



Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea*

Eduardo Demetrio Crespo

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo

SUMARIO: I. Marco general: del Tratado de Roma de 1957 al Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa de 2004. II. ¿Europeización del Derecho penal? III. Armonización de las sanciones. IV. Conclusiones

I. Marco general: del Tratado de Roma de 1957 al Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa de 2004

1. La consecución de una política criminal coordinada con alcance transnacional es una necesidad que ha venido impuesta por la propia evolución de la actual Unión Europea (UE)¹.

Como es sabido, el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea firmado en Roma el 25 de marzo de 1957* no hablaba de Derecho Penal, sino que únicamente se refería a la posibilidad de «adoptar los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82» (art. 87.1), disposiciones que tendrían especialmente por objeto «garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos 81, apartado 1, y 82, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas» (art. 87.2.a)².

Hasta la década de los 90, la cooperación en asuntos de Justicia e Interior en el ámbito comunitario se caracterizó por su gran dispersión en cuanto a las fuentes y la escasez de resultados de cierta trascendencia. En Europa dominaba la idea de que la cooperación judicial internacional se arbitraba suficientemente en el marco del Consejo de Europa y que la Unión Europea era sobre todo un proyecto de integración económica, en tanto que las cuestiones de Justicia eran competencia exclusiva de los Estados³.

2. El *Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992*⁴, con el antecedente de la actuación concertada de los Estados en el espacio Schengen⁵, crea el «tercer pilar» de la UE, dedicado a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior en su Título VI (JAI). El artículo K.1 del mismo señalaba que los Estados miembros (EE.MM.) consideran *de interés común* una serie de políticas, entre las que figuraban la cooperación judicial en materia penal, así como la cooperación

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el marco del Seminario acerca de «La lucha contra el fraude en la Unión Europea», celebrado en Cuenca los días 21 a 23 de julio de 2004.

1 SANZ HERMIDA, «El futuro espacio europeo de justicia penal», en RPJ, n° 71, 2003, pp. 175-191, esp. p. 175; sobre los diferentes aspectos implicados, Vid. MIRANDA RODRIGUES/LOPES DA MOTA, Para una Política Criminal Europea, Coimbra, 2002, passim; MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Drts.), La Política Criminal en Europa, Barcelona, 2004, passim.

2 Vid. HIRSCH, «Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y del derecho procesal penal en la Unión Europea», traducción de D. Pastor, Libro Homenaje a Julio Maier (en prensa).

3 AZPARREN LUCAS/GUTIÉRREZ ZARZA/LOPES DA MOTA, «Introducción», en El espacio judicial europeo. Cooperación judicial civil y penal. Código de normas, Madrid, 2004, p. 17.

4 DOCE C 191 de 29 de julio de 1992.

5 Vid. Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes; Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990; y Protocolo que integra el Acervo de Schengen en el ámbito de la Unión Europea introducido por el Tratado de Amsterdam el 10 de noviembre de 1997.

policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional⁶.

Sin embargo, señala Charles ELSÉN, creer que la cooperación judicial internacional o europea únicamente se inició con el Tratado de Maastricht sería un error, pues los trabajos llevados a cabo en el marco de la Unión Europea pudieron sustentarse en una serie de instrumentos internacionales, negociados bien en el marco de las Naciones Unidas, bien en el marco del Consejo de Europa, o incluso, en una cooperación de tipo intergubernamental entre los EE.MM. en el marco de la Cooperación Política Europea⁷.

3. Posteriormente el *Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*⁸ recoge el compromiso de los EE.MM. de describir como hechos punibles en sus ordenamientos jurídicos las **acciones defraudatorias en perjuicio de los intereses financieros de la UE**. Este Convenio se amplió mediante ulteriores *Protocolos de 27 de septiembre de 1996 y 19 de junio de 1997, referidos respectivamente a la corrupción activa y pasiva, y al lavado de dinero y responsabilidad penal de las personas jurídicas*⁹.

4. Asimismo, como resultado de esta política de cooperación intergubernamental, se llegó en

1997 a la redacción del *Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*: se trata de un estudio y propuesta legislativa hecha por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo, que representa el primer intento de sintetizar principios penales comunes de la Unión Europea, con el objetivo de crear un espacio judicial común¹⁰.

Esta propuesta fue reformulada posteriormente en el año 2000 (versión de Florencia), la cual contiene una serie de reglas de la Parte General del Derecho penal que van de los artículos 9 a 17. Entre ellas figuran unas reglas específicamente referidas a las sanciones que van de los artículos 14 a 17. En particular el art. 15 menciona que *la pena debe fijarse en consideración a la culpabilidad individual, la gravedad del hecho, y a la forma de participación*¹¹.

5. El *Tratado de Amsterdam suscrito el 2 de octubre de 1997*¹², y que entra en vigor el 01 de mayo de 1999, reformula el llamado «Tercer Pilar» y fija como objetivo prioritario de la UE el establecimiento de un *espacio de libertad, seguridad y justicia* (ELSJ), la cooperación policial y judicial para su consecución, así como la aproximación, cuando proceda, de las legislaciones penales, en un Título VI del TUE ahora bajo el nombre de «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal»¹³. Se produce así un pa-

6 Sobre la «europeización» del Derecho penal de acuerdo con el Tratado de Maastricht vid. también, VERVAELE, «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», trad. de Blanco Cordero, en *Revista Penal*, n° 15, Enero 2005, pp. 169-183, esp. pp. 175 y ss.

