

DEI S. PRAVIDE ET PRO

# Revista

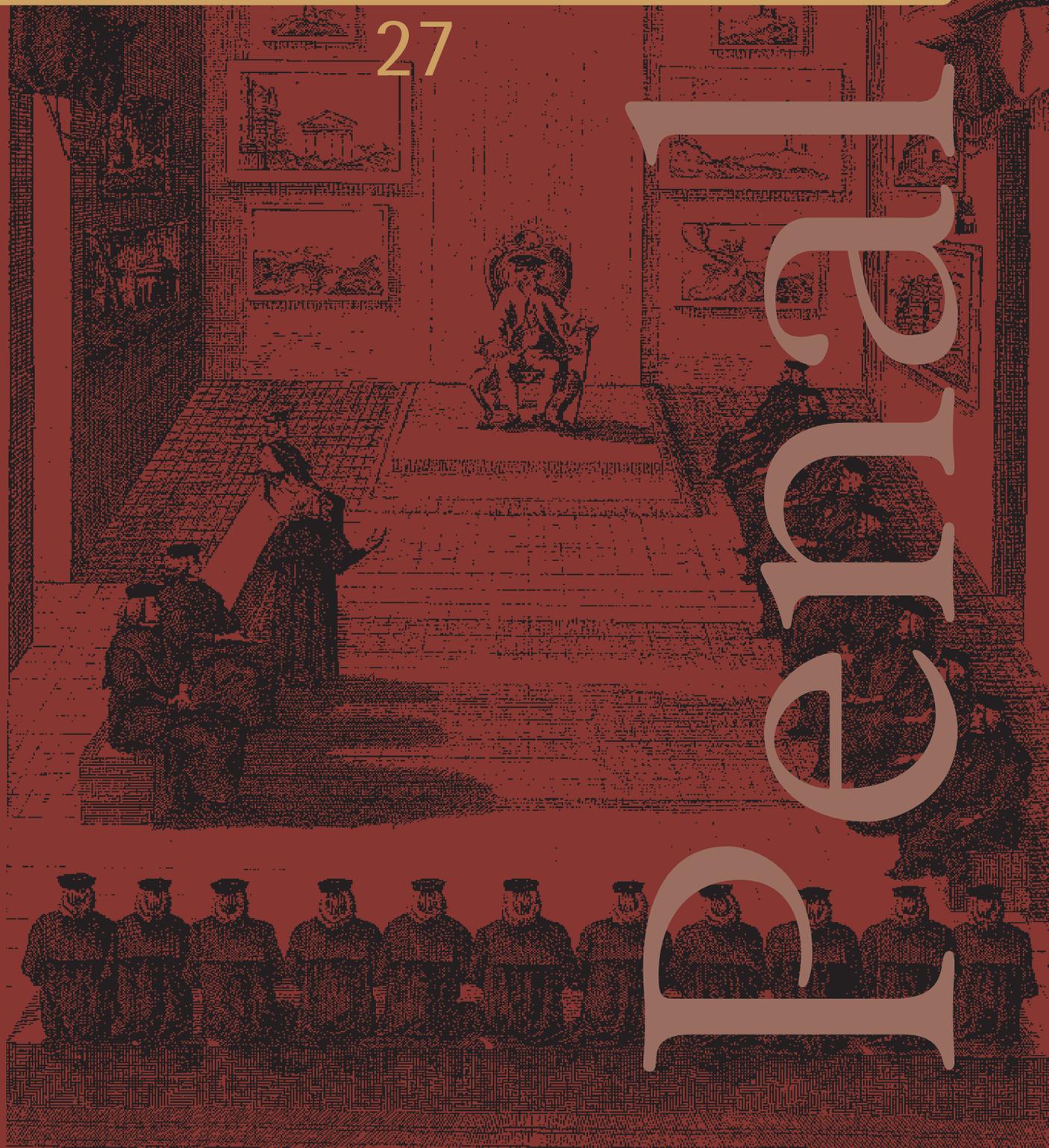
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

