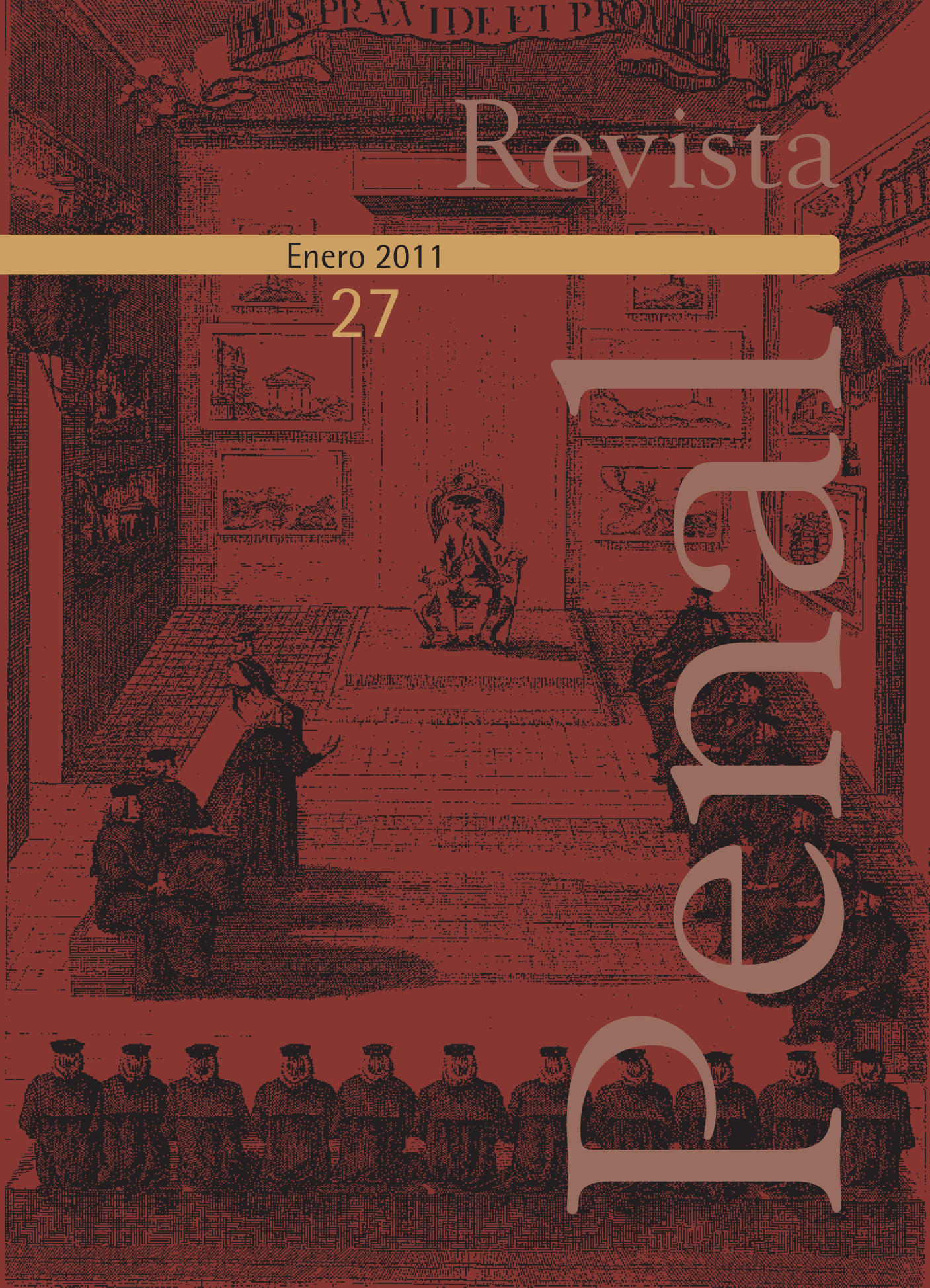


Enero 2011

27

Revista

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, Beijín, 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. Modena
Nicolás García Rivas, Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra, UNED
José Manuel Gómez Benítez, Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemer, 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 Piedecabras, 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 Ziouvas (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

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



Manifiesto sobre la política criminal europea

European Criminal Policy Initiative¹

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

Preámbulo

Procedentes de diez países de la UE, los penalistas firmantes queremos trasladar a la opinión pública europea el siguiente manifiesto de principios de política criminal, que se corresponde con la tradición europea ilustrada, lo que implica

- que somos conscientes de que el pensamiento ilustrado europeo representó el fundamento y el motor de la civilización europea y, por ello también, del proceso de unificación. Por esta razón, en el futuro su preservación y profundización debe también servir de orientación,
- que estamos convencidos que de ello se deriva que cualquier regulación penal necesita del máximo de legitimación democrática y de adecuación al Estado de derecho y que precisamente, y por esta razón, solo una política criminal basada en los principios jurídicos liberales puede garantizar una seguridad permanente.

Los penalistas firmantes del siguiente manifiesto deseamos subrayar esta tradición en el proceso de integración europea, en cuanto que el derecho penal material y procesal son también materia de este proceso. Las normas europeas de aproximación del derecho penal determinan en la actualidad en una medida considerable la legislación penal de los Estados Miembros. Esta tendencia es aún más intensa tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las instituciones europeas se ocupan, por ello, de manera muy importante de la política criminal, sin que ésta sea reconocida como una política europea propia, y sin que en consecuencia exista una concepción política criminal coherente.

Los firmantes comparten sin embargo la convicción de que una política criminal equilibrada tiene como condición el que legislador europeo respete los principios fundamentales, relativos al Derecho penal material que a continuación se enuncian, a la hora de emanar cualquier tipo de acto jurídico con relevancia penal, fundamentando explícitamente su adecuación en el sentido del «good go-

vernance». Estos principios universales no representan un cuerpo extraño en el ordenamiento jurídico de la UE, sino que por el contrario y sin excepción pueden derivarse de sus fundamentos normativos.

I. Principios de política criminal

1. Necesidad de una finalidad de tutela legítima

El legislador europeo solo puede ejercitar su competencia en materia penal cuando tutele un interés jurídico fundamental, (a) que se derive del derecho originario de la Unión, (b) que no este en contradicción con las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y con la Carta Europea de Derechos fundamentales, (c) y cuya lesión sea gravemente dañosa para la sociedad.