7 ELSÉN, «Prólogo», en AZPAREN LUCAS/ GUTIÉRREZ ZARZA/LOPES DA MOTA, *El espacio judicial...*, Op. cit., p. 13.

8 DOCE C 316 de 27.11.1995

9 DOCE C 313 de 23.10.1996 y DOCE C 221 de 19.07.1997

10 Vid., entre otras referencias: DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Edición a cargo de Enrique Bacigalupo y M^a Luisa Silva Castaño, Madrid, 2004, passim; DELMAS-MARTY/VERVAELE, *La mise en oeuvre du corpus juris dans les états membres: dispositions pénales pour la protection des finaces de l'Europe*, Antwerpen, 2000, passim; en sentido crítico, HASSEMER, «Corpus Juris»: «Auf dem Wege zu einem europäischen Strafrecht?», en *KritV* 1999/2, pp. 133 y ss; KÜHL, «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft», en *ZStW*, 109, 1997, pp. 777 y ss; QUINTERO OLIVARES, «La unificación de la Justicia Penal en Europa», en *RP*, n° 3, 1999, pp. 51 y ss; HUBER (comp.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000, passim; y más recientemente, por todos, TIEDEMANN (Edt.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*, Köln.Berlin.Bonn.München, 2002, passim; TIEDEMANN (Drt.)/NIE-TO MARTÍN (Coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003, passim; y HILGENDORF/LAUBENTHAL/ZIESCHANG (Drts.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, Baden-Baden, 2003, passim.

11 Respecto a la problemática específica de los criterios para la medición de la pena, sus implicaciones dogmáticas y político-criminales en el conjunto del sistema penal Vid.: MIRANDA RODRIGUES, *A determinacao da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra, 1995, passim; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, esp. pp. 289 y ss; el mismo, «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995», en *ADPCP*, Vol I, 1997, pp. 323-362; HÖRNLE, «La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena», trad. de Martín Lorenzo, en *ADPCP*, Vol. LIV, 2001, pp. 401-429.

12 DOCE C 340 de 10.11.1997

13 El artículo 29 del TUE (Título VI. Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal) declara: «Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los EE.MM. en los ámbitos de la cooperación judicial y po-

so decisivo en una materia que deja de considerarse un área de mero interés común, para convertirse en objetivo prioritario, al tiempo que se incorpora el Acervo de Schengen en el ámbito de los Tratados de la UE^{14/15}. El *Plan de Acción de Viena y el Consejo Europeo de Tampere reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999*¹⁶ dieron un impulso decisivo al proceso de definición de la forma de aplicar las disposiciones relativas al ELSJ y la creación de un Espacio Judicial Europeo (EJE)¹⁷.

La cooperación entre Estados se convierte así en elemento indispensable en la lucha contra el crimen, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en su piedra angular, la aproximación de legislaciones en algunas materias en mecanismo de facilitación de la consecución de aquellos objetivos, y finalmente, la protección de los Derechos Humanos, en garantía de su buen funcionamiento¹⁸. La adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, se menciona específicamente como una concreta acción común para la cooperación judicial en materia penal en el art. 31.1.e) del TUE.

6. El *Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001*¹⁹ es la última de las grandes reformas institucionales, mediante la cual se modifica nuevamente el Título VI del TUE, con el objetivo de incluir Eurojust y alterar el régimen de cooperación reforzada.

En Niza se aprueba también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰. Como señala MANGAS MARTÍN «la Carta se presentó como un instrumento de reforma y como elemento impulsor del sentimiento común de pertenencia a fin de fortalecer la identidad de la UE: definir nuestro patrimonio colectivo de valores y derechos, que sirvan a su vez de fundamento a las políticas comunitarias»²¹.

7. Como consecuencia del proceso descrito ya se han producido avances importantes, de los que dan cuenta, entre otros instrumentos destacados, el *Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea*; la *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal*; la *Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, relativa a la creación de Eurojust, a fin de reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia*²²; la *Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los EE.MM.*²³; la *Decisión Marco de 13 de julio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo*; el *Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la UE de 19 de febrero de 2003*; el *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea*

lial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de: -una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los EE.MM., ya sea directamente, o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32; -una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los EE.MM., también mediante la Unidad Europea de Cooperación judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32; -la aproximación, cuando proceda, de las normas de los EE.MM. en materia penal, de conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 31» (el guión segundo es introducido por el Tratado de Niza).

14 Vid., por todos, URREA CORRES, La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico, Madrid, 2002, pp. 261 y ss.

15 Sobre la «europeización» del Derecho penal de acuerdo con el Tratado de Amsterdam, vid. también: VERVAELE, «La europeización...», Op. cit., pp. 176 y ss.

16 Vid. http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_es.htm

17 Acerca de las vicisitudes del Espacio Judicial Europeo, desde que en 1977 fuera auspiciada su creación por el Presidente francés Valéry Giscard d'Estaing vid.: VASALLI, «Luces y sombras en el Espacio judicial Europeo», en Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr. D. Giuliano Vassalli, Ciudad Real, 2003, pp. 17 y ss, esp. 20 y ss.

18 Vid.: SANZ HERMIDA, «El futuro espacio...», Op. cit., pp. 175-176.

19 DOCE C 80 de 10.03.2001.

20 Vid.: RODRÍGUEZ BEREJO, El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza, Cuenca, 2002, passim.

21 MANGAS MARTÍN, La Constitución Europea, Madrid, 2005, p. 30.

22 Unidad constituida por jueces y magistrados, miembros del ministerio fiscal y policías, que ejercen sus competencias al servicio de las autoridades nacionales de los EE.MM., dotado de competencias propias, y con total autonomía en relación con los demás órganos y servicios de la Unión (Vid., con más detalle, CARDENAL FERNÁNDEZ, «Eurojust: un paso decisivo para la cooperación judicial internacional», en REJAJ, nº 0, pp. 15-33.