# Penal



# Revista Penal

Número 27

## Sumario

### Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* ..... 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* ..... 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* ..... 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* ..... 51
- 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, por *Adán Nieto Martín* ..... 78
- Manifiesto sobre política criminal europea ..... 83

### Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* ..... 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* ..... 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* ..... 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* ..... 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* ..... 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* ..... 211

**Sistemas penales comparados:** Derecho Penal Tributario ..... 216

**Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 271

**Crónica.** II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.  
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
David Baigún. Univ. Buenos Aires  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P.Fletcher. Univ.Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Vicente Gimeno Sendra. UNED  
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense  
José Luis González Cussac – Univ. Valencia  
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt  
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Enzo Musco. Univ. Roma  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Joachim Vogel. Univ. Tübingen  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)  
Felipe Caballero Brun (Chile)  
Shizhou Wang (China)  
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)  
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)  
Adán Nieto Martín y (España)  
Dimitris Ziouvras (Grecia)  
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)  
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)  
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)  
Victor Prado Saldarriaga (Perú)  
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)  
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)  
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)  
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

Suscripciones: Marcial Pons  
Departamento Suscripciones  
[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)  
Tel: 0034 913043303  
Fax: 0034 913272367



## 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

Adán Nieto Martín\*

Universidad de Castilla la Mancha

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

**ABSTRACT:** *El Grupo de Política Criminal Europea es una red académica compuesta por 14 profesores de diez Estados miembros de la Unión europea. Fue fundado en 2008 en Munich para analizar críticamente la política criminal de la UE. En 2009, el grupo publicó un Manifiesto sobre Política Criminal europea que contiene los principios básicos que deben guiar a toda política criminal en la Unión. El Manifiesto se realizó con la finalidad de ser el punto de referencia para la evaluación de las nuevas propuestas legislativas europeas que versen sobre el Derecho penal. El presente trabajo ofrece una visión general del Manifiesto, así como sus interconexiones futuras con el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo.*

**PALABRAS CLAVE:** *Manifiesto – Derecho penal europeo – Programa de Estocolmo – Tratado de Lisboa.*

**ABSTRACT:** *The European Criminal Policy Initiative is an academic group of 14 criminal law professors from ten Member States of the European Union. It was founded in 2008 in Munich in order to analyze critically the criminal policy of the EU. In 2009 the group published a Manifesto on the European Criminal Policy. It contains basic principles which - if respected - guarantee a consistent and acceptable criminal policy in the EU. The Manifesto should serve as an evaluation tool that can be used to evaluate new proposals for European legislation with an influence on criminal law. The present paper focuses on the Manifesto and its future interconnections with the Treaty of Lisbon and the Stockholm Program.*

**KEY WORDS:** *Manifesto – European Criminal Law – Stockholm Program – Treaty of Lisbon.*

### 1. European Criminal Policy Initiative: las preocupaciones iniciales

En Abril de 2008, convocados por Helmut Satzger, un grupo de catorce profesores pertenecientes a diez países de la UE decidimos crear un equipo de investigación, al que denominamos European Criminal Policy Initiative con la finalidad de seguir de cerca el desarrollo del derecho penal europeo. En una primera reunión, se estableció, de un

lado, que la actitud del grupo era enteramente favorable a la construcción y el desarrollo de la actividad de la UE en materia penal, pero también que ésta debía desarrollarse en consonancia con los principios y garantías básicas del derecho penal; desde este punto de vista algunos aspectos del derecho penal europeo resultaban preocupantes. Estos rasgos afectan tanto al derecho procesal penal europeo construido a partir del principio de reconocimiento mutuo, como al derecho penal material y, en concreto, a

\* En nombre de European Criminal Policy Initiative: (Petter Asp, Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Sergiu Bogdăna, Thomas Elholm, Luigi Foffani, Dan Frände, Helmut Fuchs, Maria Kaiafa Gbandi, Jocelyne Leblois-Happe, Cornelius Prittwitz, Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians Universität München, Alemania. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Ingeborg Zerbes, Universität).

la armonización del derecho penal. A la hora de elegir un terreno para la investigación, el grupo consideró que éste último ámbito debía resultar prioritario. La bibliografía y el debate sobre el principio de reconocimiento mutuo y sus principales instrumentos como la orden de detención europea son considerablemente mayores a los que existe sobre la armonización. Incluso en el ámbito de la cooperación se han elaborado ya propuestas de modelos alternativos de proceso penal transnacional<sup>1</sup>.