En el derecho europeo esta exigencia se deriva del principio de proporcionalidad. Sólo cuando una norma penal sirve a la protección de uno de estos intereses especialmente relevantes, resulta legítima y proporcionada. El legislador europeo, de acuerdo con el mandato de «good governance», debe fundamentar detalladamente el interés protegido y que el comportamiento punible lo lesiona de modo significativo. El simple aseguramiento de una política de la Unión no puede legitimar la utilización del Derecho penal.

2. Principio de ultima ratio

Dado que la persona es el centro de la actividad de la Unión Europea, ésta sólo puede obligar a los Estados miembros a incriminar determinados comportamientos cuando no existe otro medio más leve a su disposición para la tutela del interés protegido a que antes se hacía referencia.

Sólo atendiendo a este requisito, un acto jurídico puede ser «necesario» en el sentido del principio europeo de proporcionalidad, en cuanto que la sanción penal manifiesta un juicio de desvalor ético social estigmatizador que afecta gravemente a los derechos del ciudadano tal como están

¹ <http://www.crimpol.eu>

cimentados, entre otros lugares, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Utilizar el derecho penal de forma inflacionaria conduce además a una pérdida de su fuerza y efectividad.

En atención al mandato de «good governance», la EU tiene el deber de fundamentar la utilización del derecho penal como última ratio del control social.

3. Principio de culpabilidad

Las obligaciones de incriminar determinados comportamientos que la UE dirige a los Estados miembros presuponen sin excepción alguna que el comportamiento sancionado es personalmente reprochable (nulla poena sine culpa). Esta exigencia deriva no sólo de la necesidad de utilizar el Derecho penal únicamente en relación a comportamientos de especial dañosidad social, sino que también atiende a preservar en su integridad la dignidad de la persona. Asimismo se encuentra en armonía con la necesidad de culpabilidad tal como ya es reconocida en el marco de las sanciones administrativas de la Comunidad Europea y conecta con la presunción de inocencia garantizada en el artículo 48.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Lo anterior implica además que el legislador europeo debe fundamentar siempre que sus previsiones relativas al marco punitivo de un comportamiento posibilita la imposición de una pena conforme con el principio de culpabilidad, y en este sentido proporcionada.

Lo anterior no prejuzga la cuestión relativa a si las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente. La responsabilidad de la persona jurídica debe distinguirse de la culpabilidad individual personal. Para ello debe desarrollarse de acuerdo con los Estados miembros una reglas de imputación.

4. Principio de legalidad

El Derecho penal del Estado de Derecho se fundamenta necesariamente en el principio de legalidad. Éste, con sus diferentes plasmaciones, constituye un principio general en el sentido del artículo 6 II del TUE, reconocido además expresamente por el artículo 7.1 del CEDH. En sentido político criminal pueden derivarse de este principio tres exigencias fundamentales que el legislador europeo debe respetar.

a) Primera exigencia: principio de determinación

El principio de determinación en el marco de la UE requiere que los ciudadanos puedan prever los comportamientos por los que pueden ser penalmente responsables. Los tipos penales deben describir el comportamiento punible de manera clara y sencilla. Esto requiere especialmente un alto grado de comprensibilidad, en virtud de la cual el texto de la norma debe ser entendible «por sí mismo». En cualquier caso deben ser previsibles los elementos (1) ob-

jetivos y (2) subjetivos de la punibilidad, así como (3) sus consecuencias jurídicas.

Aunque debido a su carácter subsidiario, la armonización penal va acompañada necesariamente de un margen de apreciación para los Estados miembros, lo que implica que las normas europeas adolecen siempre de un cierto grado de falta de taxatividad, el principio de determinación como principio general del derecho comunitario y pilar elemental del Estado de Derecho debe estar presente en las disposiciones jurídicas europeas.

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.

Cuando las normas europeas, que obliguen a los Estados miembros a la utilización del derecho penal, remitan a otras disposiciones europeas, las exigencias del principio de determinación deben ser cumplidas por el conjunto ambas regulaciones. En caso distinto no resultaría posible la creación de un precepto penal nacional con un grado de determinación legal suficiente.

b) Segunda exigencia: Principio de irretroactividad y *lex mitior*

Las normas penales no pueden ser aplicadas retroactivamente en perjuicio del ciudadano afectado. Esta manifestación del principio de legalidad, que se deriva también de la necesidad de previsibilidad de la punibilidad, tiene como consecuencia para el legislador europeo que en el marco de la armonización del Derecho penal no puede hacer ninguna indicación que obligue a emanar preceptos penales de carácter retroactivo.

Una excepción a este principio debe admitirse tan sólo cuando favorezca al ciudadano afectado. Las disposiciones penales que han entrado en vigor tras la realización de los hechos y tienen efectos que favorecen al autor, despenalizando el hecho o rebajando las penas, pueden fundamentar una sentencia sin infringir el principio de irretroactividad (*lex mitior*). Aunque el principio de retroactividad favorable constituye un principio constatable en todos los ordenamientos, existen diferencias sin embargo en atención a su jerarquía normativa, especialmente en lo que concierne a su constitucionalidad. En la jurisprudencia del TJCE, así como en el artículo 49 I 3 de la Carta Europea de Derechos fundamentales se le otorga, al menos en el marco europeo, el máximo nivel. El legislador europeo esta por tanto obligado a respetarlo, por lo que a través de la armonización no puede indicar a los Estados miembros que apliquen el derecho existente en el momento de la realización del hecho cuando este con posterioridad a su realización y antes del juicio ha sido modificado de forma favorable al reo.

c. Tercera exigencia: Necesidad de una ley parlamentaria (*nulla poena sine lege parlamentaria*)

Dado que el Derecho penal es «la espada más afilada del Estado», su utilización en una sociedad democrática debe legitimarse por el pueblo de la manera más directa posible. Mientras que la UE no disponga de competencias para establecer un Derecho penal supranacional, formalmente los Estados miembros, es decir, los parlamentos nacionales, siguen siendo competentes para la creación de preceptos penales. Sin embargo, el legislador europeo al dirigirles directrices obligatorias limita su ámbito de decisión. En cuanto que este ámbito de decisión resulta recortado, la intervención del Parlamento nacional no resulta suficiente para legitimar democráticamente en su totalidad el Derecho penal armonizado. Por esta razón, debe exigirse el fortalecimiento de la legitimación democrática en Europa a través de una mayor participación del Parlamento europeo.

En cuanto que el procedimiento de codecisión sólo resulta aplicable hasta ahora en el Derecho comunitario, pero no en el Derecho de la Unión, el déficit democrático únicamente se ha paliado en el primer lugar mencionado. La previsión del Tratado de Lisboa de aplicar de manera general el procedimiento de codecisión a la armonización del Derecho penal debe por ello celebrarse, desde el aspecto de la legitimación democrática.

