones marco como más adelante a través de directivas, son vinculantes para los Estados miembros, que están obligados a adaptar sus respectivos sistemas penales a las mismas.

Hay que advertir, sin embargo, que no han existido en la Unión unas líneas político-criminales claras²⁰. Las estrategias políticas en materia penal en el ámbito de libertad, seguridad y justicia desde el Tratado de Ámsterdam vienen estableciéndose en los programas plurianuales de trabajo impulsados por el Consejo Europeo. Hasta la fecha dichos programas han sido las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, que preveía un plan de 5 años, de 1999 a 2004; el Programa de la Haya para el periodo 2004-2009; y, por último, el Programa de Estocolmo, ya en el marco del Tratado de Lisboa, para el período 2010-2014. Estos programas señalan la necesidad de intervenir en determinados ámbitos de delincuencia grave con dimensión transfronteriza (trata de personas, explotación sexual de mujeres y niños, corrupción, blanqueo de capitales, tráfico de drogas, terrorismo...). Básicamente se trata de los mismos “eurodelitos” que aparecen mencionados en el art. 83 TFUE.

También se observa como algunos asuntos aparecen y desaparecen de la agenda política rápidamente, sin motivo aparente²¹. Ello puede explicarse por diversos factores. En primer lugar, la política criminal ha estado muy dominada durante años por los Estados miembros y ha sido regulada de manera casi íntegra por el Consejo de Ministros en el ámbito del tercer pilar. Este es un órgano netamente político y su agenda es tan volátil como la del ejecutivo de cualquier país²².

¹⁹ KLIP, «Towards a General Part of Criminal law for the European Union», en EL MISMO (ed.), *Substantive Criminal Law on the European Union*, 2011, p. 26.

²⁰ Así, por ejemplo, VERVAELE, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, pp. 214 ss.; OUWERKERK, «Criminalisation as a last resort: a national principle under the pressure of europeanisation?», *NJEC*, (3-3/4), 2012, p. 233; KLIP, en EL MISMO (ed.), *Substantive Criminal Law on the European Union*, 2011, p. 26. El propio Parlamento Europeo, en su resolución de 22 de mayo de 2012, «On an EU approach to criminal law», se lamenta de la fragmentaria aproximación que hasta ahora se ha hecho al Derecho penal por parte de la Unión (punto 11).

²¹ La Comisión Europea hizo pública en septiembre de 2011 una comunicación, «Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law», en la que hablaba de la efectiva implementación de políticas europeas a través del Derecho penal. En dicho documento señala también una serie de áreas prioritarias en materia penal (criminalidad económica) y otras áreas de política comunitaria en las que el Derecho penal puede tener un relevante papel (política de pesca, protección de datos, protección del medio ambiente, etc.). Sin embargo, no se incluyen otros campos en los que tiempo atrás la Comisión ha estado muy implicada, como seguridad alimentaria, propiedad intelectual, corrupción, etc. Véase también VERVAELE, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, pp. 211-214. El terrorismo es claramente otro ejemplo de asunto cuya preocupación no es constante.

²² CARAMMIA *et al.*, «Analyzing the Policy Agenda of the European Council», *PoE*, (42-2), 2012, p. 44.

Por ello, la preocupación por la política criminal a menudo derivaba de crisis externas, sin que existiera una verdadera y adecuada planificación.

Sin embargo, con el Tratado de Lisboa, superada la crisis de competencia en materia penal, esta situación podría haber cambiado. La Comisión, que es ahora la principal encargada de elaborar la agenda legislativa también en materia penal, no parece, sin embargo, muy preocupada por definir una agenda político-criminal clara tras el fin del Programa de Estocolmo. Por el contrario, parece más interesada en forzar a los Estados al cumplimiento y adaptación de la legislación penal ya existente, especialmente tras el fin del periodo transicional el 1 de diciembre de 2014. Como se ha señalado, en el marco del antiguo tercer pilar ni la Comisión ni el TJCE tenían competencia para monitorizar el cumplimiento de las decisiones marco. No obstante, el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en diciembre de 2009, en su protocolo 36 establecía un régimen transitorio con respecto a la capacidad de la Comisión y el TJUE de controlar la implementación por parte de los Estados miembros de los instrumentos penales dictados al amparo del tercer pilar. Así, transcurrido un plazo de 5 años –que concluyó el 1 de diciembre de 2014– la Comisión podría finalmente interponer recurso contra los Estados miembros por incumplimiento de esas disposiciones. Ahora, por lo tanto, la Comisión ya tiene plena competencia para garantizar el cumplimiento de todo el acervo penal y parece decidida a hacerlo, habida cuenta del escaso número de decisiones marco que han sido efectivamente traspuestas en todos los países. La Comisión Europea, en definitiva, parece ahora más preocupada por el control del incumplimiento de la legislación ya elaborada o por la *lisbonización* de las normas penales del tercer pilar –decisiones marco–²³ para corregir la defectuosa implementación de las mismas²⁴, que por la profundización en nuevos ámbitos.

La crisis económica también está haciendo que la prioridad de las instituciones no sea precisamente la materia penal. Ello permite explicar que el Consejo Europeo no haya desarrollado un nuevo programa de acción para definir el rumbo político-criminal de la Unión tras el agotamiento del Programa de Estocolmo. Por su parte, la agenda de trabajo de la Comisión para 2016, presentada en octubre de 2015, se limitaba a prever en materia penal una reforma de la decisión marco de lucha contra el terrorismo como forma de hacer frente a los últimos atentados y que se ha traducido en una propuesta legislativa, y otra reforma respecto al uso fraudulento de medios de pago distintos a efectivo²⁵. En definitiva, pese a que la UE aspira a establecer una política criminal común y coherente, y así se desprende de diversos documentos como comunicaciones o acuerdos

²³ Por *lisbonización* se conoce entre la doctrina la práctica seguida en los últimos tiempos por las Instituciones europeas de convertir en directivas algunas decisiones marco dictadas al amparo del tercer pilar. De esta forma, la Comisión, una vez pasado el periodo de trasposición, podía exigir el cumplimiento de las obligaciones de legislar a los Estados miembros, ante la inexistencia de posibilidad de control de las normas penales del tercer pilar antes de diciembre de 2014.

²⁴ Así se desprende de diversos documentos, como el informe «The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty. Who Monitors Trust in the European Justice Area?», redactado por diversos profesores bajo el encargo del LIBE Committee (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), del Parlamento Europeo. Véase dicho informe, pp. 36-37. También del propio «2014 Annual Report Monitoring the application of Union law» de la Comisión, en el que además de dar datos sobre el incumplimiento del Derecho comunitario en dicho año, se encarga de recordar a los Estados miembros el fin del periodo de transición y sus efectivos poderes para exigir el cumplimiento. Véase dicho informe, pp. 23-24.

²⁵ Commission Work Programme 2016, «No time for business as usual», COM (2015) 610 final. Sobre la propuesta de nueva directiva de lucha contra el terrorismo, veáse *infra*, nota 42.

interinstitucionales, por ahora esos esfuerzos se realizan, como señala VERVAELE, sin ningún tipo de coherencia institucional, y tienen, por lo tanto, escaso éxito²⁶. Es de esperar que tal situación no cambie a corto plazo, habida cuenta de la prioridad en hacer frente a la crisis política desencadenada tras el triunfo de los partidarios del *Brexit* en Reino Unido y la previsible salida de este país de la Unión Europea.

Pese a todo, la observación de la actividad de las instituciones europeas y de las normas dictadas en materia penal permite detectar una serie de rasgos definitorios que podrían caracterizar la política criminal europea de los últimos años. Dichos rasgos son relevantes porque provocan importantes consecuencias prácticas en el momento de la trasposición por los Estados miembros. Al igual que sucede en el ámbito nacional, algunos pueden resultar problemáticos o constituir obstáculos para la construcción de una política criminal racional. Como veremos, es frecuente que el legislador penal europeo actúe sobre diversas materias de manera improvisada, con ocasión de hechos puntuales que crean alarma social. También se está produciendo una expansión de las materias objeto de legislación penal o una legislación que a menudo no respeta los principios garantistas básicos.

4. Principales problemas de la actual política criminal en Europa

Los problemas o vicios de la política criminal a nivel europeo, como veremos, son a menudo un reflejo de similares defectos existentes en la política criminal de los Estados miembros. Los legisladores nacionales y el legislador europeo no son ajenos unos a otros, y los procedimientos de creación legislativa no son compartimentos estancos sino que existen numerosos vasos comunicantes (representantes políticos, consultas a la sociedad civil...). Por eso es normal que determinados rasgos o déficits de la política criminal de los Estados se transmitan al ámbito comunitario. Como lamenta NIETO MARTÍN, "el Derecho penal europeo ha tenido la desgracia de nacer en un mal momento"²⁷. También es cierto que esos rasgos no son idénticos a los que observamos en el ámbito nacional sino que contienen características propias, fruto de la diferente configuración institucional y jurídica del Derecho de la Unión. Algunos, incluso, son exclusivos de la política criminal europea, dada la especialidad del Derecho, estructura y procedimientos de la UE.

