**ALGUNOS PROBLEMAS DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA SOBRE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y TERRORISMO.**

Noelia Corral Maraver

Becaria de investigación de la Universidad de Málaga

1. **Introducción.**

Hace algunos años, la cuestión sobre la competencia de la UE para armonizar normas penales era fuente de discusión entre la doctrina. Con el Tratado de Maastricht (TUE) en 1992 se crea la estructura de pilares, correspondiendo la materia penal al Tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal). La armonización de la legislación se llevaba a cabo comúnmente a través de decisiones marco, que sólo eran obligatorias en cuanto al resultado que debía obtenerse, pero no en cuanto a la forma y los medios. Ello contrastaba con el Primer pilar, que se encargaba de la integración, a través de reglamentos y directivas. La Comunidad europea no tenía pues competencia para aproximar las legislaciones penales en el ámbito del primer pilar[[1]](#footnote-1).

El principal cambio se produjo a raíz de la famosa STJCE de 13 de septiembre de 2005 sobre el asunto Comisión vs. Consejo, estableciendo que, en la medida en que la toma de medidas penales fuese necesaria para conseguir algún fin comunitario, podrían regularse por legislación comunitaria, propia del primer pilar.

Actualmente, dicho debate ha desaparecido tras la aprobación del Tratado de Lisboa, que otorga a la UE competencia compartida (artículo 4. 2. j. TFUE) en materia penal, pudiendo legislar a través de directivas tanto en el ámbito del derecho penal procesal (artículo 82.2. TFUE)[[2]](#footnote-2) como en el del derecho penal sustantivo. Con respecto al derecho penal material, el artículo 83.1 TFUE permite establecer, a través de directivas, normas de mínimos relativas a la definición de los tipos delictivos y sanciones penales de aquellos “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 serían el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Dicha enumeración no tiene el carácter de *numerus clausus*, pues el Consejo, por unanimidad y previa aprobación por el Parlamento europeo, podrá dictar una decisión en la que defina otros ámbitos delictivos sujetos a competencia comunitaria (artículo 83 *in fine).*

1. **La expansión del derecho penal europeo.**

El expreso reconocimiento de competencia penal a la UE debe ser valorado positivamente, por haber acabado con los conflictos de competencia. No obstante, en pocos años hemos asistido a la cada vez mayor extensión de la intervención penal comunitaria.

En un primer momento, el núcleo duro del derecho penal europeo lo formaban delitos contra los intereses financieros de la Unión, que protegían bienes jurídicos propios del organismo internacional. Luego existe otro conjunto de bienes jurídicos relacionados con la existencia de la UE, que también se incluyen en el derecho penal europeo (protección del euro). Paulatinamente, el derecho penal se extiende a otros delitos análogos o delitos-obstáculo (blanqueo, criminalidad organizada…)[[3]](#footnote-3) y, más adelante, hacia llega a proteger otros bienes jurídicos, especialmente relevantes para la comunidad, como la trata de seres humanos, la explotación sexual infantil, los crímenes de odio.

La forma de legislación penal de la UE ha sido principalmente a través de mecanismo de la armonización, primero a través de decisiones marco y, más adelante, a través de directivas. Otras técnicas legislativas, como la unificación, usada en otros campos, no ha tenido éxito en el ámbito penal. En el año 1999 un grupo de expertos realizó a propuesta de la Comisión Europea un proyecto de código penal europeo, conocido como corpus iuris. Dicho proyecto pretendía unificar la legislación de los diversos estados en relación a los delitos contra los intereses financieros de la UE y delitos económicos y fracasó, ante la falta de voluntad política. La expansión que está experimentado actualmente el derecho penal sigue, por tanto, la vía de la armonización[[4]](#footnote-4).

1. **Algunos efectos negativos de la armonización en materia penal.**

Naturalmente la armonización penal trae efectos positivos, como la eliminación de lagunas punitivas que puedan existir en algunos EEMM y evita el *forum shopping* penal. No obstante, del estudio de la política criminal en Europa se pueden extraer ciertos rasgos negativos de la misma. Estos se presentan de manera más pronunciada en relación a los ámbitos de criminalidad organizada y terrorismo.