Con el fin de alcanzar una legitimación democrática satisfactoria del derecho secundario con relevancia penal y construir una mayor aceptación de sus disposiciones, los órganos participantes en el proceso legislativo europeo deben procurar siempre, que los parlamentos nacionales sean informados con prontitud y de manera completa acerca de los proyectos europeos. De este modo se posibilitará oportunamente a los Estados miembros influir en la redacción final de las disposiciones jurídicas y en la posiciones de conformidad de sus representantes en el Consejo. La posibilidad de que los Estados miembros cooperen con las instituciones comunitarias en igualdad de condiciones, así como entre ellos mismos, en el momento previo a la toma de decisiones relativas a disposiciones europeas, garantiza un nivel mínimo de control democrático. Esta cooperación posibilita además, bajo el punto de vista del *good governance* una legislación razonable y transparente, que puede enriquecerse adicionalmente a través de la participación de representantes de asociaciones y de la sociedad civil.

5. Principio de subsidiariedad

Las disposiciones jurídicas de la UE con relevancia penal, promulgadas con fundamento en una competencia compartida, están sujetas al principio de subsidiariedad en conformidad con las disposiciones generales del derecho de la UE. Por esta razón el legislador de la UE puede actuar únicamente cuando una medida:

(1) no sea eficaz en el ámbito de los Estados miembros y

(2) debido a su extensión o a su eficacia pueda ser alcanzada mejor en el ámbito de la UE.

Por este motivo las iniciativas del legislador penal nacional tienen preferencia a las del legislador europeo de acuerdo con la capacidad de actuación de los Estados miembros. Ello posibilita una legislación penal lo más cercana posible a los ciudadanos.

En el ámbito del derecho penal el principio de subsidiariedad adquiere un significado especial, en cuanto que el orden de valores jurídico penal de los Estados miembros forma parte de su «identidad nacional», que de acuerdo con el artículo 6. 3 del TUE ha de respetarse expresamente.

El test de subsidiariedad debe realizarse singularizadamente, es decir, sobre cada disposición y cada una de sus partes. Los actos legislativos deben fundamentarse extensamente de acuerdo con el protocolo de subsidiariedad (Protocolo nº 2 del Tratado de Lisboa). Las alegaciones realizadas por los Parlamentos nacionales en este momento deben respetarse.

De acuerdo con el *good governance* la propuesta de una disposición jurídica penalmente relevante debe ser siempre evaluada, a través de un control de subsidiariedad previo, ponderando todas las circunstancias y teniendo en cuenta todas las alternativas de actuación. Una afirmación formal de las condiciones de la subsidiariedad, como hasta ahora se ha venido realizando, no resulta en ningún caso suficiente.

6. El principio de coherencia

El alto grado de intromisión de la intervención del derecho penal exige que cualquier sistema penal guarde una gran coherencia interna. Únicamente bajo este presupuesto, una sociedad puede representarse la justicia y un determinado orden de valores. Esta coherencia garantiza además, en última instancia, la aceptación del derecho penal.

El legislador europeo, en las directrices que da a los Estados miembros, debe respetar la coherencia de los sistemas penales nacionales, pues ello forma parte de la identidad nacional preservada por el artículo 6.3 del TUE (coherencia vertical). Lo anterior implica especialmente que las penas mínimas establecidas por la Unión Europea no pueden originar un incremento asistemático de las penalidad máximas utilizadas por el derecho nacional. Además el legislador europeo debe tomar en cuenta los marcos penales ya utilizados en disposiciones ya existentes (coherencia horizontal, vid. artículo 11.3 del Tratado de Lisboa).

El «good governance» exige que el legislador europeo antes de aprobar un acto jurídico compruebe su coherencia con los ordenamientos penales nacionales y con el ordenamiento europeo y fundamente de forma explícita, a partir de esta comprobación, que no existe contradicción alguna.

II. Aclaraciones sobre los principios fundamentales de política criminal

Los principios que acaban de mencionarse son y deben convertirse en directrices de una legislación políticocriminalmente razonable, pero son también idóneos para evaluar la justificación política criminal de los actos jurídicos actualmente en vigor o las propuestas legislativas. De este modo, se mostrará también la relevancia práctica y la oportunidad de nuestras propuestas. En lo que sigue, de un lado, se subrayará donde existen ya actualmente tendencias de política criminal encomiables, que pueden ser tomadas como ejemplo para ulteriores iniciativas legislativas con relevancia penal. De otro lado, se mostrarán los puntos débiles, que desde nuestro punto de vista necesitan ser corregidos y complementados siguiendo nuestras propuestas.

1. En atención a *la necesidad de un fin de tutela legítimo* encontramos un conjunto de actos que de manera indubitada cumplen con nuestros requisitos:

— A la protección de un interés legítimo y especialmente importante se endereza por ejemplo la *Decisión marco para la lucha contra la trata de seres humanos*.² En un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia no resulta aceptable que se aproveche la situación de debilidad de una persona a través del engaño, la coacción o incluso la violencia con el fin de explotarla sexualmente o laboralmente. La víctima resulta atacada de este modo masivamente en el núcleo duro de sus derechos individuales (integridad corporal, libertad, autodeterminación sexual y fuerza de trabajo), derechos que explícitamente están protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

— Igualmente la *Convención para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*³ (la Convención PIF) y los protocolos adicionales persiguen en todos los casos un interés legítimo, como es el mantenimiento de la autonomía financiera y de las prestaciones de la Comunidades Europeas o bien, en el futuro, de la Unión.

Resulta, sin embargo, más problemático el encontrar un interés de tutela legítimo en otros actos jurídicos:

— Aunque no puede negarse que la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*⁴ pretende tutelar un interés político criminal indiscutiblemente legítimo, como es la protección de los menores, va demasiado lejos cuando en el art. 1. b) ii y iii incluye la represen-

tación de personas adultas que parezcan ser niños o la imagen realista de un niño inexistente (pornografía infantil virtual) practicando o participando en una conducta sexualmente explícita. Estas imágenes no afectan directamente a ningún menor, porque la persona involucrada o bien es mayor de edad o incluso no es ninguna persona real. Hasta el momento no ha podido demostrarse que estas representaciones ponen en peligro directamente a menores. De acuerdo con nuestra propuesta sería en cualquier caso necesario que el legislador europeo se esforzara en argumentar este extremo, en su caso mediante investigaciones empíricas, con el fin de justificar una criminalización tan amplia con un «fin legítimo».