4.1. La expansión del Derecho penal europeo a nuevas materias

En pocos años se ha pasado de negar la competencia de la UE en materia penal a ver cómo esta se va extendiendo y afectando a cada vez más ámbitos²⁸. Se va produciendo, por tanto,

²⁶ VERVAELE, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, p. 224.

²⁷ NIETO MARTÍN, «La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. European Criminal Policy Initiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea», *RGDP*, (13), 2010, p. 3.

²⁸ El núcleo duro del Derecho penal europeo lo forman los delitos contra los intereses financieros de la UE. Luego existe otro conjunto de bienes jurídicos relacionados con la existencia de la UE, que también se incluyen (protección del euro). Paulatinamente, el Derecho penal se extiende a otros delitos análogos o delitos-obstáculo (blanqueo, criminalidad organizada...). Véase SOTIS, «Estado actual y perspectivas de futuro de la armonización del Derecho penal material», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, pp. 111-112.

progresivamente una expansión del Derecho penal europeo vía armonización²⁹. Actualmente, puede armonizarse todo el catálogo de conductas enumeradas en el art. 83 TFUE, sin perjuicio de que por un acuerdo unánime del Consejo pueda ampliarse la competencia a nuevas conductas. Puesto que dicho precepto alude a conceptos criminológicos, su interpretación puede hacerse ya de forma amplia, afectando a una gran cantidad de conductas delictivas³⁰.

Resulta usual citar como justificación de la extensión de la competencia penal de la UE la necesidad de hacer frente a las nuevas formas de criminalidad y los nuevos riesgos creados o incrementados por el fenómeno de la globalización. La armonización de legislaciones penales deviene así necesaria para evitar el surgimiento de los llamados “paraísos penales”, arguyendo que los Estados nacionales no cuentan con la capacidad para hacer frente a este tipo de conductas³¹. En efecto, no cabe duda de que la globalización, al posibilitar la libre y rápida circulación de información, capitales y personas, favorece la extensión de la criminalidad en ciertos ámbitos, especialmente en el de los delitos socioeconómicos, y la cooperación penal supranacional resulta necesaria. No obstante, este argumento a menudo se usa con carácter maximalista, hablándose de criminalidad global ante conductas que no son más que manifestaciones criminales comunes con algún elemento transnacional³².

Bajo mi punto de vista, la armonización en Derecho penal sustantivo a veces se usa como forma de lucha contra la delincuencia por sus claros efectos simbólicos, en detrimento de otras medidas de cooperación policial o judicial en materia penal que podrían resultar tanto o más efectivas³³. Por tanto, no siempre está claro que éste sea el instrumento adecuado para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad. Este carácter simbólico está relacionado con la falta de justificación del porqué de la elección del Derecho penal que denuncia OUWERKERK. Esta autora llama la atención sobre el hecho de que normalmente las instituciones comunitarias no justifiquen el motivo por el que deciden criminalizar una conducta o por qué usan el Derecho penal en lugar de otros medios, inobservando el principio de *ultima ratio*³⁴. En efecto, es común que la sola afirmación por parte del Consejo o la Comisión de que existe un problema cuya solución pasa por la armonización de normas penales se configure como un motivo de peso, sin ulterior aclaración, de la necesidad del recurso al ordenamiento penal³⁵. Las propias instituciones han reconocido en cierta medida estos déficits en la justificación de las normas penales³⁶.

²⁹ NIETO MARTÍN, «El Derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, 2010, p. 229.

³⁰ KUBICIEL, «Ciencia del Derecho penal y política criminal europea», *RDPC Externado*, (34-97), 2013, p. 33.

³¹ ROMEO MALANDA, *EPC*, (32), 2012, pp. 315-317.

³² VOGEL, «Derecho penal y globalización», *AFDUAM*, (9), 2005, pp. 115-117.

³³ SOTIS señala que en el Derecho penal de la UE prima el fin simbólico, porque Europa está a la búsqueda de su identidad y añade que existe el riesgo de que construya dicha identidad a partir del ordenamiento penal. Véase SOTIS, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, p. 108. Véase también, en consonancia con esta idea, VOGEL, «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea», *Revista Penal*, (10), 2002, p. 118; KUBICIEL, *RDPC Externado*, (34-97), 2013, p. 31.

³⁴ OUWERKERK, *NJECL*, (3-3/4), 2012, pp. 232-234.

³⁵ KUBICIEL, *RDPC Externado*, (34-97), 2013, pp. 33-34.

³⁶ Propuestas para mejora de la legislación en este sentido se pueden encontrar en los siguientes documentos: «Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations Justice and Home

En realidad, la expansión de la legislación penal a instancia de organismos internacionales está muy relacionada con los nuevos riesgos de las sociedades posmodernas y la forma en ocasiones sobredimensionada en que éstos se perciben por la ciudadanía³⁷. Esa sensación se plasma en los eurobarómetros, que normalmente reflejan cómo la delincuencia es una de las principales preocupaciones de los ciudadanos europeos, si bien con notables fluctuaciones relacionadas normalmente con acontecimientos concretos. Las instituciones europeas sienten, y así lo expresan en múltiples documentos, que los ciudadanos esperan de ellas una lucha más fuerte contra la delincuencia³⁸.

4.2. Cierta improvisación de la intervención penal en algunos ámbitos

Como decíamos más arriba, las decisiones penales a veces se producen como consecuencia de presión social o política, sin la debida meditación. A este fenómeno no es ajena la Unión Europea, especialmente en determinadas materias como el terrorismo, respecto del cual no existe una política criminal estable, sino que la legislación se hace de manera apresurada cada vez que se produce alguna “crisis exógena”³⁹. La lucha contra el terrorismo empezó a ser asunto relevante para las instituciones europeas a partir de los atentados del 11-S, en 2001, en Estados Unidos. El día 21 de ese mismo mes se reunió un Consejo Europeo, que aprobó un Plan de acción contra el terrorismo⁴⁰, y poco después se aprobó la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, además de otras medidas de cooperación. Pronto se diluyó el interés por esta política antiterrorista, hasta el atentado de Madrid del 11 de marzo de 2004, que provoca que el tema del terrorismo sea tratado como prioritario en el Programa de La Haya, y que dio lugar a nuevas medidas de acción. Algo similar ocurre tras los atentados de Londres de 7 de julio de 2005, cuando, presidiendo el Reino Unido el Consejo, se impulsan diversas medidas para mostrar liderazgo, que terminarán dando lugar a la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, que modifica la de 2002⁴¹. Con los recientes atentados al semanario francés *Charlie Hebdo* y los atentados posteriores en el centro de París en noviembre de 2015, se ha vuelto a abrir el debate, y parece que de nuevo la UE se ha lanzado a legislar en materia antiterrorista, habiendo presentado

Affairs” de 2009, «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards an EU Criminal Policy», de 2011; y en la «European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law». Más recientemente, la Comunicación de la Comisión «Better regulations for better results», de 2015, también manifiesta la necesidad de que las normas europeas –no menciona concretamente de las de carácter penal– deban estar basadas en datos y evidencias empíricas.

³⁷ Véase, respecto a la institucionalización del riesgo y la sensación social subjetiva de inseguridad, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., 2001, pp. 28-39.

³⁸ En los primeros resultados del eurobarómetro de 2015 (nº 83) el terrorismo y la delincuencia aparecen, respectivamente, como la quinta y la séptima preocupación de los ciudadanos, lo cual supone un notable incremento desde el anterior instrumento de otoño de 2014 (eurobarómetro nº 82). El atentado terrorista en Francia a principios de 2015 puede explicar el gran incremento de la preocupación por el terrorismo. Textos disponibles en: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/index#p=1&instruments=STANDAR>

³⁹ ARGOMANIZ, «El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea», *CIDOB d’Afers Internacionals*, (91), 2010, pp. 127, 131.

⁴⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, (2), 2012, p. 123; ARGOMANIZ, *CIDOB d’Afers Internacionals*, (91), 2010, p. 128.

⁴¹ Véase ARGOMANIZ, *CIDOB d’Afers Internacionals*, (91), 2010, pp. 127 ss.

la Comisión Europea una propuesta de Directiva de lucha contra el terrorismo en diciembre de 2015, en la que incluye la incriminación de nuevas conductas⁴².

La improvisación está directamente relacionada con la ausencia de una clara y definida política criminal en el seno de las instituciones. También influye el hecho de que durante mucho tiempo las decisiones político-criminales hayan dependido de los Estados miembros, que podían presentar propuestas legislativas al Consejo, lo que a veces derivaba en que éstos trataran de exportar intereses nacionales al ámbito europeo, a veces intentando esquivar así el control en sus parlamentos estatales⁴³. El ejemplo más significativo en el ámbito penal lo constituye la acción de Bélgica para impulsar políticas europeas contra la delincuencia sexual a raíz del conocido caso Dutroux⁴⁴.