**i.-** Se produce una tendencia a la improvisación de la intervención penal en algunos campos, siendo las decisiones penales a veces se producen como consecuencia de presión social o política, ante las denominadas crisis exógenas[[5]](#footnote-5). Así ocurre especialmente con la lucha contra el terrorismo, que empezó a ser asunto relevante para las instituciones europeas a partir de los atentados del 11-S en Estados Unidos en 2001. El día 21 de ese mismo mes de reunió un Consejo Europeo, que aprobó un Plan de acción contra el terrorismo[[6]](#footnote-6) y poco después se aprueba 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 dio lugar a nuevas medidas de acción contra el terrorismo. Algo similar ocurre tras los atentados de Londres de 7 de julio de 2005, cuando con la presidencia de Reino Unido en el Consejo se impulsan diversas medidas, para mostrar liderazgo, y que terminarán dando lugar a la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, que modifica la de 2002[[7]](#footnote-7). En el mismo año se aprobó la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Con los recientes atentados al semanario francés *Charlie Hebdo* se ha vuelto a abrir el debate, y parece que de nuevo la UE se ha lanzado a legislar en materia antiterrorista, aunque no parece que vayan a desarrollarse por ahora nuevas normas de derecho penal sustantivo.

**ii.-** Más relevante si cabe es el escaso respeto de los principios penales garantistas por parte de algunas decisiones marco o directivas en materia penal, tendencia que es especialmente pronunciada en algunos ámbitos, como terrorismo o criminalidad organizada. Así, por ejemplo, el principio de *ultima ratio* no es respetado por la Decisión Marco 2008/919/JAI, al regular conductas como la incitación pública o la formación y el reclutamiento para el terrorismo que no conllevan un resultado, tan solo un peligro, y que solo pretenden prevenir comportamientos que fomentan una actitud interna del sujeto[[8]](#footnote-8). Este adelantamiento de las barreras de protección llega incluso a ir contra el principio de culpabilidad pues se castigan conductas de peligro abstracto, que pueden constituir meros estado de pensamiento, sin materializarse ni en peligro concreto ni en conductas lesivas[[9]](#footnote-9). Dicho principio es también vulnerado por aquellas normas que equiparan a efectos de pena conductas de muy diversa gravedad[[10]](#footnote-10) o cuando se castigan de igual forma conductas de autoría o participación[[11]](#footnote-11). Esto también puede ir contra el principio de proporcionalidad penal.

El mandato de determinación, uno de los componentes del principio de legalidad penal, también se ignora a menudo cuando las normas prevén tipos excesivamente amplios, que dan lugar a inseguridad jurídica.

Una de las mayores críticas a la UE a la hora de legislar es el sistemático incumplimiento del principio de de subsidiaridad. Este principio posee especial relevancia, pues determina también la competencia penal de la UE, dado que como la cooperación penal es 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”[[12]](#footnote-12). Por supuesto, la intervención penal europea puede estar justificada pero, desde luego, para considerar cumplido este principio se requiere de una mayor justificación por el legislador, explicando por qué la intervención en el derecho penal material es el medio óptimo para luchar contra dicha criminalidad.

Por último, otra de las críticas que se hace al derecho penal europeo es que a veces, las sanciones recogidas vulneran el principio de coherencia tanto horizontal, en relación al propio derecho comunitario, como vertical, respeto al ordenamiento interno de los Estados miembros. Esto último ocurrió con la Decisión Marco sobre terrorismo de 2008 la cual obliga a los Estados a imponer al menos una pena de 15 años como límite máximo. Ello dio problemas al ordenamiento finlandés, que no tenía penas privativas de libertad tan graves, y le obligó a realizar ejercicios de ingeniería jurídica para aplicar la norma[[13]](#footnote-13).

**iii.-** Cada vez más, las normas penales se hacen más detalladas, restringiendo a los EEMM su margen de apreciación a la hora de definir delitos y sanciones.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”. Pero más tarde se ha llegado a una armonización de tercera generación de normas que obligan a la sanción por vía penal e imponen el umbral punitivo, llegando a señalar en número de años que debía tener el límite mínimo de la pena máxima o previendo incluso agravantes[[14]](#footnote-14). Esto provoca efectos perversos como la creación de un derecho criminal den sentido único –petrificación del derecho penal-, que no podrá ser revocado por los Estados[[15]](#footnote-15), al menos en lo que respecta a la despenalización o la bajada de penas.

iv.- Inflación sancionatoria y elevación de las penas.