En una segunda fase de nuestro trabajo, determinamos con más detalles cuáles eran los puntos que más nos preocupan del proceso de armonización. Se detectaron cinco críticas básicas:

En primer término, resultaba criticable que en el proceso de elaborasen sin hacer referencia alguna a los principios político criminales básicos que rigen el derecho penal desde la Ilustración. En los diversos documentos del iter legislativo comunitario y no digamos ya en las motivaciones de los actos jurídicos, es difícil, encontrar referencias y argumentaciones acerca del derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico o reflexiones acerca del bien jurídico tutelado (siquiera como interés socialmente relevante) y de la idoneidad de los comportamientos que se sancionen para lesionarlo o ponerlo en peligro.

En general, y sobre todo tras la importante sentencia Comisión c. Consejo del 2005<sup>2</sup>, da la impresión que la UE, y lo que es más preocupante el TJCE, tiene una visión deformada del derecho penal. La imagen que sugiere esta sentencia es la de un derecho penal orientado a proteger la eficacia de normas extrapenales. Un instrumento cuya utilización está orientada solo por razones de eficacia y cuya utilización no plantea problemas cualitativamente distintos a la utilización por ejemplo de sanciones administrativas<sup>3</sup>. Esta imagen instrumental del derecho penal se evidencia también con claridad cuando la justificación para la armonización o para establecer un determinado grado de sanciones es la mejora de la cooperación judicial con otros Estados.

Existe, en tercer lugar, una falta de transparencia en el proceso de toma de decisiones político criminales. Muchas decisiones de gran calado para la estructura de un ordenamiento como, por ejemplo, la responsabilidad de las personas jurídicas, se han adoptado sin que se haya hecho público algún tipo de documento explicando su sentido político criminal. Ni que decir tiene que tampoco ha existido un debate público, es decir, al que puedan tener acceso los

ciudadanos sobre esta cuestión. Esta ausencia de transparencia enlaza con las cuestiones relativas al déficit democrático de la UE y la compatibilidad de la armonización con la reserva de ley en materia penal. En efecto, una de las funciones de esta institución es garantizar un debate transparente, de tal modo que los ciudadanos puedan exigir después responsabilidades a sus representantes (*accountability*) por sus decisiones.

En cuarto lugar, se expresaron dudas acerca de que en muchos casos el principio de subsidiariedad fuera respetado. Como es sabido, éste principio que opera en las competencias compartidas, como es el derecho penal, y exige que la UE solo intervenga en la medida en que los objetivos que pretende alcanzar no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan alcanzarse mejor a nivel comunitario. La subsidiariedad no es solo reparto de poderes sino que tiene un importante contenido democrático acerca la toma de decisiones a los poderes públicos más cercanos al ciudadano. Con ello de nuevo aumenta la *accountability* política, pues es más fácil exigir responsabilidad a los gobernantes nacionales que a los Europeos. La intervención de la UE además resulta a veces inefectiva. No siempre se consigue la armonización deseada y los Estados miembros no transponen o transponen a su modo las DM o directivas. La protección de los intereses financieros o la corrupción entre privados, en España, son buenos ejemplos.