Observamos pues que la política criminal, pese a su relevancia social y el interés de la ciudadanía en ella, no siempre es tratada con el mismo nivel de esmero que otras políticas públicas, tampoco en el ámbito del Derecho comunitario.

4.3. La importación de algunos rasgos del modelo político-criminal de la seguridad ciudadana

Es fácil observar que numerosos defectos que se aprecian en la política criminal estatal de muchos países de la UE se extrapolan también a la política criminal comunitaria. Los representantes políticos de las diversas instituciones comunitarias que se encargan de la elaboración de las normas penales proceden normalmente de las altas instituciones de los Estados miembros, pues es común que antes de llegar a un cargo político europeo se hayan ostentado otros altos cargos a nivel nacional. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que las tendencias rigoristas en política criminal son una realidad en todo el mundo occidental, no es sorprendente que se trasladen a la Unión y que la supuesta tecnicidad que en ella impera no sea capaz de evitarlo.

Lo que se produce desde hace años en los distintos Estados occidentales es una progresiva instauración de un nuevo modelo político-criminal: el modelo de la seguridad ciudadana⁴⁵. Algunos de los factores sociales que han contribuido al asentamiento de este modelo en la política criminal nacional han permeado el escenario europeo⁴⁶. Entre ellos cabe citar:

i) En primer lugar, el incremento de los sentimientos de inseguridad ante la percepción de riesgos, que es un fenómeno que incrementa las actitudes punitivas de los ciudadanos. Ello influye tanto

⁴² Documento disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-security/legislative-documents/docs/20151202_directive_on_combatting_terrorism_en.pdf

⁴³ PRINCEN, «Agenda-setting in the European Union: a theoretical exploration and agenda for research», *JEPP*, (14-1), 2007, pp. 26-27.

⁴⁴ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, 2011, pp. 254-256.

⁴⁵ No son pocos los autores que llaman la atención sobre este fenómeno a nivel interno, si bien refiriéndose al mismo con diversas denominaciones, como “modelo de populismo punitivo” y “Derecho penal del enemigo”. No obstante, estos no son sino manifestaciones de un fenómeno más amplio como es la instauración del modelo de seguridad ciudadana. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, 2007, pp. 69 ss.

⁴⁶ Véase NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías*, 2010, p. 230.

en el legislador nacional como en las instituciones comunitarias, cuyos estudios reflejan a veces estos estados de opinión. Un buen ejemplo de ello son los eurobarómetros, que se publican bianualmente y que siempre suelen reflejar la delincuencia como una de las principales preocupaciones sociales de los ciudadanos de la UE⁴⁷.

ii) La creciente relevancia de los intereses de las víctimas, que participan en los procedimientos de elaboración de normas penales a través de asociaciones. Esto también ocurre en el seno de la UE, que potencia enormemente la participación de los diversos actores de la sociedad civil en el procedimiento legislativo. Así, por ejemplo, desde 2008 existe la NAVT (*Network of Associations of Victims of Terrorism*), en la que se integran diversas asociaciones de víctimas. Dicha asociación elaboró una Carta Europea de los derechos de las víctimas del terrorismo en 2009 y participó en la elaboración de la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁴⁸.

iii) El rédito electoral que siempre da a los diversos partidos políticos la lucha contra la delincuencia y las actitudes populistas no es exclusivo del escenario nacional. Debemos considerar que las medidas antiterroristas aprobadas bajo la presidencia inglesa tras los atentados de Londres atendían especialmente a transmitir imagen de fortaleza del gobierno inglés de cara a sus propios ciudadanos. Además, no hay más que echar un vistazo a los programas políticos de los partidos europeos para ver que —si bien unos con mayor énfasis que otros— todos llevan como una de sus prioridades la lucha contra la delincuencia. Se produce también aquí una cierta pérdida de perfil ideológico, pues casi todos los grupos plantean graves medidas —normalmente en la línea de mayores sanciones— para luchar contra la delincuencia y en la búsqueda de una mayor seguridad.

iv) La intervención de la sociedad en la elaboración de normas penales es también un fenómeno global. Lo que debería observarse como un fenómeno positivo, manifestación de una mayor preocupación por la calidad democrática de la legislación penal, plantea también su lado negativo cuando observamos que dicha intervención se suele traducir en un incremento del punitivismo. Así, por ejemplo, en materia penal el Parlamento Europeo, única cámara de representación directa en la UE, acostumbra a incluir enmiendas a la propuesta legislativa de la Comisión en la línea de un tratamiento más duro de la delincuencia o una mayor criminalización⁴⁹. Por otra parte, el Tratado de Lisboa prevé que un grupo de un millón de ciudadanos de un número significativo de Estados miembros pueda presentar una iniciativa legislativa ciudadana ante la Comisión, que podrá aceptarla o rechazarla (art. 11.4 TUE, desarrollado por el Reglamento (UE) 211/2011, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana). Aún no ha prosperado ninguna iniciativa ciudadana en materia penal, pero no es descartable que lleguen a producirse en el futuro y que la dinámica sea la del endurecimiento de la legislación penal antes que la reivindicación de postulados garantistas. No obstante, ante lo estricto de los requisitos (desde la puesta en marcha del sistema sólo han prosperado 3 iniciativas) y, sobre todo, la inexistencia de una opinión pública

⁴⁷ Véase *supra*, nota 38.

⁴⁸ <http://www.europeanvictims.net/>

⁴⁹ VERVAELE, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, p. 216.

europea sólida, estas iniciativas populares se canalizarán más comúnmente a través de los diversos grupos de presión y asociaciones en un plano más informal.

v) La revalorización de la pena de prisión también parece estar produciéndose en la UE, ya que numerosos instrumentos normativos en materia penal imponen a los Estados la obligación de aplicar penas de prisión. En un primer momento las normas europeas que incluían sanciones solían limitarse a pedir que estas fueran proporcionadas, efectivas y disuasorias, siguiendo la coda que popularizó la sentencia del maíz griego. Paulatinamente, las normas penales se van volviendo más detalladas en lo que respecta a la sanción. En el documento Droipen 33, aprobado por el Consejo en 2002, se establece un modelo de 4 niveles para la determinación de las sanciones penales: 1) penas de prisión con un máximo entre 1 y 3 años; 2) penas con un máximo entre 2 y 5 años de prisión; 3) penas con un máximo entre 5 y 10 años de prisión; y 4) penas con un máximo de al menos 10 años de prisión⁵⁰. Las normas penales europeas suelen desde entonces seguir estas indicaciones a la hora de delimitar las sanciones.

4.4. Escaso respeto de los principios penales garantistas

Los sistemas penales occidentales, en especial los de Derecho continental, están basados en una serie de principios garantistas, provenientes del Derecho penal liberal del siglo XIX, y que han de ser observados, principalmente como garantía de respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. De hecho, algunos de estos principios suelen estar positivados en ellas o en los códigos penales. La corta edad del Derecho penal europeo provoca que los principios que deba respetar este ordenamiento penal sean aún rudimentarios. No existe además un acuerdo sobre cuáles sean o deban ser estos principios en el ámbito del acervo penal europeo.

En el año 2009 un grupo de profesores de Derecho penal, provenientes de diez países de la UE, firman un manifiesto sobre política criminal europea en el que hacen una valoración de la misma, llamando la atención sobre sus aciertos y sus defectos⁵¹. En dicho texto se detallan ciertos principios comunes que debería respetar el ordenamiento penal europeo y que son, a su vez, útiles para medir el estado de la política criminal en Europa. Éstos serían: el principio de necesidad de una finalidad de tutela legítima, el principio de *ultima ratio*, el principio de culpabilidad, el principio de legalidad, el principio de subsidiariedad y el principio de coherencia⁵². Esta lista de principios es de gran utilidad de cara a evaluar en una primera aproximación la política criminal europea y su respeto por los postulados garantistas. Ello sin perjuicio de que pudiéramos encontrar otros principios aplicables, como el principio de proporcionalidad, o que pudiéramos entender el principio de *ultima ratio* como una manifestación del principio de subsidiariedad.

⁵⁰ Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of penalties, 24th and 25th April 2002 (documento Droipen 33).

⁵¹ Véase AA.VV., «Manifiesto sobre la política criminal europea», *ZIS*, (12), 2009, pp. 727-729. Puede consultarse el texto en <http://www.crimpol.eu/>.

⁵² Estos principios no son exactamente idénticos a sus homólogos en los ordenamientos nacionales, sino que pretenden ser válidos para las especiales características del Derecho penal europeo.