23 Vid. Informe de la Comisión Europea de 23/02/2005 acerca de su aplicación por los EEMM: (http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/criminal/doc/sec_2005_267_en.pdf).

de 30 de abril de 2004, o el Libro Verde sobre reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad de 17 de agosto de 2004.

8. Asimismo, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* adoptado por unanimidad el 18 de junio de 2004 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los 25 EE.MM., y firmado el 29 de octubre de 2004 en Roma²⁴, constituye «una nueva e importante etapa en la construcción política de la Unión Europea»²⁵. Con este texto se dan pasos decisivos como por ejemplo la necesaria simplificación del complejo régimen institucional y de instrumentos jurídicos de decisión, un mejor y más equilibrado reparto de las competencias, así como la superación del sistema del Tercer Pilar²⁶. En particular respecto a este último el Tratado se decanta por su desaparición y consiguiente integración en el marco jurídico general de la UE. Se establecen así unos instrumentos jurídicos únicos para el desarrollo de las distintas competencias de la Unión en todos los ámbitos: la ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes (art. I-33).

El Tratado desarrolla el espacio europeo de justicia penal por dos vías: mediante las garantías mínimas de la justicia y mediante la cooperación²⁷. Las primeras quedan reflejadas, a través de la incorporación en su Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²⁸, en su Título VI referente a la Justicia. Aquí se consagra el Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. II-107), el Derecho a la presunción de inocencia y derechos de la defensa (art. II-108), así como los Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. II-109), y el Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (art. II-110).

El Capítulo IV del Título III de la Parte III de este Tratado se refiere al Espacio de Libertad, Seguridad

y Justicia, y su artículo III-257 declara que «la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los EE.MM.». La Sección 4 de dicho Capítulo se refiere a la «Cooperación judicial en materia penal». Esta se basa, según el art. III-270.1, en el principio de *reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales*. En virtud de este principio, según el art. III-271, se podrán establecer mediante leyes marco europeas *normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones* en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes (a saber, el terrorismo, tráfico de personas, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y criminalidad organizada). Asimismo el art. III-272 establece que «la ley o ley marco europea podrá establecer medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

Se mantienen además como instrumentos esenciales de la cooperación la institución *Eurojust*, que tiene a su cargo la cooperación entre las autoridades nacionales de los EE.MM. en la persecución de delincuencia grave (art. III-273), y *Eurojustol* (art. III-276), introduciéndose además la *Fiscalía Europea* (art. III-274), que podrá ser creada mediante ley europea²⁹.

9. Por último, además, el pleno del Parlamento Europeo ha aprobado el 09 de febrero de 2005 una *Recomendación destinada al Consejo*

24 Diario Oficial de la Unión Europea C 310 de 16 de diciembre de 2004.

25 MANGAS MARTÍN, La Constitución Europea, Op. cit., p. 17. Vid., también: MANGAS MARTÍN, «Constitución Europea: la refundación de la Unión Europea», en Abogacía Española. Derecho y Sociedad, Número especial, Febrero 2004, p. 44.

26 Con más detalle, Vid.: SANZ HERMIDA, «El futuro espacio...», Op. cit., pp. 177 y ss.

27 *Ibidem*, pp. 183 y ss.

28 Sobre la problemática, Vid.: FERNÁNDEZ TOMÁS, La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Valencia, 2001, pp. 54 y ss.

29 En sentido crítico acerca del Derecho Penal y Procesal Penal en el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea, vid: WEIGEND, «Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht», en ZStW 116, 2004/2, pp. 275-303; en el mismo número, son también de interés, entre otros, los artículos de HASSEMER, «Strafrecht in einem Verfassungsvertrag», en ZStW 116, 2004/2, pp. 304-319; WASMEIER, «Stand und Perspektiven des EU-Strafrechts», en ZStW 116, 2004/2, pp. 320-325; BACIGALUPO, «Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs», en ZStW 116, 2004/2, pp. 326-331; NESTLER, «Europäisches Strafprozessrecht», en ZStW 116, 2004/2, pp. 332-352; SCHÜNEMANN, «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», en ZStW 116, 2004/2, pp. 376-399; VOGEL, «Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung», en ZStW 116, 2004/2, pp. 400-423; MILITELLO, «Der Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung: ein januskopf», en ZStW 116, 2004/2, pp. 436-444; KREß, «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag», en ZStW 116, 2004/2, pp. 445-474.

sobre la calidad de la justicia penal y la armonización de la legislación penal en los EE.MM.³⁰. Esta recomendación propone establecer una *Carta de calidad de la Justicia Penal en Europa* que constituya el marco de referencia común para todos los EE.MM. y garantice una evaluación coherente y objetiva de la calidad de la justicia penal. Al mismo tiempo llama a la creación de un mecanismo de evaluación mutua permanente y a la aproximación mínima de las legislaciones nacionales en ámbitos como el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas sospechosas o los derechos mínimos de los reclusos³¹.