La normativa europea en materia penal sustantiva se dirige de manera continua hacia un aumento de la represión, ampliando los tipos y, especialmente, aumentando las sanciones[[16]](#footnote-16). La criminalización que producen las normas comunitarias no suelen ir encaminadas a cubrir vacíos legislativos, sino que se ocupan de comportamientos que normalmente ya están castigados a nivel nacional, con lo que se consigue una “sobre-criminalización secundaria”[[17]](#footnote-17). Además, se pone un especial énfasis en la pena de prisión. Todo ello, unido a las tendencias punitivitas internas y a la costumbre de algunos legisladores de ir más allá de lo formulado por la norma comunitaria –ampliando tipos y aumentando sanciones-, está derivando en legislaciones cada vez más autoritarias y conservadoras. En relación a la criminalización de los delitos de criminalidad organizada, es obvio cómo el legislador español, con la reforma de LO 5/2010, va más allá de lo que imponen la obligación internacional derivada de la Decisión marco 2008/841/JAI[[18]](#footnote-18).

1. **Breve reflexión.**

En definitiva, podemos afirmar que las normas penales europeas que afectan a la criminalidad organizada y al terrorismo -aunque no sólo ellas- presentan algunos vicios de irracionalidad. Al igual que ocurre en el ámbito interno, las presiones sociales, la poca tolerancia al riesgo e inseguridad de las sociedades posmodernas[[19]](#footnote-19) y la fuerte emotividad que tienen estos crímenes, provocan que en ocasiones la respuesta penal se deje llevar por el momento y no sea objeto de estudio y planificación.

Resulta usual citar como factor de 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 conductas[[20]](#footnote-20). En efecto, no cabe duda de que la globalización, al posibilitar la libre y rápida circulación de información, capitales y personas, supone consecuentemente la extensión de la criminalidad en ciertos ámbitos, especialmente en el de 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 trasnacional[[21]](#footnote-21).

También a veces se alega que la armonización de normas penales sustantivas es necesaria para permitir la correcta cooperación judicial y policial en materia penal. Esto, que es cierto en ocasiones, no puede ser un argumento imbatible. Pues no debemos olvidar que la legislación procesal, en cuando a accesoria, no puede determinar el contenido de la legislación material.

Bajo mi punto de vista, la armonización derecho penal sustantivo se usa a menudo en la lucha contra la delincuencia especialmente grave –especialmente criminalidad organizada y terrorismo- frente a otras medidas de cooperación policial o judicial en materia penal, que podrían resultar más efectivas por sus efectos simbólicos[[22]](#footnote-22). Por tanto, no siempre está claro que ésta sea el instrumento adecuado para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad o a las antiguas, impulsadas por nuevos medios[[23]](#footnote-23).

No se trata con este trabajo de negar la relevancia de la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia, ni siquiera negar que la armonización material es necesaria y conveniente en ocasiones. Pero teniendo en cuenta los problemas que provoca la armonización de disposiciones penales, debemos llamar la atención sobre esta técnica de aproximación de legislaciones, que están provocando –aunque no es la única causa- una política criminal con serios defectos de racionalidad. La armonización de tipos y sanciones debe ser una medida más restringida y dejar un mayor margen de apreciación en los Estados y solo en aquellos casos en que una verdadera necesidad pueda ser acreditada, no en base a vagos criterios de transnacionalidad delictiva o a no declarados fines simbólicos.

1. **Referencias bibliográficas**.

AA.VV., Manifiesto sobre la política criminal europea. ZIS, 2009: pp. 727-736. Disponible en http://www.crimpol.eu

ARGOMANIZ, Javier. El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea. Revista CIDOB d’Afers Internacionals, 2010, nº 91: pp. 125-145.

ARIAS MALDONADO, Manuel. Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), 2003, nº 122. Octubre-Diciembre: pp. 233-268.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Manuela. La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal, Revista Aequitas, 2012, Vol. 2: pp. 113-153.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, La criminalidad organizada en el código penal español. Propuestas de reforma, Anales de Derecho, Número 30, 2012, págs. 15-41

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad. Pamplona. Editorial Thomson Reuters, 2011.

NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales, en ARROYO ZAPATERO, Luis./ NIETO MARTÍN, Adán., Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, pp. 225-256.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad, Indret, 2008, nº 4.

ROMEO MALANDA, Sergio. 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, 2012, vol. XXXII: pp. 313-386.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. 2ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro de la armonización del Derecho penal material, en ARROYO ZAPATERO, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán. El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2007, pp. 107-131.

VOGEL, Joaquim. Derecho penal y globalización. Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, nº 9: pp. 113-126.

1. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad, *Indret*, 2008, nº 4, p. 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 82.2. establece: “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. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros”. [↑](#footnote-ref-2)
3. SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro de la armonización del Derecho penal material, en ARROYO ZAPATERO, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2007, pp. 111-112. [↑](#footnote-ref-3)
4. NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales, en ARROYO ZAPATERO, Luis./ NIETO MARTÍN, Adán., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 229. [↑](#footnote-ref-4)
5. ARGOMANIZ, Javier. El proceso de institucionalización de la política antiterrorista de la Unión Europea. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, 2010, nº 91: pp. 127 y 131. [↑](#footnote-ref-5)
6. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Manuela. La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal, *Revista Aequitas*, 2012, Vol. 2: p. 123; ARGOMANIZ, Javier. El proceso de institucionalización… *op. cit*., p 128. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vid. ARGOMANIZ, Javier. El proceso de institucionalización… *op. cit*., pp. 127 y ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. Vid. AA.VV., *Manifiesto… op. cit.,* pp. 730-731. Dichos comportamientos, que fueron incluidos en nuestra legislación por la LO 5/2010, acaban de ser modificados de nuevo, en base a la citada Decisión Marco 2008/919/JAI, por la nueva reforma del código penal para luchar contra el terrorismo yihadista. [↑](#footnote-ref-8)
9. Así también 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. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo; Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Vid. también, AA.VV., Manifiesto… op. cit., p. 732. [↑](#footnote-ref-11)
12. Así, ente 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. [↑](#footnote-ref-12)
13. Vid. AA.VV., *Manifiesto… op. cit.,* p. 735. [↑](#footnote-ref-13)
14. NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal europeo… *op. cit*., p 232; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. El *legislador penal europeo… op. cit.*, pp. 149-150. [↑](#footnote-ref-14)
15. Vid. SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro…, *op. cit.,* pp. 114-115, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. El *legislador penal europeo… op. cit.*, pp. 137-138. [↑](#footnote-ref-15)
16. Vid. AA.VV., *Manifiesto… op. cit.,* p. 735 [↑](#footnote-ref-16)
17. SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro…, op. cit., p. 110. [↑](#footnote-ref-17)
18. GONZÁLEZ RUS, Juan José, La criminalidad organizada en el código penal español. Propuestas de reforma, Anales de Derecho Número 30, 2012, págs. 15-41 [↑](#footnote-ref-18)
19. En realidad esta expansión de la legislación penal a instancias internacionales está muy relacionada con los nuevos riesgos de las sociedades posmodernas y la forma en ocasiones sobredimensionada en que se perciben por la sociedad. Vid. respecto a la institucionalización del riesgo y la sensación social subjetiva de inseguridad, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. 2ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2001, pp. 28-39. Interesante análisis de los nuevos riesgos de la sociedad global en ARIAS MALDONADO, Manuel. Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* 2003, nº 122. Octubre-Diciembre: pp. 233-238 [↑](#footnote-ref-19)
20. ROMEO MALANDA, Sergio. 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*, 2012, vol. XXXII: pp. 315-317. [↑](#footnote-ref-20)
21. VOGEL, Joaquim. Derecho penal y globalización. *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, nº 9: pp. 115-117. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sotis señala que en el derecho penal de la UE Prima el fin simbólico, porque Europa está a la búsqueda de su identidad y existe el riesgo de que construya dicha identidad a partir del derecho penal. Vid. SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro…, *op. cit.,* p. 108. [↑](#footnote-ref-22)
23. En la armonización penal el único caso en que los beneficios son superiores a los costos es la armonización funcional a la cooperación. SOTIS, Carlo. Estado actual y perspectivas de futuro…, *op. cit.,* pp. 127-128. [↑](#footnote-ref-23)