El Derecho penal europeo, sin embargo, no siempre se muestra respetuoso con algunos de ellos, tendencia que es especialmente pronunciada en algunos ámbitos, como terrorismo o criminalidad organizada. Así, por ejemplo, el principio de necesidad de un interés de tutela legítima no se respeta en diversos casos. La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, determina a los Estados miembros a tipificar en sus respectivos ordenamientos ciertas conductas como la incitación pública a la violencia o al odio, que puede realizarse de múltiples maneras, entre ellas con la difusión de imágenes o escritos, o conductas de apología, negación o “trivialización flagrante” de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, entre otros (art. 1). La tipificación de dichas conductas despierta hoy gran oposición por parte de la doctrina al considerar que no tienen entidad suficiente para lesionar bienes jurídicos y que, por tanto, no deberían constituir ilícitos penales.

Algo similar ocurre en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, cuyo art. 1 b) iii considera pornografía infantil la conocida como pornografía virtual: “imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”⁵³. También se considera pornografía infantil cuando el material pornográfico represente a una persona real que parezca ser un niño realizando las conductas señaladas, pese a que realmente la persona pudiera ser mayor de edad. Esta norma ha sido sustituida recientemente por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sigue recogiendo e incluso ampliando estas conductas. Así, en el art. 2 c) iv) de la Directiva, además de considerar pornografía infantil las imágenes realistas de un menor inexistente participando en una conducta sexualmente explícita, también lo será el uso de “imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”. Es discutible que tales comportamientos atenten contra la indemnidad o libertad sexual de los menores y que produzcan un daño grave que deba involucrar al Derecho penal, por lo que difícilmente pueden tales conductas respetar el principio de necesidad de un interés de tutela legítima.

El principio de *ultima ratio* es uno de los grandes ignorados en la política criminal europea. Normalmente no se justifica por qué se acude al Derecho penal y no a otro tipo de sanciones o de medidas extrapenales que, siendo menos invasivas para los derechos fundamentales, podrían ser igual de eficaces⁵⁴. Así, por ejemplo, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, al regular conductas como la provocación pública al terrorismo, “independientemente de que promueva o no directamente la comisión de los delitos de terrorismo” o la formación y el reclutamiento para el terrorismo, que no conllevan un resultado lesivo – tan solo un peligro a veces de carácter abstracto –. La tipificación de estas conductas como

⁵³ La conducta del inciso i) consiste en practicar o participar en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño

⁵⁴ En este sentido y señalando la necesidad de elaborar criterios de criminalización para conseguir cumplir con este principio, véase OUWERKERK, *NJECL*, (3-3/4), 2012, pp. 233-234.

delito de terrorismo constituye un adelantamiento de las barreras de protección penales poco compatible con el principio de *ultima ratio*⁵⁵ y puede atentar también contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad penal.

Estos mismos principios son también vulnerados por aquellas normas que equiparan conductas de muy diversa gravedad⁵⁶, a menudo adelantando las barreras de protección penal y llegando a criminalizar conjuntamente conductas que serían de colaboración y otras que constituirían meros actos preparatorios⁵⁷. Ello puede suponer una clara vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en no pocas ocasiones y, por ende, también del principio de coherencia. A modo de ejemplo, cabe citar la Decisión Marco del Consejo, 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, que equipara conductas de distinta gravedad como los atentados graves contra la vida de las personas o la toma de rehenes y otros como la perturbación de suministros o la amenaza de realización de algún comportamiento terrorista (art. 1.1). Esta norma también prevé una regulación muy amplia de la participación en las actividades terroristas (suministro de información y medios materiales y “cualquier forma de financiación de sus actividades”, con conocimiento de que se van a usar en sufragar dicha actividad), cuya pena será de al menos 8 años de prisión en cuanto a su límite máximo. La Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, también prevé una tipificación muy amplia para la conducta de participación en organización delictiva, incluyendo la participación activa, la facilitación de información o medios, cualquier forma de financiación o la conducta consistente en el “acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el art. 1”⁵⁸, “aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad” (art. 2). Como es fácil apreciar, son conductas desiguales en cuanto a su gravedad, algunas constituyen meros actos preparatorios, y su equiparación por el legislador supone una violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. También, más recientemente, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, iguala distintos comportamientos para definir el delito de trata: “[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de

⁵⁵ Véase AA.VV., *ZIS*, (12), 2009, pp. 730-731. Dichos comportamientos, que fueron incluidos en nuestra legislación por la LO 5/2010, acaban de ser modificados de nuevo, con base en la citada Decisión Marco 2008/919/JAI, por la nueva reforma del Código penal por la LO 2/2015 para luchar contra el terrorismo yihadista.

⁵⁶ AA.VV., *ZIS*, (12), 2009, p. 732.

⁵⁷ Sin perjuicio de que la mayoría de decisiones marco y directivas también prevean en su articulado la obligación de sancionar penalmente conductas de inducción, cooperación o complicidad. Normalmente, si bien no siempre, sólo se exige que dichas conductas sean sancionadas mediante el Derecho penal, sin establecer previsiones específicas en cuanto a la pena.

⁵⁸ El art. 1º se refiere a cualquier delito sancionado con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración superior a 4 años o con una pena más grave, siempre que la conducta tenga por objetivo la obtención de un beneficio económico.

vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”.

Por otro lado, el mandato de determinación, uno de los componentes del principio de legalidad penal, también se ignora a menudo cuando algunas de estas normas prevén tipos excesivamente amplios, que dan lugar a inseguridad jurídica. Esto ocurre con bastante frecuencia, ya que son comunes las enumeraciones de conductas típicas vagamente definidas, que causan dudas en cuanto a su significado. Esto se puede apreciar en diversas normas, como la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas e inspirada en Convenciones de NNUU previas⁵⁹; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo⁶⁰; o la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal⁶¹. También constituye una violación al principio de determinación la introducción de expresiones especialmente indeterminadas, como ocurre con la reiterada fórmula “explotar de algún otro modo a un menor para esos fines” recogida en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶².

⁵⁹ Dicha norma recoge una gran cantidad de conductas típicas en su art. 2.1.: “a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines”.

⁶⁰ “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas (...)” (art. 2).

⁶¹ Dicha norma recoge en un art. 3 una gran cantidad de conductas lesivas que pueden constituir delito contra el medio ambiente: “el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas”, “la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos) (...)”, “el traslado de residuos, la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales(...)”, “la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas (...)”, “la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres (...)”, “el comercio de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres (...)”, “cualquier conducta que cause el deterioro significativo de un hábitat dentro de un área protegida”, “la producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono”.

⁶² Así se recoge en el art. 4.2: “Hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”, así como en el art. 4.5: “Hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”.

Una de las mayores críticas a la UE a la hora de legislar en materia penal es el sistemático incumplimiento del principio de subsidiariedad. Este principio posee especial relevancia, pues determina también la competencia penal de la UE. Al ser la cooperación penal una competencia compartida, la UE solo puede entrar a legislar en materia penal cuando los Estados miembros no puedan hacerlo con los mismos resultados o eficacia. Lamentablemente, es común en las normas penales encontrar un considerando que establezca: “Dado que los objetivos de la presente Decisión Marco/ Directiva no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión de la acción pueden lograrse mejor a nivel de la Unión”⁶³. Por supuesto, la intervención penal puede estar justificada, pero, desde luego, para considerar cumplido este principio se requiere de una mayor justificación por el legislador, explicando por qué la armonización del Derecho penal material a nivel europeo es el medio más adecuado para luchar contra el tipo de criminalidad de que se trate.

Por último, en ocasiones las sanciones penales establecidas por las normas europeas vulneran el principio de coherencia tanto horizontal, en relación al propio Derecho comunitario, como vertical, respecto al ordenamiento interno de los Estados miembros. Esto último ocurrió con la Decisión Marco 2008/919/JAI sobre terrorismo, la cual obliga a los Estados a imponer al menos una pena de 15 años como límite máximo para algunas conductas. Ello dio problemas al Estado finlandés, cuyo ordenamiento no contemplaba penas privativas de libertad tan graves, y le obligó a realizar ejercicios de ingeniería jurídica para aplicar la norma⁶⁴. También puede cuestionarse el respeto del principio de coherencia en sentido vertical ante normas como las relativas a la protección contra la trata y la pornografía infantil, que prevén penas superiores a 10 años o de 5 a 10 años de prisión, respectivamente, en algunos casos⁶⁵. Lo mismo cabe decir de la regulación de los delitos contra los sistemas informáticos, modificada en nuestro Código penal por la LO 1/2015 en adaptación de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo. Dichos delitos, con penas de hasta 3 y 5 años de privación de libertad (arts. 264 y 264 bis) en cumplimiento del mandato europeo, pueden resultar desproporcionados comparados con otros similares del Código penal español⁶⁶. Ello hace que en algunos ordenamientos, como el español, estos delitos lleguen a rozar o incluso a superar penas de otros delitos más graves no sujetos a armonización.

⁶³ Así, entre otras, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo; la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; la Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal; la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; o la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

⁶⁴ Véase AA.VV., *ZIS*, (9), 2009, p. 735.