II. ¿Europeización del Derecho penal?

1. Como se desprende de lo dicho anteriormente, la necesidad de «converger» en materia penal en el seno de la Unión Europea ha sido puesta de manifiesto sólo en tiempos recientes, y ha afectado sobre todo al ámbito de la cooperación judicial, y no tanto al de la armonización del Derecho Penal de los distintos EE.MM. Esta última ha contado desde siempre con un obstáculo fundamental, cual es la consideración por los Estados de la materia penal como un ámbito privativo de la soberanía estatal. Sin embargo, son cada más quienes se muestran a favor de un Derecho Penal Europeo, sobre la base de unas raíces y principios compartidos^{32/33}.

Aunque los sistemas jurídicos de los diferentes EE.MM. pertenecen a tradiciones jurídicas diversas, en todos existe un respeto común a los grandes principios democráticos. De hecho en

el proceso de aproximación de legislaciones jugará un papel importante la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 04 de noviembre de 1950. En este sentido señala BERNARDI que el proceso de erosión del carácter meramente estatal de los sistemas penales europeos, así como de la Ciencia Penal, puede hacerse coincidir con el nacimiento del Consejo de Europa, por medio del cual se buscaba reforzar los vínculos entre los países del viejo continente, con el objetivo de que no vuelvan a repetirse los trágicos conflictos consecuencia de la intolerancia recíproca y la contraposición entre los Estados europeos³⁴. En particular, a través de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se asiste al surgimiento de un «derecho común de garantías», al cual debe conformarse el derecho penal de los EE.MM., por lo que, sino de federalismo, sí parece posible hablar de una transnacionalización y superación de la supremacía absoluta de los Parlamentos nacionales³⁵.

Como recuerda VERVAELE, si bien desde la década de 1980 el legislador comunitario ha armonizado sustancialmente la aplicación nacional mediante la definición de estándares normativos (prohibiciones, mandatos, deberes de cuidado) y la imposición de obligaciones con respecto a los controles y las sanciones, «la armonización comunitaria de la aplicación nacional no incluye aún la armonización del Derecho penal y procesal penal, por lo menos, no directamente»³⁶.

2. Al mismo tiempo la «europeización» afecta también a la Ciencia Penal, y al modo en que el

30 Documento de sesión A6-0036/2005

31 Otras propuestas para el desarrollo del espacio de libertad, justicia y seguridad en el futuro inmediato acaban de ser presentadas por Frattini en el Bundestag (Berlín) el 14/02/2005: http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/frattini/doc/speech_14_02_05_en.pdf.

32 Vid : DELMAS-MARTY, «Les chemins de l'harmonisation penale. Objectifs et methodes», Ponencia presentada en el Seminario celebrado en Colegio de Francia, París, los días 28 y 29 de junio de 2004; la misma, «Estudios jurídicos comparados e internacionalización del Derecho», trad. de Richart Rodríguez, en RP, 2005, pp. 46-56; VERVAELE, «La europeización...», Op. cit., pp. 169 y ss (: «La cuestión nuclear no es por lo tanto cómo mantener nuestro Derecho penal (y procesal penal) libre de influencias europeas, sino más bien cómo asegurar un proceso democrático de toma de decisiones, la calidad del Estado constitucional y las garantías del Derecho penal en un modelo de administración nacional de justicia, que tiene que operar crecientemente de forma interactiva en el contexto europeo e internacional», p. 169); ESER/HUBER, *Strafrechtsentwicklung in Europa*, Freiburg im Breisgau, 1995, passim; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, Köln, 2001, passim.

33 En sentido crítico, no obstante, vid: SILVA SÁNCHEZ, «Crítica a los principios inspiradores del pretendido «Derecho Penal Europeo»», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dts.), *La Política Criminal...*, Op. cit., pp. 121-128.

34 BERNARDI, *L'Europeizzazione del Diritto e della Scienza Penale*, Torino, 2004, pp. 7 y ss, 55 y ss.

35 Ibidem, p. 9.

36 VERVAELE, «La europeización...», Op. cit., p. 170. El autor hace alusión al dictamen del Servicio Jurídico del Consejo según el cual el Tratado de la Comunidad Europea contiene una base jurídica para la armonización directa del Derecho penal, bien que limitada a las descripciones del delito y al deber de imponer sanciones penales. La armonización de las penas, los aspectos relativos a la persecución, la responsabilidad criminal, y la cooperación, sólo podrían efectuarse, sin embargo, en el ámbito del tercer pilar (p. 173).

futuro se abordará la respectiva superación de las tradiciones penales nacionales³⁷. Se enfrentan aquí posiblemente dos puntos de vista, los partidarios de la europeización, y los críticos. Parte de los puntos de vista de estos últimos han sido expuestos en el *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*³⁸, una propuesta alternativa al enfoque del Proyecto de Constitución Europea por un lado, y al llamado *Corpus Juris* por otro. Surgen al menos dos cuestiones: por un lado si la unificación del Derecho penal es posible, y por otro, si es realmente necesaria. Parte de la doctrina, pese a reconocer los aspectos positivos de los avances producidos, alertan de una serie de problemas, como por ejemplo, la peligrosa expansión de la punibilidad al «campo previo» a la lesión de un bien jurídico (proliferación de los delitos de peligro abstracto, incriminación de la imprudencia en los delitos patrimoniales, punibilidad de asociaciones dirigidas a perjudicar los intereses financieros de la UE, etc.), la deficiente regulación del sistema de consecuencias jurídicas, o la malograda regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros. Por todo ello, mantiene HIRSCH, y porque en el seno de la UE se enfrentan dos tradiciones jurídico-penales fuertemente diferenciadas, como son la europeo-continental y la anglosajona, que la unificación no resulta todavía un objetivo realista. Además aduce que las unificaciones que van más allá de facilitar el debate científico sobre presupuestos comunes del delito, puede conllevar una nivelación cultural de las diferencias nacionales o un aplanamiento tecnocrático general³⁹. En todo caso es imprescindible preguntarse si la armonización, al redundar en una suerte de «apilamiento» institucional y normati-

vo, conduce en último término a un modelo de Derecho penal eminentemente represivo (al menos de forma sectorial)⁴⁰. Es decir, hay que preguntarse por la *validez empírica*, en términos de efectividad, por la *validez formal*, en términos de previsibilidad y seguridad jurídica, y por la *validez axiológica*, en términos de legitimidad, de la armonización⁴¹.