— La *Decisión marco para la lucha contra la criminalidad organizada*⁵ construye a los Estados miembros a castigar penalmente o bien la participación en la actividad ilegal de una asociación criminal (art. 2 b) o — en consonancia con el modelo anglosajón de *conspiracy* — la concertación para la comisión de determinados delitos (art. 2 b). Los intereses que pueden ser afectados a través de estos comportamientos y por tanto el fin legítimo tutelado resultan, sin embargo, demasiado vagos, ya que los delitos a los que la asociación o el acuerdo deben dirigirse se concretan indicando únicamente que deben tener una pena mínima de cuatro años. La Decisión marco no suministra más información acerca de qué tipo de delitos se trata. La única indicación radica en el hecho de que los miembros de la asociación criminal deben actuar con el fin de conseguir, directa o indirectamente, una ventaja patrimonial. Mas esto último afecta tan sólo a la motivación del autor y no al merecimiento de protección del interés contra el cual este comportamiento se dirige. Por este razón no resulta suficientemente claro cual es la finalidad que persigue este precepto, con independencia de la difusa lucha contra la criminalidad organizada. A los Estados miembros no se les comunica de forma precisa que es lo que deben castigar. Sin una explicación más detallada se lesiona el principio de *good governance*.

2. *El Principio de ultima ratio* como consecuencia del principio (europeo) de proporcionalidad para la aplicación del derecho penal se puede reconocer en los siguientes casos:

— La *Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*⁶ muestra una tendencia positiva. El artículo 9

2 DM 2002/629/JAI, DO 2002, n° L 203, p. 1.

3 DO 1995 n° C 316, p. 49; DO 1996 n° C 313, p. 2; DO n° C 221, p. 12.

4 DM 2004/68/JAI, DO 2004 n° L 13, p. 44.

5 DM 2008/841/JAI, DO 2008 n° L 300, p. 42.

6 Directiva 2009/25/CE, DO L 2009 n° L 168, p. 24.

de esta disposición fundamenta la obligación de criminalizar determinados supuestos de empleo ilegal de tal modo que no se trata simplemente de contravenir lo dispuesto en el art. 3.1, el empleo de un nacional de un tercer país en situación irregular. Los estados miembros deben castigar únicamente el empleo ilegal cuando a esta situación se añade una de las siguientes circunstancias agravantes: la infracción continuada o reiterada de modo persistente; el empleo simultáneo de varios nacionales de países terceros en situación irregular o bien de menores de edad; la infracción se acompañe de unas condiciones laborales particularmente abusivas o se realice conociendo que el empleado ha sido víctima de la trata de personas. Para la infracciones más habituales no se requiere que la sanción tenga carácter penal. Todo ello podría reconocerse como una señal (¿consciente?) de respeto al principio de proporcionalidad penal y por consiguiente del principio de última ratio.

— La *Decisión marco relativa a los ataques contra los sistemas de información*⁷ contiene obligaciones de criminalización relativas a la entrada ilegal en un sistema de información (hacking, art. 2), a la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema de información (art. 3) y a las diversas formas de intromisión ilegal de datos (art. 4). Con el fin de no extender excesivamente la criminalización en todos estos supuestos se excluyen siempre los denominados casos de menor gravedad. En relación a el Hacking se deja en manos de los Estados miembros el castigo de la tentativa, que en los otros casos resulta obligatorio. Podría dudarse si estas medidas resultan suficientes para impedir una punibilidad desbordada. En cualquier caso los mencionados mecanismos apuntan en la dirección correcta, en cuanto que posibilitan a los Estados miembros ser congruentes con la extensión de sus propios preceptos penales. De este modo se garantiza igualmente el principio de coherencia (infra. 6).

— La *Decisión marco para la lucha contra el tráfico de drogas*⁸ contiene en su art. 2.2 una cláusula que excluye la obligación de criminalización de pequeñas cantidades de drogas destinadas al propio consumo. De este modo, en este ámbito, se deja a los Estados miembros un margen de decisión político criminal que debe ser bien recibido, pues resulta muy valioso en atención a los diferentes puntos de partidas de la política de drogas de los los Estados miembros y del papel del derecho penal en este ámbito.

Por el contrario, de la mano de otros ejemplos de disposiciones ya aprobadas puede mostrarse que el principio de última ratio hasta ahora no ha encontrado de manera evidente un reconocimiento autónomo y constante, y que tampoco ha existido una argumentación específica en el sentido del *good governance*:

— La *Decisión marco que complementa a la relativa a la lucha contra el terrorismo*⁹ obliga a tipificar en los Estados miembros, en relación con actividades terroristas, la incitación pública a la comisión de un acto de terrorismo, el denominado «reclutamiento» y la «formación» con fines terroristas, así como la tentativa y la participación en estos comportamientos. De este modo, se intenta contrarrestar la tendencia a que los terroristas abusen de internet como «campo de entrenamiento virtual». Sin embargo, con ello, se abarcan comportamientos que se realizan en un ámbito muy previo a la comisión de actos terroristas. A través de esta Decisión marco, la Unión Europea conduce a los estados miembros a un Derecho penal que intenta prevenir peligros objetivos para bienes jurídicos. Se castigan comportamientos que únicamente fomentan la construcción de una actitud interna criminal en otras personas o el apoyo a esta actividad (el denominado derecho penal pre-preventivo). Este alargamiento de la amenaza penal y con ello la total desvinculación de una puesta en peligro objetiva, incluso abstracta, de un bien jurídico no resulta compatible con el principio de proporcionalidad europeo, en su manifestación de última ratio, como directriz político criminal.¹⁰ Cuando un comportamiento no representa un peligro actual para el bien jurídico, no puede afirmarse que la protección penal resulte necesaria. En cualquier caso, de acuerdo con el principio de *good governance*, debería explicitarse en qué modo otras medidas podrían haber sido útiles, como una mayor vigilancia en Internet o la imposición de obligaciones al administrador de la Web.

— La *Decisión marco sobre la falsificación de medios de pago distintos al efectivo*¹¹ genera también una anticipación de la punibilidad, al considerar «necesario que la descripción de las diversas conductas que deben tipificarse en relación con el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo abarque toda la gama de actividades que en conjunto constituyen la amenaza del crimen organizado en este ámbito». La Decisión marco llega a tal extremo que en su art. 4 establece que debe sancionarse la elaboración o el suministro de objetos que sean objetivamente aptos para la realización de un delito. La aplicación del derecho penal en un momento tan anticipado cuando todavía existe apenas un riesgo para el bien jurídico requiere —en el sentido de *good governance*— una justificación más precisa que la mera referencia a la criminalidad organizada.