La armonización de las penas constituyó el quinto motivo de preocupación. Las últimas DM de la UE establecen actualmente con gran precisión los marcos penales, a diferencia de los primeros Convenios, directivas o DM que otorgaban un alto grado de discrecionalidad nacional a través de la fórmula de «los Estados establecerán sanciones efectivas, disuasivas y proporcionadas». La determinación de las penas ocasiona problemas de coherencia dentro de la escala de penas nacional. Las penas exigidas por los actos comunitarios, en algún caso, no existían en los derechos nacionales. Finlandia, por ejemplo, no disponía en su catálogo de penas privativas de libertad de una pena de 15 años como exigía la DM sobre terrorismo<sup>4</sup>. No es infrecuente igualmente que la pena exigida sea desproporcionada en atención a la que se prevé en el Código penal nacional para delitos similares. Los daños informáticos en el Código penal español son un buen ejemplo.

Es verdad, que muchas de estas preocupaciones pueden trasladarse sin problemas a los derechos penales nacionales, donde incluso pueden verse amplificadas. El

1 Vid. Schünemann (dir), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln, 2006; Sieber, *ZStW*, Bd. 121 (2009), nº 1 p. 1 ss.

2 STJCE, asun. C-167-03, de 13.9.2005.

3 Vid. por ejemplo, en este sentido VOGEL, *Wertpapierhandelsstrafrecht – Vorschein eines neues Strafrechtsmodells?*, in *Festschrift für Günther Jakobs*, Berlin, 2007, p. 731 ss o también Nieto Martín, *Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras (Comisión v. Consejo)*. Comentario a la STJCE, asunto. C-176/03, de 13-9-2005, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, nº 1.

4 Vid. Decisión Marco de lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002 DOCE L 164/3 de 26.6.2002. La DM 2008/919/JAI DO L 330/2 de 9.12.2008 que modifica el anterior texto, sigue manteniendo las mismas penas.

populismo punitivo, la tendencia a endurecer las penas y reaccionar con el derecho penal ante cualquier problema social, la consideración de las garantías como un estorbo en la «lucha» contra la criminalidad resultan una constante también en muchos países miembros. Desde este punto de vista quizás pudiera decirse que el derecho penal europeo ha tenido la desgracia de nacer en un mal momento. Por otro lado, en las últimas décadas diversas organizaciones internacionales están jugando un papel muy destacado en el ámbito de la política criminal. Los Convenios, resoluciones, recomendaciones, o iniciativas de órganos como Naciones Unidas, la OCDE, el Consejo de Europa conforman en buena medida la política criminal en materia de blanqueo de capitales, terrorismo, criminalidad organizada, corrupción, medio ambiente, inmigración ilegal, delitos informáticos etc. Algunas de las críticas que se le hacen al sistema penal europeo, por ejemplo en materia de terrorismo o inmigración ilegal, no son sino reflejo del «signo de los tiempos», y no son consubstanciales a la existencia de un derecho penal supranacional.

No obstante, esta realidad no puede representar ninguna excusa para cruzarse de brazos y abandonar toda crítica al derecho penal europeo, exactamente igual que no se abandona la crítica del derecho nacional. Por otro lado, el derecho penal europeo tiene más peligros de deslegitimación por parte de la opinión pública que el derecho nacional, la crítica en algunos países al proceso de integración europea y el euroescepticismo puede afectar a la evolución del derecho penal, que en el hardware de muchos ciudadanos todavía es un atributo del Estado nacional. Tampoco debe olvidarse que algunos legisladores nacionales, y muy especialmente en Español, utilizan las normas de armonización como excusa para elevar las penas. Una buena prueba de ello es lo ocurrido en el Proyecto de reforma del CP y la invocación de la DM 2004/68 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y pornografía infantil<sup>5</sup>. Armar al derecho penal europeo con los principios básicos del derecho penal es un buen remedio para evitar su deslegitimación y garantizar su desarrollo.