III. Armonización de las sanciones

1. Como se ha dicho, con el actual sistema jurídico de la Unión Europea, se está llevando a cabo, en virtud de lo previsto en el art. 31 TUE, una progresiva, aunque lenta, evolución hacia la adopción de reglas mínimas relativas a los elementos constitutivos de determinados delitos. También el actual marco jurídico está favoreciendo una progresiva armonización del proceso penal, que se ha visto indirectamente favorecida por la obligación de los EE.MM. de asumir los principios fundamentales del proceso penal tal como han sido recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la interpretación de estos derechos y garantías fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido además recogida en diversas Decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con ello estas garantías adquieren un *efecto expansivo* que refuerza la homogeneización de los sistemas procesales penales de los diferentes EE.MM. en determinados aspectos.

Sin embargo, la armonización de las sanciones penales⁴² se ha visto tradicionalmente relegada por entender que forma parte del núcleo duro de la soberanía de los Estados. No obstante la necesidad de la misma en un espacio que garantiza la

37 Sobre el problema, Vid.: HIRSCH, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft», en ZStW 116, 2004/4, pp. 835-854; ya anteriormente, HIRSCH, «Gibt es eine unabhängige Strafrechtswissenschaft?», en Festschrift für Spendel, Berlin, 1992, pp. 43-58 (también en: HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, pp. 128-143); DONINI, «Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dts.), *La Política Criminal...*, Op. cit., pp. 41-58, esp. pp. 53 y ss.

38 SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln.Berlin.München, 2004, passim.

39 HIRSCH, «Cuestiones acerca...», Op. cit., Punto V.

40 En este sentido, no sin razón, señala HASSEMER: «Casi todos creen hoy que con más Derecho penal no sólo hay más seguridad, sino también una mejor calida de vida. Una visión engañosa. Por eso, el actual Derecho penal, tanto en los Estados Unidos de América, como en Europa occidental, encierra el mensaje, ya hace siglos desterrado, de intervenir con mayor intensidad en los espacios de libertad de los ciudadanos», en *Los rostros del Derecho penal, Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Pablo de Olavide*, 20/01/2005 (<http://aidpespana.uclm.es/eventos/hassemer/leccion.html>).

41 Vid., sobre estas cuestiones, DELMAS-MARTY, «Les chemins...», Op. cit., passim.

42 Sobre la problemática es especialmente importante: DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE/LAMBERT-ABDELGAUWAD, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Unité Mixte de Recherche de Droit Comparé de Oris, Université de paris/CNRS UMR 8103, Volume 5, 2003, passim. En particular, en la obra mencionada, vid.: SPINELLIS, «Opportunité et légitimité de l'harmonisation», Op. cit., 443-449; BERNARDI, «Opportunité de l'harmonisation», Op. cit., 451-463; NUOTIO, «Reasons for maintaining the diversity», Op. cit., pp. 465-471; y GINDRE, «La légitimité au regard des sources du droit», Op. cit., pp. 473-488.

libre circulación de las personas y acoge un concepto de ciudadanía de la Unión, resulta evidente. Sólo de este modo será posible la ausencia de discriminación, la seguridad jurídica, y la propia legitimidad de la política criminal. Además, como advierte GIUDICELLI, desde el punto de vista de la política criminal, la armonización de sanciones constituiría para la comunidad internacional, el primer elemento visible de una estrategia penal de la UE, que permitiría evitar la constitución de santuarios como consecuencia de la enorme disparidad de las legislaciones penales⁴³.

2. Antes de Amsterdam los pronunciamientos jurídicos existentes se limitaban a exigir sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias»⁴⁴, así como que, por lo menos para las infracciones más graves, las penas privativas de libertad pudieran dar lugar a la extradición. Después del Consejo de Tampere se va un poco más allá, introduciéndose en nuevos textos criterios tales como la obligación de prever penas privativas de libertad cuyo mínimo de pena máxima no puede ser inferior a un número de años determinado. Efectivamente, en el marco del *Consejo de la Unión Europea*, tienen lugar algunos trabajos destinados a llegar a acuerdos acerca de la armonización del sistema de penas, que toman como *punto de partida*, entre otros aspectos, lo siguiente: centrarse en los delitos más graves, no cuestionar la coherencia de los sistemas jurídicos nacionales, enmarcar el objetivo de armonización de las penas en el objetivo más amplio de la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia; y buscar la aproximación de una serie de normas generales de Derecho penal⁴⁵.