— La obligaciones de penalización que incluye la, ya mencionada, *Decisión marco relativa a la criminalidad organizada*¹² no se limitan a asociaciones criminales con un elevado grado de organización, sino que basta según

7 DM 2005/222/JAI, DO 2005, n° L69, p. 67.

8 DM 2004/919/JAI, DP 2005, n° L 335, p. 8.

9 DM 2008/919/JAI, DO 2008 n° L 330, p. 21.

10 Una tendencia semejante al alargamiento de la intervención se observa en otras Decisiones Marco, vid. por ejemplo el art. 2. c) de la DM 2001/431/JAI, DO 2001, n° L 149, p. 1.

11 la DM 2001/431/JAI, DO 2001, n° L 149, p. 1.

12 DM 2008/841/JAI, DO 2008 n° L 300, p. 42.

Art. 1 Nr. 2 cualquier agrupación siempre y cuando no se haya formado fortuitamente, aunque sus miembros no tengan asignados determinados roles, continuidad como miembros o la asociación no tenga una estructura definida. Por ese motivo, la obligación de penalizar es más extensa de la que sería necesario en cuanto a la nocividad social de la criminalidad organizada, lo que hace difícil su justificación de acuerdo con el concepto de proporcionalidad.

— La *Directiva sobre derecho penal del medio ambiente*¹³ plantea una problemática similar. Esta directiva obliga a los estados miembros a castigar determinados actos que infringen una disposición de la CE, lo que en parte supone penalizar comportamientos por el incumplimiento de criterios formales. Así por ejemplo existe un transporte ilegal de residuos de acuerdo con el art. 3 lit. c de la Directiva sobre derecho penal del medio ambiente cuando se realiza el transporte sin la notificación de todas las autoridades administrativas (cfr. Art. 2 Nr. 35 lit. a Reglamento [CE] 1013/2006) o no está conforme con determinados formularios (Art. 2 Nr. 35 l d y g iii del Reglamento [CE] 1013/2006). La penalización de injusto meramente administrativo no se corresponde con el principio de ultima ratio, que tiene que ser preservado por el derecho penal.

— La *Decisión marco sobre corrupción entre privados*¹⁴ no fundamenta suficientemente la posible utilización de medidas más leves de prevención de la corrupción en este ámbito. De este modo, se podría pensar en indemnizaciones económicas o medidas de *Compliance* (por ejemplo la introducción del principio de «cuatro ojos» en la concesión de pedidos o la rotación de personal en el departamento de adquisiciones). No se ha cumplido debidamente el deber de justificación para la aplicación del derecho penal como ultimo medio del control social.

3. La aplicación del *principio de culpabilidad* en disposiciones con relevancia penal se refleja en algunos ejemplos:

— En varios estados miembros, a sanción penal de las personas jurídicas puede compaginarse con el concepto de reprochabilidad personal, que fundamenta su derecho penal. Por ese motivo debe valorarse positivamente que todas las decisiones marco que hacen referencia a sanciones de las personas jurídicas dejen abierto si la sanción tiene que ser de carácter penal. Como ejemplo puede mencionarse el Art. 6 de la *Decisión marco sobre corrupción entre privados*.¹⁵ Esta forma de discreción sería deseable para el futuro.

— Bajo este aspecto también es plausible que algunos instrumentos jurídicos, como la *Decisión Marco sobre falsificación de medios de pago distintos al efectivo*¹⁶ o también la *Convención PIF* con respecto al castigo del fraude en contra de intereses financieros de la CE (Art. 1.1)¹⁷ requieran como elemento subjetivo del tipo explícitamente el dolo. Pero también se pone de manifiesto en la convención PIF que este importante requisito subjetivo tiene un fundamento frágil y puede ser fácilmente evitado, en cuanto Art. 1.4 de la convención permite, deducir el dolo de la existencia de circunstancias objetivas. Una deducción automática al dolo no es aceptable bajo el principio de culpabilidad.

Además existen objeciones en cuanto a la otros actos jurídicos sobre todo en relación a la falta de diferenciación de la sanción para comportamientos totalmente diferentes. Esto levanta objeciones relativas al principio de culpabilidad:

— La *Decisión marco contra el terrorismo*¹⁸ obliga a los estados miembros a castigar la dirección de un grupo terrorista (art. 2.2.a) y su apoyo consciente —por ejemplo a través de financiación o información— (art. 2.2.b). En el primer caso la pena máxima debe ser como mínimo de 15 años, en el caso segundo al menos de 8 años (art. 5.3). En relación al principio de culpabilidad o bien al principio de proporcionalidad se plantea el problema de que estos grupos terroristas no necesariamente pueden tener la intención de cometer delitos graves (como ataques a la vida o la integridad física, secuestros o la elaboración de armas de destrucción masiva). Igualmente estos grupos terroristas pueden limitarse a *amenazar* con estos delitos (Art. 1.1.i). En relación a la «participación en actividades de un grupo terrorista» la pena mínima a aplicar de 8 años resulta independiente de si el grupo se orienta a la comisión o a la mera amenaza de delitos terroristas. De este modo, el grado de peligro de los comportamientos de apoyo no se refleja en las consecuencias jurídicas. No se ha respetado el grado de culpabilidad en la determinación de las sanciones. En lo que atañe a la «dirección de un grupo terrorista» resultan aún más claras las dudas acerca del respeto al principio de culpabilidad. En principio parece oportuno, que en el art. 5.3 esté prevista para la dirección de un grupo terrorista, que solamente tiene como objetivo amenazar con actos terrorista, una pena máxima de 8 años (en vez de 15), porque este comportamiento muestra un grado más reducido de peligrosidad. Pero en estos casos, según la concepción de la Decisión marco, los colaboradores corren el peligro de ser castigados con las mismas penas que los dirigentes. El hecho de que la Unión aplique la misma pena máxima para comportamientos de diferente grado de dañosidad social

13 Directiva 2008/99/CE, DO 2008, n° L 238, p. 28.

14 DM 2003/568/JAI, DO 2003 n° L 192, p. 54.

15 DO 2003/568/JAI, DO 2003 n° L 192, p. 54.

16 DM 2001/413/JAI, DO L 2001 n° L 149, p. 1.

17 DO 1995 n° C 316, p. 49.

18 DM 2002/475/JAI, DO 2002 n° L 164 modificada por la DM 2008/919/JAI, DO 2008 n° L 330, p. 21.

vulnera el principio de culpabilidad y la proporcionalidad de las penas.