## 2. El Manifiesto sobre política criminal

Estas preocupaciones que se acaban de expresar, explican los contenidos y los fines del Manifiesto sobre política criminal europea. El principal objetivo del Manifiesto es que los principios y garantías básicos del derecho penal fueran decisivos en el proceso de gestación de las normas europeas. Para ello la metodología elegida fue la siguiente. En primer lugar enunciar los principios elaborando una definición que pudiera ser compartida por las distintas culturas jurídicas que conviven dentro de la UE, pero también adecuando su contenido a las funciones que deben desem-

ñar en la armonización y a la estructura de la UE. Así, por ejemplo, el principio de determinación no puede significar lo mismo en el momento de transponer una directiva que en el momento de elaborar la directiva. La obligación de ser taxativo compete al legislador nacional. Si las normas europeas fueran muy taxativas, aminorarían el margen de maniobra del derecho penal lo que no resulta deseable. Por ello la determinación se exige que: «Cuanto menos margen de apreciación otorgue una decisión marco o una directiva a los Estados miembros, con mayor intensidad ha de cumplir la norma jurídica europea con el principio de determinación. Cuando la norma europea tenga como finalidad la unificación, o la armonización total, de los tipos penales nacionales debe respetar de igual modo que un tipo penal el principio de determinación».

En segundo lugar, los principios se acompañan de una obligación de argumentación. El legislador europeo debe argumentar expresamente la adecuación a un determinado principio. Ello es fundamental por ejemplo a la hora de dotar de una eficacia real a principios como el de proporcionalidad o subsidiaridad. Las obligaciones de argumentación aumentan la transparencia en la adopción de las normas europeas, lo que ayuda a incrementar el control judicial sobre su oportunidad y contenidos, pero también el control por parte de la opinión pública europea, lo que incrementa su nivel de legitimidad. De este modo, aunque el manifiesto se dirige principalmente al legislador europeo, sirve para incrementar el control judicial por parte del TJCE, la ausencia de motivación, su insuficiencia manifiesta o su irracionalidad pueden ser determinantes para declarar la nulidad de un acto jurídico europeo.

El Manifiesto se acompaña en tercer lugar de concretos ejemplos que muestran en qué supuestos ha existido una legislación coherente con nuestros principios y en cuáles no. Con ello se demuestra, especialmente, como hasta ahora buena parte del proceso de armonización respeta estos principios y muestra el camino a seguir.

## 3. Tratado de Lisboa, el Programa de Estocolmo y los contenidos del Manifiesto

La mayor parte de la investigación fue redactada en una época de incertidumbre. Rechazado el Tratado de Constitución Europea, la situación en Irlanda y en la República Checa impedía también saber cuál iba a ser el futuro del Tratado de Lisboa que finalmente entró en vigor el 1 de Diciembre del 2009. Pocos días después el 11 de Diciembre el Consejo Europeo aprobó el Programa de Estocolmo<sup>6</sup>, que sucede a los Programas de Tampere y la Haya, y que fija, en este nuevo marco, la actividad legislativa en asuntos de justicia e interior para el periodo 2010-2014. Hace unos días se promulgó el Plan de Ac-

5 DOCE 13/2004, de 20.1.2004.

6 Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, Documento del Consejo 17024/09, adoptado por el Consejo Europeo el 10/11 Diciembre de 2009.

ción del Programa de Estocolmo<sup>7</sup> que concreta aún más sus contenidos.

El Tratado de Lisboa mejora notablemente la situación legislativa en que hasta ahora se ha desarrollado la armonización del derecho penal, por lo que proporciona un entorno jurídico más favorable para el desarrollo de principios como los que se expresan en el Manifiesto. De un lado, establece con algo más de claridad cuáles son las materias que pueden ser armonizadas (art. 83.1 TFUE), si bien la competencia aneja ofrece un margen de libertad considerable a la acción comunitaria, que puede armonizar cualquier materia que guarde una estrecha relación con las políticas de la Unión (83.2 TFUE). Pero sobre todo, y de otro lado, establece un nuevo mecanismo de *check and balances* que hace más plausible la legitimidad, la racionalidad y el control de la legislación europea y, por tanto, la efectividad de los principios enunciados en el Manifiesto.