⁶⁵ Véase Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo y Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo

⁶⁶ Así también DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal europeo y legislación española. Las reformas del Código penal*, 2015, p. 98.

Es probable que esta despreocupación que ha mostrado hasta época muy reciente la política criminal europea por los postulados garantistas básicos obedezca a la particular forma de desarrollo del ámbito penal en el seno de la Unión. En un primer momento, ante los conflictos de competencia para legislar en Derecho penal sustantivo, la UE se centró en la necesidad de mejorar la cooperación judicial y policial en materia penal. La aproximación de legislaciones ha sido y sigue siendo (arts. 82.1 y 83.2 TFUE) una forma de conseguir una mejor cooperación transnacional en materia judicial y policial. El Derecho penal sustantivo europeo ha estado regido por criterios ligados a la efectividad⁶⁷, para permitir una mejor aplicación de las normas procesales de cooperación penal, y no tan preocupado por el respeto de garantías jurídicas. Pese a ello, en los últimos años la Comisión y el Parlamento Europeo están mostrando cierto interés en hacer frente a estos problemas y conseguir una legislación más racional y coherente, que respete algunos de los principios garantistas básicos arriba señalados. O, al menos, así se desprende de la comunicación de la Comisión de 2011 y de la resolución del Parlamento un año más tarde en la que se declara que las normas penales deben respetar una serie de principios⁶⁸. Algunos de los principios allí mencionados coinciden con los del manifiesto, si bien hay aún cierta divergencia entre ambas instituciones. No está claro si las futuras normas penales europeas prestarán mayor atención a estas cuestiones⁶⁹.

4.5. La “tecnocratización” del Derecho penal

Este fenómeno es prácticamente inexistente en el plano nacional. Al menos en España, las decisiones legislativas en materia penal suelen provenir del Gobierno, que las presenta como proyectos de ley, y la intervención de los expertos en el proceso de elaboración de las normas es bastante escasa⁷⁰.

Las normas penales de la Unión Europea, ahora mayoritariamente elaboradas por técnicos al servicio de la Comisión, potencian su perfil técnico y supuestamente objetivo y están menos politizadas que en los Estados miembros, seguramente también en un deseo de alcanzar los amplios acuerdos requeridos en las Instituciones para su aprobación. Por supuesto, esto no

⁶⁷ HERLIN-KARNELL refiere que el principio de efectividad ha venido usándose en el ámbito de la UE como un eslogan constitucional y denuncia la vaguedad del mismo y los peligros de su uso extensivo; HERLIN-KARNELL, «Effectiveness and constitutional limits in European Criminal Law», *NJECL*, (5-3), 2014, pp. 269-270, 273. Véase también MELANDER, «Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the general part of Criminal Law», *NJECL*, (5-3), 2014, pp. 277-279; MITSILEGAS, «From overcriminalisation to decriminalisation. The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law», *NJECL*, (5-3), 2014, pp. 418-420.

⁶⁸ Véase «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards an EU Criminal Policy», de 2011; y «European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law».

⁶⁹ Por ahora, algunas de las últimas normas, como la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, o la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, también adolecen de alguno de los vicios arriba mencionados, como falta de determinación de las conductas, cláusula modelo para justificar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad o problemas de coherencia vertical.

⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, 2007, pp. 20-58; BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, 2013, pp. 68 ss.

significa que no existan normas penales motivadas principalmente por fines e intereses políticos⁷¹, pero ello no es tan evidente en todas las materias y no suele anular el —quizá aparente— carácter objetivo e imparcial que suele revestirlas. Dicho fenómeno, que hemos denominado la “tecnocratización” del Derecho penal, no necesariamente tendría que ser negativo, ya que un mayor control experto de las normas penales puede derivar en una mayor racionalidad de las mismas. Pero también es cierto que, como bien explica SOTIS, todo esto es fruto de que el proceso de integración europea en materia penal se ha desarrollado en un contexto donde la legislación está desprovista de legitimación democrática. Por ello, ésta debe legitimarse potenciando un perfil meramente técnico, y una legislación así se caracteriza por carecer de elecciones de valor⁷². Ello genera problemas varios. El más importante quizá es el no cuestionamiento de dichas normas, pretendidamente objetivas, lo que contribuye al fenómeno de la petrificación del Derecho penal europeo, al que aludiremos a continuación⁷³. El aura de objetividad y científicidad que en ocasiones envuelve las iniciativas presentadas por la Comisión llevan al legislador europeo a aprobar en primera lectura las normas. Por su parte, el legislador nacional no suele cuestionar la normativa penal proveniente de Bruselas, que aplica hasta sus últimas consecuencias, incluso en el caso en que dicha normativa supranacional deje un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de legislar o de que su aplicación no sea preceptiva⁷⁴.

4.6. La armonización de tercera generación y la petrificación del Derecho

Como ya hemos apuntado, en un primer momento en aquellas decisiones marco que pretendían la armonización de las penas bastaba con que las sanciones fueran “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, o bien se limitaban a establecer la obligación de que las conductas fueran sancionadas mediante sanciones de naturaleza penal, a veces estableciendo como único requisito que tuvieran una duración que pudiera dar lugar a extradición. Pero más tarde se ha llegado a una tercera generación de normas que obligan a imponer una sanción penal y delimitan el umbral punitivo, llegando a señalar el número de años que deba tener el límite mínimo de la pena máxima (siguiendo los 4 niveles de determinación de penas propuestos por el Consejo)⁷⁵ o previendo incluso agravantes⁷⁶. Así ocurre en numerosas normas como, entre otras, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión

⁷¹ Véase lo dicho supra, en el epígrafe 4.2., sobre la regulación europea en materia antiterrorista o el interés de los Estados de recurrir al Derecho penal europeo para eludir controles parlamentarios internos.

⁷² Véase SOTIS, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, p. 110.

⁷³ SOTIS, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, pp. 114-115.

⁷⁴ Así, el Derecho penal comunitario se configura como el nuevo Derecho natural, generando consenso en políticos y ciudadanos. Véase NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías*, 2010, p. 230; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, 2011, pp. 256-261. MUÑOZ DE MORALES denomina esta tendencia del legislador nacional a aumentar la represión, justificada en la obligación de aumentar las penas, como “fuera de juego legislativo”.

⁷⁵ Véanse las «Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of penalties, 24th and 25th April 2002» (documento Droipen 33). Supra, epígrafe 4.3. *in fine*.

⁷⁶ Véase NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías*, 2010, p. 232; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, 2011, pp. 149-150. También, críticamente acerca de la utilidad de establecer sanciones penales, ÖBERG, «Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law?», *NJECL*, (5-2), 2014, pp. 381-382.

Marco 2002/629/JAI del Consejo⁷⁷; la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁷⁸; y la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo⁷⁹.

Esta determinación extensiva de las sanciones y también de los tipos parece contradecir el hecho de que las directivas y también las antiguas decisiones marco prevean solamente obligaciones de resultado, dejando libertad a los Estados en cuanto a forma y medios en que se lleva a cabo la aproximación legislativa. Ello resta naturalmente margen de apreciación a los Estados miembros a la hora de transponer las normas. Ese margen se vuelve aún más estrecho si tenemos en cuenta que a veces la Comisión fomenta la transcripción literal del contenido de la directiva o decisión marco a los ordenamientos internos. Si leemos el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (COM(2006) 187 final)⁸⁰, en el que se dan criterios para evaluar la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, encontramos la siguiente afirmación: “La transposición no implica necesariamente utilizar las mismas palabras empleadas en la directiva ya que, por ejemplo, las medidas nacionales ya existentes pueden ser apropiadas y suficientes, siempre que garanticen una aplicación completa de la directiva de forma suficientemente clara y exacta”. No obstante, como señala SÁNCHEZ LÁZARO, en informes posteriores de evaluación de la

⁷⁷ Artículo 4.: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción (...). 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 2 haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

⁷⁸ Art. 4: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en los apartados 2 a 7; 2. Hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años si el menor ha alcanzado esa edad; 3. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en espectáculos pornográficos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad; 4. Asistir a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad; 5. Hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad; 6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que se prostituya, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad; 7. Realizar actos de carácter sexual con un menor, recurriendo a la prostitución infantil, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años si el menor ha alcanzado esa edad”.

⁷⁹ Art. 5.3: “Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el artículo 2, sean sancionados con penas privativas de libertad, de las cuales la pena máxima no podrá ser inferior a quince años para los delitos mencionados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 y ocho años para los delitos mencionados en la letra b) del apartado 2 del artículo 2. En la medida en que los delitos enumerados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 se refieran únicamente al acto contemplado en la letra i) del apartado 1 del artículo 1, la pena máxima contemplada no podrá ser inferior a ocho años”.