— La nueva propuesta de *Decisión marco relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos*¹⁹, prevé en el Art. 3.1 una pena máxima de un mínimo de 6 años. Esta pena tiene que hacer referencia a «actividades ilícitas [...] contemplados en los artículos 1 y 2». El art. 1 contiene la obligación de penalizar determinados comportamientos, el art. 2 obliga a los estados miembros a castigar la inducción, la complicidad y la tentativa de delito. De este modo, la Comisión se representa con una gavedad similar las penas máximas de la autoría, de la participación y de la tentativa, por otro lado. En relación al principio de culpabilidad resulta difícil de conciliar esta previsión con la participación, ya que el principio de culpabilidad exige que cada partícipe sea castigado en atención a su grado de culpabilidad. Con buenas razones, en muchos sistemas la complicidad se castiga, al menos facultativamente, con una pena más leve que la autoría.

4. En la formulación de preceptos jurídicos con contenido penalmente relevante es posible encontrar ejemplos positivos, que respetan la obligación de determinación, derivada del principio de legalidad:

— En atención a este principio resultan encomiables aquellos preceptos penales que se esfuerzan por describir de manera más clara posible qué comportamientos deben ser sancionados por los Estados miembros. Un ejemplo puede encontrarse en el art. 6.1 c) de la *Decisión marco relativa contra la falsificación del euro*²⁰ que contiene una obligación de penalización en relación a la conducta consistente en «importar, exportar, transportar, recibir o procurarse moneda falsa». A estos efectos, el art. 1 en su segundo inciso aclara expresamente que debe entenderse incluso por moneda.

— De manera similar el art. 2.1 a) de la *Decisión marco relativa al tráfico ilegal de drogas*²¹ establece la sanción de la «producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas». Resulta positivo que el legislador europeo a través de numerosas indicaciones, con elementos muy aferrables, intente definir el comportamiento típico. No obstante, y por otro lado, también resulta evidente que el esfuerzo de introducir todas las formas típicas de comportamiento en el catálogo de conductas punibles lleva a que los conceptos se entrecrucen, sin que sea posible una clara separación de las distintas modalidades típicas (por ejemplo,

la limitación entre la oferta y la oferta para la venta o bien la entrega, el envío en tránsito y el transporte). Aunque no guarda relación con la determinación, resulta cuestionable si constituye una política criminal razonable establecer un obligación de criminalización tan generosa.

— No deben dejar de mencionarse aquellos casos en los que los órganos europeos se ocupan de integrar normas armonizadoras procedentes de otras organizaciones internacionales en el marco de integración de la Unión Europea. En estos supuestos frecuentes es posible constatar un esfuerzo por alcanzar un mayor grado de determinación, tal como muestra por ejemplo el art. 1.1 c) de la *Decisión marco para la lucha contra la trata de seres humanos*.²² Al igual que en el correspondiente protocolo de Naciones Unidas la Decisión marco menciona el «abuso de autoridad» o «de la situación de vulnerabilidad», sin embargo, estos comportamientos son objeto de una concreción ulterior exigiendo que la «persona no tenga una alternativa real y apreciable, excepto someterse al abuso». Aunque puede discutirse si a través de este añadido se ha alcanzado un nivel de taxatividad más satisfactorio, deben reconocerse los esfuerzos del legislador europeo.

Dejando de lado estos casos, son muy numerosas las disposiciones que pueden ser criticadas atendiendo a la determinación. He aquí algunos ejemplos:

— La ya mencionada *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*²³ comprende, como hemos visto, en su art. 1. b) (ii) también la representaciones de adultos con apariencia de niños. Cuando un adulto representa una apariencia infantil, se sustrae a cualquier categoría jurídica. La apariencia que corresponde a una determinada edad es algo muy etéreo, una persona de dieciocho años puede aparecer como uno de diecisiete. Estas delimitaciones no resultan adecuadas en orden a realizar una subsunción con resultados previsible y por ello deben rechazarse atendiendo a los fines del derecho penal.

— El art. 1.2 de la *Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia*²⁴ permite a los Estados miembros la posibilidad de castigar determinados comportamientos cuando, entre otras condiciones, el comportamiento sea adecuado para perturbar el orden público. Queda totalmente abierto, qué comportamientos resultan idóneos. Aunque resulta encomiable que el legislador europeo permita a los Estados miembros un margen de configuración, constituye, sin embargo, un problema cuando hace esto dejando en sus manos conceptos totalmente indeterminados.

— A través del art. 2.1 de la *Decisión marco sobre la corrupción en el sector privado*²⁵ los Estados miembros están obligados a castigar penalmente la corrupción en el

19 COM (2009) 136 final, p. 14.

20 DM 2000/383/JAI, DO 2000 n° L 140, p. 1.

21 DM 2004/757/JAI, DO 2004 n° L 335, p. 8.

22 DM 2002/629/JAI, DO 2002 n° L 203, p. 1.

23 DM 2004/68/JAI, DO 2004 n° L 13, p. 44.

24 DM 2008/913/JAI, DO 2008 n° 328, p. 55.

25 DM 2008/841/JAI, DO 2008 n° L 300, p. 42.

tráfico económico tanto del lado del otorgante como del aceptante. El elemento central de este tipo es que la contraprestación a la ventaja patrimonial consista en la infracción de las obligaciones por parte del empleado de la empresa. El concepto de infracción del deber se define de forma muy amplia en el art. 1.2, constituyendo «cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate». El elemento de infracción del deber debe determinarse especialmente a partir del derecho del Estado en cuestión, lo que conduce a que el otorgante de la ventaja en los casos de corrupción transnacional deba conocer el conjunto de obligaciones del aceptante, con el fin de poder prever su riesgo penal. Esto incluye tanto las previsiones legales, incluida la jurisprudencia, del Estado donde tiene lugar el soborno, como también las obligaciones particulares contractuales del sobornado. La falta de determinación del elemento infracción del deber se deriva de este modo directamente de la Decisión marco, sin que los Estados miembros puedan evitarla a través de una redacción más precisa.

— La *Directiva sobre delitos contra el medio ambiente*²⁶ describe a través de una larga cadena de remisiones lo que han de penalizar los Estados miembros. De ello se deriva un problema similar para el principio de determinación: el legislador nacional es obligado prácticamente a aceptar estas remisiones en su norma penal, con lo que la búsqueda de la norma aplicable se dificulta notablemente, hasta tal extremo que resulta prácticamente inexigible debido a la remisión simultánea al derecho nacional y europeo, a las diferentes reglas de interpretación y a las considerables diferencias lingüísticas que existen en el marco del derecho europeo. La única alternativa consistiría en extraer las singulares conductas punibles de entre la cadena de remisiones, tipificándolas en numerosos tipos singulares. No obstante, esta tarea es prácticamente irrealizable por parte del legislador estatal, y además no resulta jurídicamente admisible, en cuanto que supone una transcripción, no permitida, en el derecho nacional de normas comunitarias directamente aplicables. Esta forma de proceder conllevaría igualmente el riesgo de dejar de lado una constelación de casos y de este modo lesionar la obligación de transposición.