En ello resulta decisiva la desaparición del sistema de pilares. Hasta la fecha, y pese a decisiones como Comisión c. Consejo, la armonización del derecho penal estaba más ubicada en el tercer pilar que en el primero. Ello quería decir, en términos políticos, que los Estados miembros y concretamente sus gobiernos eran los directores principales y que el control del TJCE y la participación del PE era bastante reducido. No era extraño en este escenario que algunos países intentaran utilizar la legislación supranacional para adoptar reformas difíciles de llevar a cabo en sus propios sistemas. Lisboa introduce un nuevo sistema de división de poderes. La competencia para proponer nuevas iniciativas legislativas reside ahora en la Comisión, en el marco del procedimiento ordinario, donde el Parlamento Europeo tiene una función de colegislador, al lado del Consejo (art. 294 TFUE). En la fase de propuesta de una directiva tendente a armonizar el derecho penal, la única especialidad son los denominados *emergency brakes* que permite a los gobiernos nacionales bloquear un proyecto de directiva cuando consideren que afecte a «aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal» (art. 83.3 TFUE). En esta redistribución de poderes, el Tratado potencia también el papel de los Parlamentos nacionales en

la gestación de las normas europeas. Los *Protocolos sobre el papel de los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* mediante el sistema de «alerta temprana» y «tarjeta naranja» permiten a las asambleas legislativas de los Estados examinar si la propuesta legislativa se adecua a los postulados del principio de subsidiariedad. Finalmente, el Tratado de Lisboa permite que el TJCE a través de los recursos de anulación y la cuestión prejudicial pueda controlar la interpretación y la legitimidad de las normas europeas, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, pero muy particularmente en lo que concierne a su respeto a los derechos fundamentales positivizados en la Carta Europea de Derechos fundamentales que adquiere valor positivo. La incorporación de la UE al CEDH y con ello la competencia plena del TEDH sobre la actividad de la UE completará este proceso.

El programa de Estocolmo y su Plan de acción tienen una especial sensibilidad, no tan presente en Tampere y el Programa de la Haya con la razonabilidad y la calidad de la legislación<sup>8</sup>, así como el respeto a los derechos fundamentales<sup>9</sup> y el principio de subsidiariedad. La necesidad de que las normas europeas sean coherentes con la legislación ya adoptada<sup>10</sup> —coherencia horizontal— se establece expresamente —vid. también en este sentido el 11.3 del TFUE—<sup>11</sup>. La evaluación, un instrumento imprescindible para la racionalidad legislativa, se contempla también como principio de buena legislación, lo que resulta por otra parte obligado en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia a la vista del art. 70 del TFUE<sup>12</sup>.

La mayor sensibilidad con los principios que deben inspirar una buena legislación se evidencia también en un reciente documento del Consejo titulado Proyecto de conclusiones del Consejo sobre disposiciones tipo para orientar las deliberaciones del Consejo sobre Derecho penal. Aunque el valor jurídico de este texto, en caso de aprobarse, resulta bastante reducido, tomado en serio requeriría que en la adopción de una disposición penal de carácter sustantiva el Consejo en su discusión tuviese que justificar y evaluar el cumplimiento de principios como el de última ratio<sup>13</sup>, proporcionalidad y subsidiariedad<sup>14</sup>, protección de bienes

7 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.

Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens.  
Action Plan Implementing the Stockholm Programme Brussels, 20.4.2010.  
COM(2010) 171 final.

8 Cfr. Programa de Estocolmo, (not. 6), p. 7.

9 Cfr. Programa de Estocolmo, (not. 6), pág. 11 ss.

10 Cfr. Programa de Estocolmo, (not. 6), p. 7.

11 Cfr. Programa de Estocolmo, (not. 6), p.6.

12 Cfr. Programa de Estocolmo, (not. 6), p. 7.

13 Cfr. Communication from the Commission (not. 7): «Como punto de partida, la Unión Europea debería atenerse al principio general de recurrir al Derecho penal solo en última instancia.

14 Las disposiciones penales deben adoptarse de conformidad con los principios establecidos en los Tratados, entre otros los de proporcionalidad y subsidiariedad, y han de estar encaminadas a responder a conductas claramente definidas y delimitadas que no puedan abordarse eficazmente con medidas menos rigurosas:

jurídicos y lesividad del comportamiento<sup>15</sup>, principio de determinación<sup>16</sup>, principio de culpabilidad<sup>17</sup>.