⁸⁰ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2006:0187:FIN>

transposición de diversas normas la Comisión Europea sí que parece requerir a los Estados la utilización de las mismas palabras, destacando el incumplimiento en aquellos países que han omitido uno y otro verbo de los previstos en la conducta típica⁸¹. Ello parece que debe llevarnos a pensar que la Comisión cada vez más, ante la falta de verdaderos criterios objetivos de evaluación, apuesta por una transposición literal. El fomento de esta forma de trasposición crea numerosos problemas en los Estados miembros, ya que a menudo los términos usados en las normas europeas son extraños a su Derecho interno y provocan problemas de interpretación, de seguridad jurídica, así como de coherencia.

Además, este tipo de armonización tiene otro efecto: supone la obligación de los Estados de establecer incriminaciones concretas que, con base en el principio de primacía que rige el Derecho comunitario, no podrán revisar posteriormente. Dado que las obligaciones de armonización penal son siempre de mínimos, la imposibilidad de revisar la norma penal interna armonizada va siempre referida a una descriminalización o rebaja de penas por debajo de los límites que señala el legislador europeo, pero nada impide realizar reformas que incrementen la gravedad de tipos o sanciones. De esa forma, si un Estado decidiera destipificar conductas o rebajar penas en una materia sujeta a armonización, nos encontraríamos con una norma contraria al Derecho europeo y que, por tanto, puede dar lugar al inicio de un procedimiento por incumplimiento por parte de la Comisión y derivar responsabilidades para el Estado (arts. 258 ss. TFUE). La armonización crea así un Derecho penal en sentido único, impidiendo al legislador nacional reconsiderar sus decisiones de criminalización⁸² atendiendo a las concretas circunstancias del país. Ello provoca lo que se conoce como petrificación de la parte del ordenamiento penal que ha sido objeto de armonización.

4.7. Inflación sancionatoria y elevación de las penas

La normativa europea en Derecho penal sustantivo se dirige de manera continua hacia un incremento de la represión, ampliando los tipos y, especialmente, aumentando las sanciones⁸³. La criminalización de conductas que producen las normas europeas no suele ir encaminada a cubrir vacíos legislativos, sino que se ocupa de comportamientos que a menudo ya están castigados a nivel nacional, con lo que se consigue, en palabras de SOTIS, una “sobre-criminalización secundaria”⁸⁴. Además, se pone un especial énfasis en la pena de prisión. Todo ello, unido a las tendencias rigoristas internas y a la costumbre de algunos legisladores de ir más allá de lo formulado por la norma europea — ampliando tipos y aumentando sanciones —, está derivando en legislaciones cada vez más autoritarias y conservadoras.

El legislador español tiende a menudo a, amparándose en sus obligaciones internacionales en la UE, aumentar las penas mucho más de lo que esta exige. Así ocurre, por ejemplo, en materia de trata de personas. En el art. 3.2 de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio,

⁸¹ SÁNCHEZ LÁZARO, «Evaluación y Derecho Penal Europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea», en NIETO MARTÍN *et al.* (coords.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, 2016, p. 251.

⁸² Véase SOTIS, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, pp. 114-115; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, 2011, pp. 137-138; NILSSON, en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, 2014, pp. 174-175.

⁸³ Véase AA.VV., *ZIS*, (12), 2009, p. 735.

⁸⁴ SOTIS, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea*, 2007, p. 110.

relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, se prevé que se aplique una pena máxima de privación de libertad no inferior a 8 años en los supuestos agravados. No obstante, el legislador español, a la hora de trasponer dicha norma mediante la LO 5/2010 y crear el art. 177 *bis* establece una pena de 5 a 8 años de prisión para el tipo básico, llegando a penas de privación de libertad superior en grado en los supuestos agravados. Lo mismo puede decirse de los delitos de terrorismo. La trágica experiencia española en asuntos de terrorismo ha provocado que pocas conductas de las previstas en las normas europeas fueran verdaderamente inéditas en nuestro ordenamiento. Por tanto, España cumplía sobradamente con la previsión de la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, de establecer que estos delitos “sean sancionados con penas privativas de libertad superiores a las que el Derecho nacional prevé para tales delitos cuando no concurre la intención especial requerida (...)”. Pese a ello, la reforma introducida por la LO 2/2015 no ha dejado pasar la oportunidad de, bajo el falso pretexto de hacer frente a obligaciones supranacionales, aumentar algunas penas, incluyendo la introducción de la pena máxima del ordenamiento jurídico –ahora, la prisión permanente revisable– en el art. 273 *bis* 1. 1º ⁸⁵.

Otras veces, las normas europeas no señalan el umbral punitivo a imponer, sino que se limitan a prescribir que las sanciones tengan naturaleza penal o que sean efectivas, proporcionadas o disuasorias. Sin embargo, en estos casos el legislador español también suele verse tentado a aumentar las penas de prisión. Un ejemplo sería el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, creado por la LO 1/2015, de reforma del Código penal, en tardía transposición de la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Dicha conducta, tipificada en el art. 399 *bis*, prevé penas de hasta 8 años de prisión. Sintomático es también que el uso de tarjeta falsa en perjuicio de otro lleve aparejada una pena bastante elevada, de 2 a 5 años de prisión (art. 399 *bis* 3). La decisión marco se limitaba a conminar a los Estados a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que, en los casos graves, den lugar a extradición; lo demás es obra del legislador español. Algo similar ocurre con la ampliación de los tipos alegando obligaciones supranacionales⁸⁶.

En todo caso, como vemos, la sola regulación de una materia en el ámbito europeo es en sí misma una invitación a criminalizar. Como señala DE LA MATA BARRANCO, el legislador penal europeo plantea las obligaciones de armonización “desde una curiosa posición de mínimos pero no de máximos, que invita a la penalización pero no controla los posibles desmanes estatales de ésta en una Europa que se pretende homogénea”⁸⁷. Piénsese que este efecto se produce precisamente porque las obligaciones de armonización son de mínimos, por lo que el legislador nacional corre

⁸⁵ Sobre la reforma introducida por la LO 2/2015 he tratado más detenidamente en otro lugar. Véase CORRAL MARAVER, *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal*, 2015, pp. 252-258.

⁸⁶ Así, por ejemplo, la regulación que hace el legislador español de organización criminal tras las LLOO 5/2010 y 1/2015 es más amplia que la que prevé la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Véase DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal europeo y legislación española*, 2015, p. 218.

⁸⁷ DE LA MATA BARRANCO, *Derecho penal europeo y legislación española*, 2015, p. 231.

riesgo de incurrir en un procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo por defecto de armonización pero nunca por exceso en la misma.

5. Conclusiones

Tras la observación de algunas de las principales características de la pasada y actual política criminal europea, podemos extraer una serie de conclusiones y realizar alguna valoración.

En primer lugar, la política criminal de la Unión Europea presenta, al igual que la de los diferentes Estados, serios problemas o defectos. Algunos de ellos, como hemos señalado, son el reflejo de fenómenos que se manifiestan también en el escenario nacional. Así, por ejemplo, la extensión del modelo político-criminal de la seguridad ciudadana, la expansión del ordenamiento penal, la improvisación legislativa, o la continua elevación de penas. Otros, sin embargo, obedecen a las especiales características del Derecho comunitario o de la construcción institucional de la UE, como la subordinación de las normas sustantivas al Derecho penal accesorio, la “tecnocratización” del Derecho penal y el fenómeno de la petrificación legislativa. Estos últimos fenómenos no son exclusivos del ámbito penal, pero su incidencia en el mismo resulta especialmente preocupante dada la especial relevancia de esta rama del ordenamiento y su fuerte ligazón con las tradiciones y valores sociales imperantes en cada sociedad.

La particular forma en que se ha ido construyendo el Derecho penal de la UE, que explicamos en el apartado segundo de este artículo, resulta de especial relevancia para entender la actual configuración y problemas de la política criminal europea. En efecto, su desarrollo ha estado marcado por una lucha de competencias entre Consejo y Comisión, cuyo desenlace judicial se dio por las sentencias de 2005 y 2007 del TJCE. La Comisión y el Parlamento Europeo siempre han defendido la *comunitarización* del ordenamiento penal, mientras que los Estados, a través del Consejo, han sido reacios y han pretendido una aproximación más intergubernamental. El que el foco siempre haya estado en la competencia ha permitido que otras cuestiones de igual relevancia, como las garantías que debe respetar toda legislación en materia de Derecho penal sustantivo, no hayan tenido la suficiente atención. Por otro lado, la firme apuesta de la UE por criterios de efectividad a la hora de legislar en materia penal, para fortalecer el principio de mutua confianza y mejorar la cooperación judicial y policial en materia penal, no ha contribuido en gran medida a la conformación de un Derecho penal más racional y garantista.

Todo ello nos ha conducido al escenario político-criminal que tenemos hoy día. No debemos, no obstante, sucumbir al desánimo, sino configurar mecanismos que puedan contribuir a menguar o eliminar los actuales defectos de racionalidad de que adolece la política criminal europea. Un buen comienzo sería prestar mayor atención a los procedimientos de elaboración de las normas penales en el seno de la Unión Europea.