Estos trabajos desembocan en el texto adoptado en la *sesión n° 2423 del Consejo JAI del 25 y 26 de abril de 2002*⁴⁶, bajo presidencia española, que en lo referente a la aproximación de las sanciones es-

tablece, entre otras cosas: a) Que con el objetivo de intensificar la cooperación en la lucha contra la delincuencia, y de conformidad con el párrafo n° 48 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, «la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse en primer lugar en una serie limitada de sectores de especial importancia»; b) Que es preciso tener presentes las diferentes tradiciones jurídicas de los EE.MM. para que estos puedan mantener la coherencia de sus regímenes nacionales de penas, de modo que haya cierta flexibilidad en la aproximación de las sanciones penales; c) Que hay que contemplar la posibilidad de establecer un grado mínimo de las penas máximas aplicables a los delitos de que se trate de conformidad con el derecho nacional en los casos de disposiciones sobre elementos mínimos constitutivos de delitos penales con arreglo al Título VI del TUE, bien que en algunos casos sea suficiente que los EE.MM. dispongan que los delitos en cuestión se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, dejando que cada Estado determine el grado de las mismas; d) Que se establezca un **sistema de graduación de penas** para los casos en que se deba ir más lejos, que conste de *cuatro grados*: de una duración máxima entre 1 y 3 años de reclusión, entre 2 y 5, entre 5 y 10, y finalmente de una duración máxima de al menos 10 años de reclusión; e) Que los límites mencionados son sólo límites mínimos, por lo que nada impide que los EE.MM. superen estos niveles en su legislación nacional⁴⁷.

3. Esta aproximación ha sido objeto de **críticas** ligadas al hecho de desequilibrar la coherencia de los derechos penales internos, no tomar en consideración las sanciones efectivamente impuestas, la limitación a la pena privativa de libertad, no reflejar la variedad de las sanciones penales que ase-

43 GIUDICELLI-DELAGE, «Introduction Générale», en, DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE/LAMBERT-ABDELGAUWAD, L'harmonisation ..., Op. cit., p. 8.

44 TJCE, Sentencia de 21 de septiembre de 1989, Comisión contra la República Helénica, Asunto 68/88, Rec. 1989, p. 2965.

45 DOC 13789/01 de 14 de noviembre de 2001 (15.11) DROIPEN 96 acerca del método de armonización de las penas: propuesta de opciones técnicas; vid, además, DOC. 9402/01 de 05 de julio de 2001 DROIPEN 50 sobre «Proyecto de cuestionario sobre la metodología relativa al enfoque que debe seguirse para la armonización de las penas», así como DOC 12531/01 de 05 de octubre de 2001 (26.10), acerca de «Síntesis de las respuestas al cuestionario sobre armonización de las penas». Este último resulta de gran interés, pues en él pueden observarse las diferencias existentes en los diferentes Estados Miembros con relación a los siguientes aspectos: a) régimen de penas en el Derecho nacional; b) previsión de una horquilla con un mínimo y un máximo de pena legalmente posible para las infracciones penales específicas; c) existencia de penas mínimas previstas por la ley; d) régimen de punibilidad de la tentativa; e) régimen de punibilidad en función del grado de participación en la infracción; f) posibilidades para el juez de disminuir la pena prevista por la ley para una infracción; g) régimen de circunstancias atenuantes y agravantes e individualización judicial de la pena; h) posibilidad de que el juez penal aplique una pena superior a la máxima establecida por la ley para una infracción concreta por concurrir circunstancias agravantes; i) régimen de la reincidencia; j) régimen de la libertad condicional, etc..

46 DOC 7991/02 (Presse 104)

47 Ningún instrumento de la Unión permite, en cambio, fijar la duración mínima de la pena. Por otro lado, la Declaración n°8 al Tratado de Amsterdam establece que no se puede imponer a los EE.MM. que no prevean penas mínimas la obligación de adoptarlas.

guran en cada Estado miembro la represión de las infracciones, y los posibles efectos criminógenos en los Estados menos represivos o con mínimos de penas más bajos. Todo ello sin olvidar que falta un conocimiento preciso de todas las reglas y parámetros aplicables en el derecho de cada Estado miembro⁴⁸.

4. El ya mencionado *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea de 30 de abril de 2004*⁴⁹ se fija como objetivo ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, por lo que considera conveniente analizar si las diferencias nacionales en materia de penas constituyen un obstáculo a la realización de este objetivo, así como si plantean problemas a la cooperación judicial entre los EE.MM. (p. ej. obstáculos para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo). El documento representa un esfuerzo de reflexión previa para llegar en el futuro a una propuesta legislativa acerca de la *aproximación de las normas aplicables a las penas en general, y del reconocimiento mutuo de las penas privativas de libertad y las penas alternativas en la UE en particular*. Se explica en la *Introducción* que la aproximación de penas contribuye a la consecución de la *compatibilidad de las normas aplicables en los EE.MM.*, y por otra, a la *cooperación entre los respectivos ministerios y autoridades judiciales*.

Con este fin ya se han adoptado por el Consejo una serie de *Decisiones Marco* referidas al: *fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro*⁵⁰; *fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo*⁵¹; *blanqueo de capitales, identifica-*

*ción, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*⁵²; *lucha contra el terrorismo*⁵³; *lucha contra la trata de seres humanos*⁵⁴; *represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*⁵⁵; *protección del medio ambiente a través del Derecho penal*⁵⁶; *lucha contra la corrupción en el sector privado*⁵⁷; o *lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*^{58/59/60}. La fórmula empleada con carácter general para las sanciones ha sido la de establecer *penas eficaces, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición*, así como fijar en muchos casos, *la duración mínima de la pena máxima*.