Pese a esta creciente sensibilidad, lo cierto es que las últimas iniciativas legislativas siguen sin adaptarse plenamente a los principios básicos de política criminal que ECPI propone en su manifiesto.

A partir del Libro blanco sobre la gobernanza europea<sup>18</sup>, los actos legislativos de la UE vienen precedidas de estudios de impacto, pero las reflexiones que estos contienen entienden la proporcionalidad, coherencia o las alternativas al derecho penal de modo muy distinto a cómo han sido formuladas por el manifiesto. Un buen ejemplo es la evaluación de impacto, la relativa a la trata de personas. La coherencia horizontal se entiende en la práctica en el sentido de que la armonización debe ser consistente con otras políticas de la Unión, pero no se llega a analizar, por ejemplo, si las sanciones que se establecen son coherentes con las ya existentes en otras directivas o DM<sup>19</sup>. Este mismo instrumento justifica un aumento de las penas (6

años tipo básico, 10, 12 en los casos agravados) en relación a la DM actualmente vigente, con una argumentación es manifiestamente insuficiente: «*current FD only envisaged a maximum penalty for aggravating circumstances. In addition, such penalti (8 years) is not considered adequate taking into account the perceived gravity of the crimen. The new FD would imply a significant step forward in the process of approximation of penalties...*». Igualmente, en este mismo documento, aunque se analiza expresamente la posibilidad de utilizar mecanismos de tutela alternativas al derecho penal, se analiza a partir de criterios ajenos al principio de última ratio (impacto social y económico). La repercusión sobre los derechos fundamentales se utiliza para justificar la sanción, pero no para examinar críticamente sus disposiciones. La reciente propuesta de DM sobre pornografía infantil continúa solicitando de los Estados miembros el castigo de la pornografía virtual<sup>20</sup>, lo que se compagina mal con el principio de lesividad y protección de bienes jurídicos.

---

a) en los ámbitos de los delitos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza, bien por su naturaleza o sus repercusiones, bien porque resulte particularmente necesario reprimirlos de consuno, o

b) si la aproximación de las disposiciones penales legales o reglamentarias de los Estados miembros resultara fundamental para garantizar una aplicación efectiva de una política de la Unión en un ámbito que estuviera sujeto a medidas de armonización.

15 Las disposiciones penales se centrarán en las conductas que provoquen un daño real o que amenacen gravemente el derecho o interés fundamental que sea objeto de protección. Es decir, se evitará la tipificación de una conducta en una fase injustificadamente incipiente. Aquellas conductas que solo supongan un peligro abstracto para el derecho o interés protegido se tipificarán únicamente si resulta adecuado hacerlo en función de la importancia particular del derecho o interés objeto de la protección.

16 La descripción de una conducta que se tipifique como punible con arreglo al Derecho penal habrá de estar formulada con precisión, a fin de garantizar una aplicación, alcance y significado previsibles.

17 En general, la legislación penal de la UE solo deberá prever penas para actos que hayan sido cometidos intencionalmente.

– La conducta negligente se tipificará únicamente cuando de una evaluación en cada caso concreto se desprenda que ello resulta conveniente debido a la especial relevancia del derecho o interés fundamental objeto de la protección, por ejemplo, en casos de negligencia grave que ponga en peligro una vida humana o provoque un daño grave. No se contemplará en la legislación penal de la UE la tipificación de un acto que se haya cometido sin intención ni negligencia, es decir, la responsabilidad objetiva.

18 La gobernanza europea. Un libro blanco. Bruselas, 25.7.2001. COM (2001) 428 final.

19 Vid. también vid. por ejemplo, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión marco 2002/629/JAI, 30 de marzo de 2010. p. 4.

20 Propuesta de Directiva (not. 18), Art. 2. b iv): «*imágenes realistas de un niño participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un niño, con independencia de la existencia real de dicho niño, con fines eminentemente sexuales*».