El estudio de la denominada “ciencia de la legislación” es un campo que, pese a su relevancia, no ha sido tradicionalmente objeto del suficiente interés por parte de la doctrina científica⁸⁸, estando ésta más centrada siempre en el ámbito de la aplicación judicial de las leyes⁸⁹. En el Derecho comunitario, rama en la que se añade una notable complejidad institucional, competencial y procedimental, encontramos también un déficit de investigación en esta materia por parte de los expertos⁹⁰, salvo escasas excepciones⁹¹. Han proliferado, sin embargo, los estudios sobre la armonización o unificación del Derecho penal. Bajo mi punto de vista, no solo hay que prestar atención a tales cuestiones, sino que debemos reorientar el foco hacia el procedimiento de elaboración de las normas penales en las instituciones europeas. De esa forma no nos limitamos a cuestionar leyes ya elaboradas sino que estudiamos la forma en que éstas son creadas y, así, podremos contribuir a su mejora.

Es indudable que los procesos de elaboración legislativa son determinantes de cara a la calidad de la legislación que de ellos se deriva. En la actualidad presenciamos el nacimiento de un mayor interés por el estudio de los procesos legislativos penales como método de mejora de la calidad de las leyes. A ello ha contribuido la constatación de la difusión del modelo de la seguridad ciudadana en todo el mundo occidental, que deriva en una legislación penal cada vez más omnicompreensiva, además de rigorista; también el hecho de que desde hace algunos años cualquier tipo de conflicto social tienda a ser abordado en una significativa medida desde parámetros jurídico-penales, sin olvidar la implicación cada vez mayor de la sociedad en la creación de normas contra la delincuencia⁹². Algunos estudios sobre el procedimiento legislativo español en materia penal muestran que la toma de decisiones deja mucho que desear en cuanto a racionalidad y eficacia. No suelen tomarse en cuenta opiniones expertas ni los informes técnicos preceptivos, los grupos de presión tienen una notable influencia y la dotación presupuestaria y posterior evaluación de las normas son inexistentes. Como consecuencia se produce una política criminal cortoplacista y de baja calidad, preocupada por intereses partidistas y sin los debidos estudios y planificación⁹³.

⁸⁸ Como bien ha señalado DÍEZ RIPOLLÉS, “(...) más de cien años de criterios que deben regir la existencia de responsabilidad penal ante los tribunales han permitido avanzar el nivel de escolasticismo, esto es, aquel en el que los nuevos y a veces refinados progresos conceptuales no rinden una mínima utilidad en la aplicación judicial; en desconcertante contraposición, el campo de la creación de las leyes que luego se han de interpretar se ha permitido que quedara en manos de la improvisación y del oportunismo social y político”; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 14.

⁸⁹ En el ámbito penal esta crisis de la ley no ha sido tan pronunciada como consecuencia del arraigo del modelo político-criminal garantista. Véase BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013, pp. 32, 58 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 67-74; MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, 2005, pp. 178 ss.

⁹⁰ BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013, pp. 54-55.

⁹¹ Véase, especialmente, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, 2011.

⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 14; EL MISMO, *La política criminal en la encrucijada*, 2007, pp. 79-82, 93-96; BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013, pp. 68-69.

⁹³ Entre otros, BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal*, 2013, pp. 68 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, pp. 20-58; VOGEL, «Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional», en DÍEZ RIPOLLÉS et al. (coords.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, pp. 265 ss. Específicamente, sobre los déficits de evaluación postlegislativa en España, véase SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp. 163-165; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La ¿evaluación? de las normas penales en España», *RECPC*, (15-7), 2013, pp. 17-20. Véase asimismo, para una contribución al incremento de la racionalidad de las normas a través del desarrollo de un modelo de justificación

Considero que este tipo de estudios deben trasladarse al escenario europeo. El procedimiento europeo para legislar en materia penal, que tras el Tratado de Lisboa es el procedimiento de codecisión, muestra algunas pretendidas ventajas con respecto a los nacionales. Así, por ejemplo, permite una mayor participación de expertos y la sociedad civil a través de diversos métodos y consultas. Cabe destacar los informes de impacto (*Impact Assessment*), que desde el acuerdo interinstitucional entre las tres instituciones de 2003 deben acompañar toda norma europea⁹⁴, si bien ello no siempre ocurre. También se realizan otras consultas, como los libros verdes o los libros blancos y consultas a través de plataformas en Internet. Tampoco debemos olvidar que existen en el ámbito de la UE diversas estadísticas para medir la delincuencia⁹⁵, lo cual debería derivar en una mejor calidad técnica de las normas. Pese a ello, la participación social en la elaboración de normas penales europeas resulta muy escasa y se cuestiona la forma de realización de las consultas o la selección de los expertos. PÉREZ CEPEDA discute la utilidad real de las distintas estadísticas en relación a la delincuencia en la UE y señala que no suelen usarse para elaborar la política criminal⁹⁶. Algunos de estos problemas han sido objeto de atención por la Comisión Europea en su reciente programa de mejora de la legislación aprobado el 19 de mayo de 2015⁹⁷. En él se incluyen una serie de medidas para mejorar la calidad de la legislación –no únicamente en materia penal–, atribuyendo mayor relevancia a los informes de impacto. Esto se ha traducido en un acuerdo interinstitucional entre la Comisión, Parlamento y Consejo aprobado el 13 de abril de 2016, donde se aceptan las posiciones de la comunicación de la Comisión y las 3 instituciones se comprometen a colaborar para hacer cumplir el programa de mejora legislativa⁹⁸. Queda por ver si estas buenas intenciones son efectivamente puestas en práctica en relación con las próximas iniciativas legislativas⁹⁹. Por ahora, no parece que haya motivos para el optimismo, dado que en la reciente propuesta de directiva de lucha contra el terrorismo que pretende sustituir a la correspondiente decisión marco de 2002, presentada en diciembre de 2015 de forma precipitada ante los últimos

de las normas penales basado en la teoría de la argumentación, PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, 2013.

⁹⁴ Interinstitutional Agreement on better law-making (2003/C 321/01).

⁹⁵ Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar las Estadísticas sobre delincuencia de Eurostat, el European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, la International Crime Victims Survey. Respecto a éstas y algunas otras, véase, PÉREZ CEPEDA, «Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea», en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, 2016, pp. 52-61.

⁹⁶ PÉREZ CEPEDA, en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, 2016, pp. 63-64.

⁹⁷ No es la primera vez que las instituciones se manifiestan sobre la existencia de déficits y problemas en el ámbito legislativo y realizan propuestas de mejora, si bien normalmente las declaraciones aprobadas hasta ahora han gozado de relativo éxito. Cabe citar, a modo ilustrativo, el libro blanco sobre gobernanza europea de 2001, el European Parliament, Council and Commission Interinstitutional Agreement on better law-making (2003/C 321/01), el Programa de Estocolmo de 2010. Y, específicamente en materia penal, la ya mencionada «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law», de 2011.

⁹⁸ Véase, «Interinstitutional agreement on better Law-Making», de 13 de abril de 2016. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=EN>

⁹⁹ Lo reciente del programa de mejora de la legislación y del acuerdo interinstitucional no ha permitido aún su aplicación práctica, ya que la comunicación preveía un período transitorio hasta finales de 2015 y la no aplicación del programa a aquellas normas que estuviesen ya en fase avanzada de tramitación.

ataques antiterroristas, se dice que, dado lo urgente de la situación, dicha norma prescinde de evaluación de impacto¹⁰⁰.

Existen también deficiencias en el procedimiento legislativo comunitario que son en muchos casos repeticiones de sus equivalentes de los parlamentos nacionales¹⁰¹. En efecto, los procedimientos de toma de decisiones europeos han mostrado estar también muy condicionados por grupos de presión con intereses diversos, como las asociaciones de víctimas o los *lobbies* económicos. A ello cabe añadir otros déficits del procedimiento propios del ámbito comunitario, como la tendencia extendida de finalizar los procedimientos legislativos en primera lectura¹⁰², llegando a acuerdos en reuniones informales y sustrayendo la discusión de los cauces oficiales, o la falta de perfil político a la hora de elaborar la política criminal.