Por otra parte las acciones emprendidas sobre la base del TUE se entienden sin perjuicio de las competencias que ostenta para alcanzar los fines enunciados en el art. 2 del TCE para obligar a los EE.MM. a imponer sanciones, en su caso, penales, a nivel nacional, cuando resulte necesario para alcanzar un objetivo comunitario (p. ej., la protección del medio ambiente, incluida la prohibición de vertidos ilícitos por los buques o la política común pesquera).

Aunque el Libro Verde se hace eco de algunas de las críticas efectuadas y reconoce que la armonización debe ir más allá de las penas privativas de libertad, así como tener en cuenta las importantes divergencias en las normas penales de los distintos EE.MM. que conducen a diferencias entre la pena impuesta y la ejecutada, sin embargo, la intención de la Comisión no es proponer la uniformización del conjunto de las penas en el seno de la UE, pues ello no sería «ni deseable, ni jurídicamente posible». También reconoce que los respectivos sistemas jurídicos presentan una coherencia interna que puede verse alterada si sólo se modifi-

48 GIUDICELLI-DELAGE, «Introduction Générale», en DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE/LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'harmonisation...*, Op. cit., p. 9.

49 COM(2004) 334 final

50 Decisión marco del Consejo de 29 de mayo de 2000 (DO L 140 de 14.06.2000).

51 Decisión marco del Consejo de 28 de mayo de 2001 (DO L 149 de 02.06.2001).

52 Decisión marco del Consejo de 26 de junio de 2001 (DO L 182 de 05.07.2001).

53 Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (DO L 164 de 22.06.2002).

54 Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (DO L 203 de 01.08.2002).

55 Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (DO L 328 de 05.12.2002).

56 Decisión marco del Consejo de 27 de enero de 2003 (DO L 29 de 05.02.2003).

57 Decisión marco del Consejo de 22 de julio de 2003 (DO L 192 de 31.07.2003).

58 Decisión marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 (DO L 13 de 20.01.2004).

59 La Declaración del Consejo anexa a la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (DO L 190 de 18.07.2002), adoptada el 13 de junio de 2002 invita a proseguir esta armonización con relación a las infracciones citadas en el apartado 2 del art. 2 de la Decisión marco (un total de 32 infracciones), que no hayan sido objeto de aproximación a escala de la Unión.

60 En el momento de finalización de este artículo los Ministros de justicia e interior no han logrado alcanzar un acuerdo en relación con la Propuesta de Decisión Marco sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia (DO C 75 E de 26/03/2002), pero se ha retomado el debate con este propósito dada la importancia del tema: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/jha/83873.pdf

can algunas normas sin tener en cuenta el conjunto.

5. Los **objetivos de la armonización de las penas**, según el documento que estamos examinando, son los siguientes: a) contribuir, mediante un mensaje simbólico, a dar a los ciudadanos un sentimiento común de justicia, en el sentido de que ciertos comportamientos son inaceptables y se castigan de modo equivalente; b) aproximar legislaciones en aquellos ámbitos que se consideren prioritarios y se definan como tales; c) impedir que los delincuentes se aprovechen de divergencias de penas y se desplacen de un Estado a otro para eludir el procesamiento o la ejecución de las penas; d) facilitar la aceptación de la aplicación del principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; e) facilitar la cooperación judicial en materia penal de modo que la implantación de algunos de sus mecanismos no se condicione a la gravedad de las penas aplicables (como sucede a raíz de la adopción de instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo); f) facilitar una ejecución eficaz las políticas de la Unión en aquellos ámbitos que hayan sido objeto de medidas de armonización como p. ej. la protección del medio ambiente, la seguridad del trabajo o las transacciones económicas y financieras; g) facilitar la aceptación del reconocimiento mutuo de las sentencias al reforzar la confianza mutua, entendiéndose aproximación y reconocimiento como mecanismos complementarios mediante los cuales se puede alcanzar la realización del espacio judicial europeo.

Teniendo en cuenta que cualquier acción debe respetar los *principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, en virtud de los cuales una actuación comunitaria se justifica cuando se trata de asuntos transnacionales, cuando una actuación de los EE.MM. únicamente o la ausencia de actuación comunitaria entren en conflicto con los requisitos del TUE o cuando una actuación comunitaria proporcione claros beneficios debido a su escala o a sus efectos, la Comisión considera que sería necesario analizar el conjunto de la problemática y no sólo la aproximación de las penas aplicables, a saber: a) ¿qué penas permite imponer el Derecho penal?; b) ¿cómo se enjuician las infracciones; c) ¿cómo se imponen las penas?; y finalmente, d) ¿cómo se ejecutan las penas impuestas? De acuerdo con ello una políti-

ca coherente sobre penas en la Unión debe preguntarse acerca de la gravedad de las penas y variedad de penas disponibles, normas vigentes en materia de ejercicio de la acción penal, normas de la parte general del Derecho penal, así como sobre las normas y práctica en materia de ejecución de penas.

IV. Conclusiones

1. El propio Libro Verde sobre aproximación, reconocimiento mutuo y ejecución de penas en la Unión Europea reconoce que la aproximación del Derecho penal material llevada a cabo a escala de la Unión sigue siendo muy limitada: no se incluyen todos los ámbitos de la criminalidad, las tipificaciones son a veces explícitamente mínimas o contienen excepciones, y por otro lado algunas conductas punibles no se definen en los instrumentos y se perciben de manera diferente en los diferentes EE.MM. (tentativa, participación, etc.). Por lo que se refiere específicamente a la aproximación de las sanciones hemos visto que esta sólo se ha acometido de forma sectorial y que ha afectado únicamente a la pena privativa de libertad mediante criterios generales (penas efectivas, proporcionadas y disuasorias con fijación en muchos casos de la duración mínima de la pena máxima). Y, en último lugar, aun cuando se fije la misma pena aplicable a una infracción, existen importantes divergencias en las normas generales del Derecho penal de los EE.MM. que conducen a una diferencia entre la pena impuesta y la ejecutada.