5. Muchas críticas y recelos se refieren a la falta de respeto al **principio de subsidiariedad**, que tiene significado para el derecho penal como límite competencial, cuando la Comunidad o la Unión disponen de competencias para la armonización atribuidas por los Tratados. En las disposiciones adoptadas hasta el momento puede observarse que al menos parcialmente se ha respetado este principio.

— El ejercicio de competencias penales en el ámbito europeo tiene un fundamento especial cuando la Comunidad o bien la Unión tutelan sus propios *intereses financieros* u otros intereses supranacionales, como la protección del euro frente a falsificaciones.

— El principio de subsidiariedad se respeta también cuando se trata de formas de criminalidad que poseen un especial carácter supranacional y no pueden ser sancionadas de forma eficaz por los Estados. En esta categoría, al menos como grandes temas, puede encuadrarse a modo de ejemplo el *terrorismo internacional* y los *delitos contra el medio ambiente*, debido en el primer caso a la estructura organizativa a la que pertenece el autor y en el segundo a que los efectos del hecho no se detienen ante las fronteras de cada país. El que en estos ámbitos resulte evidente el respeto del principio de subsidiariedad no significa que de modo automático todas las concretas formas de aparición de estos delitos o todos los comportamientos que guarden relación con ellos forzosamente deban ser regulados internacionalmente.

— Un indicio que muestra el respeto al principio de subsidiariedad puede ser también el que los Estados miembros se hayan esforzado en otros foros internacionales por conseguir la aproximación de sus derechos nacionales. Este es el caso de la *Decisión marco para la lucha contra la trata de personas*,²⁷ donde tanto la ONU²⁸, como el Consejo de Europa²⁹ han realizado esfuerzos con el mismo fin. Aun así habría que comprobar en relación a cada una de las singulares obligaciones de criminalización si se cumplen las exigencias del principio de subsidiariedad.

Desgraciadamente, el respeto al principio de subsidiariedad no constituye sin embargo la regla general, tal como muestran los siguientes ejemplos:

— La *Decisión marco para la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia*³⁰ requiere de los Estados miembros que sancionen la incitación al odio ra-

26 Directiva 2008/99/CE, DO 2008, n° L 238, p. 28.

27 DM 2002/629/JAI, DO 2002, n° L 203, p. 1.

28 Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres, niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Res 55/25 de la Asamblea general de 15.11.2000 en vigor desde el 25.12.2003.

29 Vid. solo Recommendation No. R(91)11 of the Committee of Ministers to member States on sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults; Recommendation No. R(2000)11 of the Committee of Ministers to member States on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation; Recommendation No. R(2001)16 of the Committee of Ministers to member States on the protection of children against sexual exploitation.

30 DM 2008/913/JAI, DO 2008 n° 328, p. 55.

cial (art. 1.1. a, b) así como la negación del holocausto y otros crímenes contra la humanidad (art. 1.1. c, d). El que la Unión Europea en este punto ha sobrepasado claramente sus competencias deriva del art. 29.1. del TUE en relación con el n.º 2 de este mismo precepto. En delitos que están estrechamente vinculados a un determinado país debería justificarse especialmente que se respeta el límite de competencias del principio de subsidiariedad. El fundamento ofrecido en relación a porqué en este ámbito era necesario una armonización de las normas mínimas fue, conjuntamente con la necesidad de mejorar la cooperación internacional (considerando n.º 4), lo despreciable de esto comportamientos (considerando n.º 5). La facilitación de la cooperación en materia de persecución no puede ser un fin en sí mismo. De aceptarse este argumento con carácter general, el principio de subsidiariedad en lo tocante al derecho penal se vaciaría, porque naturalmente la eliminación de las diferencias en los ordenamientos penales significa una facilitación de la cooperación y la ayuda judicial. No resulta evidente en este caso que la cooperación sin preceptos armonizados sufra graves perjuicios en este caso. En último término bajo estas disposiciones se encuentra el deseo de ofrecer una señal conjunta frente a comportamientos que resultan indeseables. Más no debe abusarse del derecho penal para funciones simbólicas. Este tipo de criminalizaciones no debe tener cabida alguna si el principio de subsidiariedad se toma en serio.

— Desde el ángulo de la subsidiariedad resulta dudoso el art. 4 de la Decisión marco que acaba de mencionarse, así como el art. 5.2 de la *Decisión marco para la lucha contra el terrorismo*.³¹ Ambos preceptos obligan, de manera similar, a los Estados miembros, en el caso del terrorismo, a castigar de forma más severa delitos que han sido cometidos con ánimo terrorista o bien en el caso de la Decisión marco sobre racismo a delitos que fueron cometidos por móviles racistas o xenófobos. Aunque esta previsión es relativamente poco significativa, su resultado pueda ser razonable y se corresponda además con una práctica ya muy extendida en los Estados miembros, resulta difícil de fundamentar —y de hecho no se ha fundamentado— desde el punto de vista del principio de subsidiariedad por qué las regulaciones nacionales no pueden regular esta cuestión relativa a la determinación de la sanción y con ello por qué resulta necesaria una regulación europea.

— Por lo demás resulta llamativo que en casi todos las disposiciones el respeto del principio de subsidiariedad se afirme a través de una única frase de estilo, como por ejemplo muestra el considerando n.º 7 de la *Decisión marco contra la criminalidad organizada*:³² «Dado que los objetivos de la presente Decisión marco 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». Como puede apreciarse falta por completo tanto la fundamentación empírica de la incapacidad de los Estados miembros para alcanzar los fines de la Decisión marco, como también la mención específica de los mismos.

6. Finalmente deben explicarse en relación a actos concretos nuestras exigencias relativas al mantenimiento **del principio de coherencia**. En principio debe subrayarse que, al menos hasta ahora, en aspectos singulares existen espacios libres para los Estados miembros que sirven al respeto de la coherencia vertical.

— A la coherencia de los sistemas penales nacionales atiende en principio que los actores europeos hasta ahora hayan evitado establecer sanciones penales para las personas jurídicas (vid. por ejemplo el artículo 7 de la *Decisión marco para la lucha contra la corrupción en el sector privado*,³³ y ya supra. en relación al principio de culpabilidad).