En el ámbito de la evaluación postlegislativa no parece que se hayan previsto verdaderos y adecuados mecanismos para la evaluación de la normativa comunitaria¹⁰³, más allá del procedimiento por incumplimiento frente a los Estados miembros y el informe anual de incumplimiento de la Comisión Europea, cuya efectividad como instrumento de evaluación legislativa es muy limitada por hacer un mero control de conformidad¹⁰⁴. En alguna ocasión la Comisión ha procedido a evaluar específicamente alguna norma penal, como es el caso de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, o la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, si bien dichas evaluaciones dejan mucho que desear¹⁰⁵. Otras veces se han realizado en el ámbito europeo evaluaciones por otros Estados miembros, la denominada “*peer review*”, y alguna evaluación por grupos de expertos independientes, normalmente encargada por las propias instituciones¹⁰⁶. No obstante, este tipo de evaluaciones son escasas y dispares. La ya mencionada Comunicación de la Comisión «Better regulations for better results» de 2015, prestando atención a las numerosas críticas doctrinales, habla también de generalizar que todas las normas europeas –entre las que se incluyen las normas penales– deban prever su propia evaluación postlegislativa. También pretende crear un órgano mixto de evaluación, formado por expertos independientes nombrados en función de su pericia. Como ya hemos señalado, está por ver si ello se materializa en una verdadera y continua evaluación de las normas penales europeas, superando las limitaciones de las actuales.

Es razonable pensar que numerosas de las insuficiencias de la política criminal europea que hemos apreciado podrían derivar de una falta de racionalidad en el proceso de toma de decisiones

¹⁰⁰ Véase propuesta (COM (2015) 625 final), en su página 12.

¹⁰¹ NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías*, 2010, pp. 229-230.

¹⁰² En el periodo 2009-2014 un 85% de los procedimientos finalizaron en primera lectura. Véase HARDACRE/AKSE, *How the EU Institutions work and... How to work with the EU Institutions*, 2ª ed., 2015, pp. 149-152.

¹⁰³ NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías*, 2010, pp. 234-235.

¹⁰⁴ Los informes del año 2015 y anteriores están disponibles en http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/annual-reports/index_en.htm

¹⁰⁵ Véase SÁNCHEZ LÁZARO, en NIETO MARTÍN *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, 2016, pp. 247-254.

¹⁰⁶ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, «Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional)», *RGDP*, 2010, pp. 39-45.

comunitario. Las consecuencias son graves, puesto que los vicios que se producen en ella – muchos de los cuales son importaciones de las políticas criminales nacionales – repercuten a su vez de nuevo en los Estados miembros cuando éstos deben adaptar sus normas penales según las directrices europeas. Podríamos decir que si la política criminal europea es defectuosa provoca un efecto de contagio a los Estados miembros. Hablamos de normas que deben ser adaptadas en los 28 países miembros de la UE¹⁰⁷ y que afectan potencialmente a una población de más de 500 millones de personas.

Para concluir, debemos insistir en que todos estos déficits de racionalidad terminan provocando con frecuencia una sobre-criminalización y una homogeneización de las diversas legislaciones en términos de un mayor rigor punitivo, lo que supone un alejamiento de los postulados y principios garantistas. Para minimizar estos efectos será necesario actuar con carácter previo y, si bien ello excede los objetivos propuestos en este estudio, creo que debería actuarse en el proceso de creación de las normas, aplicando criterios de racionalidad que sirvan de guía al legislador penal europeo para elaborar una política criminal racional y normas más perfectas¹⁰⁸.

6. Bibliografía

AA.VV. (2009), «Manifiesto sobre la política criminal europea», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), pp. 727 ss.

ARGOMANIZ (2010), «El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (91), pp. 125 ss.

BECERRA MUÑOZ (2013), *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CARAMMIA *et al.* (2012), «Analyzing the Policy Agenda of the European Council», *Perspectives on Europe*, (42-2), pp. 41 ss.

CARRERA HERNÁNDEZ (2007), «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención y entrega», *Revista electrónica de estudios internacionales*, (14).

COMISIÓN EUROPEA (2015), «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Commission Work Programme 2016. No time for business as usual», COM (2015) 610 final; disponible en http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2016_en.pdf

COMISIÓN EUROPEA (2015), «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions:

¹⁰⁷ Con atención al especial régimen de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

¹⁰⁸ A este fin, sería interesante estudiar la adaptación a las especificidades del procedimiento legislativo de la Unión Europea del modelo de racionalidad legislativa penal expuesto en DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013.

Better regulation for better results - An EU agenda», COM (2015) 215 final; disponible en http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf

COMISIÓN EUROPEA (2011), «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law», COM (2011) 573 final; disponible en http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf

CONSEJO (2009), «Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting Brussels», 30 de noviembre de 2009; disponible en http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/111543.pdf

CONSEJO (2002), «Council conclusions on the approach to apply regarding approximation of Penalties. 24 and 25 April 2002», Droipen 33; disponible en <http://db.euocrim.org/db/en/doc/1304.pdf>

CONSEJO EUROPEO (2010), «Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», Consejo (2010/C 115/01); disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

CONSEJO EUROPEO (2005), «Programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», Consejo (2005/C 53/01); disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XG0303(01))

CONSEJO EUROPEO (1999), «Conclusiones de la Presidencia», Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999; disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

CORRAL MARAVER (2015), *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal*, Dykinson, Madrid.

DANNECKER (2001), *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS (2013), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., Trotta, Madrid.

——— (2007), *La política criminal en la encrucijada*, Editorial BdeF, Buenos Aires.

ESER (2004), «De la concurrencia a la congruencia de los ordenamientos penales nacionales. Vías para el acercamiento jurídico en Europa», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, pp. 217 ss.

ESTRADA CUADRAS (2006), «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012), «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, (2), pp. 113 ss.

GRASSO (2004), «El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, pp. 285 ss.

HARDACRE/ AKSE (2015), *How the EU Institutions work and... How to work with the EU Institutions*, 2ª ed., John Harper Publishing, Londres.

HERLIN-KARNELL (2014), «Effectiveness and constitutional limits in European Criminal Law», *New Journal of European Criminal Law*, (5-3), pp. 267 ss.

KLIP (2011), «Towards a General Part of Criminal law for the European Union», en EL MISMO (ed.), *Substantive Criminal Law on the European Union*, Maklu Publishers, Antwerpen, pp. 15 ss.

KUBICIEL (2013), «Ciencia del Derecho penal y política criminal europea», *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia*, (34-97), pp. 29 ss.

MARCILLA CÓRDOBA (2005), *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

DE LA MATA BARRANCO (2015), *Derecho penal europeo y legislación española. Las reformas del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MELANDER (2014), «Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the general part of Criminal Law», *New Journal of European Criminal Law*, (5-3), pp. 274 ss.

MITSILEGAS (2014), «From overcriminalisation to decriminalisation. The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law», *New Journal of European Criminal Law*, (5-3), pp. 416 ss.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2011), *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, Pamplona.

——— (2010), «Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional)», *Revista General de Derecho Penal*, (14), 2010.

NIETO MARTÍN (2010), «El derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 225 ss.

——— (2010), «La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. European Criminal Policy Initiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea», *Revista General de Derecho Penal*, (13).

- (2007), «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 325 ss.
- NILSSON (2014), «Some reflections on the development of an EU criminal policy, on Directives in criminal law and sanctions contained therein», en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, Iustus, Uppsala, pp. 163 ss.
- ÖBERG (2014), «Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law?», *New Journal of European Criminal Law*, (5-2), pp. 370 ss.
- OUWERKERK (2012), «Criminalisation as a last resort: a national principle under the pressure of europeanisation?», *New Journal of European Criminal Law*, (3-3/4), pp. 228 ss.
- PALAZZO (1999), «La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam», *Revista Penal*, (3), pp. 36 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN (2013), *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PARLAMENTO EUROPEO (2010), «European Parliament resolution of 22 May 2012 on an EU approach to criminal law», 2010/2310(INI); disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0459&language=EN>
- PARLAMENTO EUROPEO/CONSEJO/COMISIÓN EUROPEA (2016), «Interinstitutional agreement on better Law-Making», de 13 de abril de 2016; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL&from=EN>
- PÉREZ CEPEDA (2016), «Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 49 ss.
- PRINCEN (2007), «Agenda-setting in the European Union: a theoretical exploration and agenda for research», *Journal of European Public Policy*, (14-1), pp. 21 ss.
- ROMEO MALANDA (2012), «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, (32), pp. 313 ss.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (2013), «La ¿evaluación? de las normas penales en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-7).
- SÁNCHEZ LÁZARO (2016), «Evaluación y Derecho Penal Europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (dirs.), *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 245 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2004), «Crítica a los principios inspiradores del pretendido “Derecho penal europeo”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (eds.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 121 ss.

——— (2004), «Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo. Una aproximación crítica», *Revista Penal*, (13), pp. 138 ss.

——— (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

SOTIS (2007), «Estado actual y perspectivas de futuro de la armonización del Derecho penal material», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, pp. 107 ss.

SOTO NAVARRO (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada.

VERVAELE (2014), «The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in search of a criminal Law Policy?», en ULVÄNG/CAMERON (eds.), *Essays on Criminalisation & Sanctions*, Iustus, Uppsala, pp. 185 ss.

VOGEL (2005), «Derecho penal y globalización», *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (9), pp. 113 ss.

——— (2005), «Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional», en DíEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (coords.), *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 253 ss.

——— (2002), «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea», *Revista Penal*, (10), pp. 112 ss.