— Igualmente a los Estados miembros se les concede un amplio espacio de juego para la preservación de la coherencia vertical cuando algunas decisiones marco no establecen exigencia alguna en relación a las penas, es decir no requieren ninguna pena mínima, conformándose con una exigencia genérica de sanciones penales (eficaces, disuasivas, proporcionadas; o penas privativas de libertad en los casos graves, vid. solo el art. 6 de la *Decisión marco sobre la falsificación de medios de pago distintos al efectivo*³⁴).

— Excepcionalmente el legislador europeo se ha esforzado incluso por evitar intromisiones más profundas en el sistema de sanciones de los Estados miembros. En los trabajos preparatorios de la *Decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares*³⁵ se pensó en el art. 1.3, en relación a determinados comportamientos, establecer una pena mínima de 12 años, lo que hubiese sido incompatible con el sistema de sanciones sueco. De acuerdo con el derecho penal de este país este delito tiene una pena de hasta cuatro años, y la pena privativa de libertad temporal más alta que puede imponerse es de 10 años. Como consecuencia de las consultas la pena mínima para los casos más graves se estableció en ocho años y además se incluyó en el art. 1.4 una cláusula que permite a los Estados una pena menor si resulta imprescindible para mantener la coherencia de su sistema nacional. Se trata de un buen ejemplo acerca de cómo pueden tenerse en cuenta el interés de un Estado miembro a la preservación de su sistema penal.

31 DM 2002/475, DO 2002 n.º L 164, p. 3.

32 DM 2008/841/JAI, DO 2008 n.º L 300, p. 42.

33 DM 2003/568/JAI, DO 2003 n.º L 192, p. 54.

34 DM 2001/413/JAI, DO L 2001 n.º L 149, p. 1.

35 DM 2002/946/JAI, DO 2002, n.º L 328, p. 1.

Sin embargo, la praxis de las Instituciones europeas está aun lejos de tomar en consideración de forma continua como principio rector de su política criminal tanto la coherencia vertical como la horizontal:

— Donde faltan cláusulas semejantes a las que acaban de hacerse mención existen preceptos que resultan especialmente problemáticos para los, altamente diferenciados, sistemas penales nacionales. La *Decisión marco sobre terrorismo*³⁶ establece por ejemplo en el art. 5.3 en relación a determinados comportamientos terroristas que una pena mínima, para los casos más graves, de 15 años. Esta previsión pone las cosas difíciles al derecho penal finlandés, donde la pena privativa de libertad de duración determinada no supera los 12 años, de modo que la Decisión marco solo ha podido ser implementada a través de una solución artificial y extraña al sistema: una pena máxima excepcional de 12 + 3 años.

— Como ya se ha indicado, algunas disposiciones de la Unión Europea prevén idénticas penas para comportamientos cuyo grado de dañosidad social resulta muy diferente. Así la *Decisión marco para la lucha contra la trata de personas*³⁷ establece una pena mínima de 8 años cuando se realiza el tipo penal de la trata poniendo en peligro de forma dolosa o imprudente la vida de la víctima (art. 3.2 a). La misma pena mínima se establece en la Decisión marco relativa a la falsificación del euro para la alteración o falsificación de moneda fraudulenta. Esto muestra que en la actividad de la Unión con relevancia penal no se atiende todavía a la coherencia horizontal. Los Estados miembros, dada la apertura de los preceptos «hacia arriba», podrían autónomamente establecer penas más elevadas para los comportamientos delictivos que encuentren más lesivos, con lo que de este modo al menos parcialmente podrían verse forzados a una clara agravación en sus sistema de sanciones, lo que resulta problemático en aras al mandato de coherencia vertical.

— Para ilustrar la falta de coherencia horizontal nos remitiremos una vez más a la *Decisión marco de lucha contra el terrorismo*,³⁸ donde en relación a la participación en las actividades de una organización terrorista no diferencia si esta tiene como finalidad la realización (art. 1 a)-h) o solo la amenaza de hechos más graves (art. 1 i). La misma Decisión marco posteriormente en el caso de asociaciones terroristas, que tienen como finalidad solo la amenaza de hechos penales más graves, sí que establece una diferencia de penas a la hora de castigar la dirección o participación en las actividades del grupo terrorista, atendiendo a si la actividad de la asociación es la comisión de determinados delitos o simplemente su amenaza (Art. 5.3).

7. Tal como muestran estos ejemplos en algunos casos los resultados de la legislación europea no son aceptables o son al menos cuestionables. Aunque en ningún caso se ha traspasado el límite de lo inaceptable, se han apreciado tendencias preocupantes que no deben pasar inadvertidas: la tendencia a establecer disposiciones penales que no persiguen claramente la tutela de interés alguno; la tendencia a descuidar el principio de ultima ratio; la tendencia a establecer obligaciones de penalización que conducen a la introducción de preceptos indeterminados en los derechos nacionales; así como la tendencia a reaccionar ante cualquier problema social con un incremento de la represión, considerando que ello supone ya un valor añadido.

Estas tendencias objetables se manifiestan también en el ámbito estatal, pero son considerablemente fortalecidas a través del desarrollo europeo. Nuestra preocupación radica en que si estos riesgos no son reconocidos a tiempo al final nos demos de bruces con un derecho penal inaceptable, contrario a los principios y tradiciones liberales fundamentales.

Prof. Dr. Petter Asp, Stockholm University, Suecia.

Prof. Dr. Nikolaos Bitzilekis, Asitotl University of Thessaloniki, Grecia.

Lect. Univ. Dr. Sergiu Bogdăna, Universitatea Babeș-Bolyai, Rumania.

Ass. Prof. Dr. Thomas Elholm, LL. M, University of Southern Denmark, Dinamarca.

Prof. Dr. Luigi Foffani, Università di Modena e Reggio Emilia, Italia.

Prof. Dr. Dan Frände, University of Helsinki, Finlandia

Prof. Dr. Helmut Fuchs, Universität Wien, Austria.

Prof. Dr. Maria Kaiafa Gbandi, Aristotle University of Thessaloniki, Grecia.

Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe, Université de Strasbourg, Francia.

Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Universidad de Castilla la Mancha, España.

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A, Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Alemania.

Prof. Dr. Helmut Satzger, Ludwig-Maximilians Universität München, Alemania.

Prof. Dr. Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Aristotle University of Thessaloniki, Grecia.

Ass. Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Universität Wien, Austria.

36 DM 2008/919/JAI, DO 2008 n° L 330, p. 21.

37 DM 2002/629/JAI, DO 2002, n° L 203, p. 1

38 DM 2008/919/JAI, DO 2008 n° L 330, p. 21.