2. Como advierte GUIDICELLI-DELAGE el sistema de sanciones no es más que un elemento de un conjunto más amplio, el sistema represivo, entendido como sistema de incriminación, responsabilidad, y enjuiciamiento. La armonización de sanciones en Europa tiene como presupuesto el conocimiento de los sistemas internos de sanciones, y a su vez, de los sistemas de incriminación, responsabilidad y enjuiciamiento, especialmente en lo relativo a los sujetos del proceso penal⁶¹. Por ello la armonización de las sanciones a cualquier precio, con independencia de que esta se proyecte a todos los ámbitos señalados, sin tener en cuenta especialmente el papel del juez y la aplicación efectiva de las sanciones, conduciría al riesgo de una *armonización artificial, ineficaz y discutible*⁶². Por otro lado, si esta armoniza-

⁶¹ GIUDICELLI-DELAGE, «Introduction Générale», en DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE/LAMBERT-ABDELGAUWAD, L'harmonisation..., Op. cit., p. 11.

⁶² *Ibidem*.

ción se lleva a cabo de forma sectorial, fijándose en ámbitos concretos de criminalidad especialmente grave, y a partir de ahí se intenta construir una teoría general de la armonización, se terminaría primando la seguridad frente a la justicia y la libertad⁶³.

3. Recapitulando todo lo dicho puede llevarse a cabo una *valoración crítica* acerca del proceso de armonización en materia penal, y en particular, en lo relativo a las sanciones, al menos en los siguientes puntos: 3.1. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que este proceso de armonización lleva consigo una «*sobrecriminalización*» en la protección de los bienes jurídicos objeto de tratamiento hasta el momento; 3.2. Nos movemos en un ámbito que conduce en ocasiones a la *expansión del derecho penal* al campo previo a la lesión de un bien jurídico mediante la técnica de los delitos de peligro; 3.3. Sería conveniente adoptar un *sistema de doble vía de penas y medidas*, como se prevé en la mayoría de los códigos penales, sin meter en el mismo saco consecuencias penales de diferente naturaleza; 3.4. Hay que pensar en que por esta vía se puede llegar a un *abuso en la utilización de la pena privativa de libertad*, que deja el camino abierto a la «*exasperación punitiva*», dado que se deja escaso margen para otras penas como la multa; 3.5. Esta exasperación o recrudecimiento punitivo ya está instalado, por otra parte, en *códigos penales particulares*, de lo que es buena muestra el actual CP español que, con las últimas reformas, adopta un sistema punitivo maximalista⁶⁴; 3.6. Si se observa la regulación existente en los diferentes EE.MM., como se desprende de los resultados de las síntesis de las respuestas al cuestionario sobre armonización de las penas llevado a cabo por el Consejo de la UE (Bruselas, 05-10-2001), los traba-

jos efectuados bajo la dirección de Delmas-Marty en el 2003, y del *Libro Verde* presentado por la Comisión el 30 de abril de 2004 sobre aproximación y reconocimiento mutuo de la ejecución de las sanciones penales en la UE, en materia de penas existentes –sobre todo en las llamadas penas alternativas a la privación de libertad–, sistemas de determinación de la pena, y criterios para su individualización judicial, la *disparidad* es la nota dominante⁶⁵, bien que con elementos comunes.

4. Lo dicho anteriormente no impide reconocer, sin embargo, la necesidad de avanzar en el proceso de armonización del Derecho penal en la UE, pues ciertamente la ausencia de una política criminal europea coordinada puede conllevar el riesgo de que se generalicen legislaciones de emergencia⁶⁶, alejadas del *rostro protector y garantista del Derecho penal*⁶⁷, que busca un adecuado equilibrio entre justicia y eficacia. Una parte esencial de una adecuada política criminal europea será, sin duda, como se ha visto, la adopción de un sistema de sanciones debidamente armonizado, al menos en sus líneas básicas, de modo que se reduzcan las grandes diferencias entre las legislaciones de los distintos EE.MM. Ahora bien, para ello habrá que contemplar el Derecho penal en su conjunto, tomando en cuenta todos sus aspectos, evitando la exasperación punitiva, y concediendo un «*espacio de juego*» adecuado a las penas alternativas a la privación de libertad. En definitiva, la armonización tiene como presupuesto urgente la discusión, hasta ahora ausente, acerca de los *finés de la pena*, que constituyen factores esenciales de todo sistema punitivo⁶⁸. No hay que olvidar, por otra parte, que en el futuro inmediato el objetivo de la armonización correrá paralelo al

63 *Ibidem*.

64 Esto queda reflejado en el actual límite máximo de la pena privativa de libertad fijado en 40 años ex art. 76 letras c y d «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos esté castigado por la ley con pena con pena de prisión superior a 20 años», o «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II, y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años» respectivamente; que además pueden cumplirse íntegramente en virtud de lo establecido en el art. 78.1 que señala que «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Una crítica más detallada en: DEMETRIO CRESPO, «Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo», en RDPC, nº 14, 2004, pp. 87-115.

65 Las razones de dicha disparidad son muy variadas, y pueden buscarse en factores de índole humanitario lato sensu, el papel de los fines de la pena y la función de las sanciones en los distintos ordenamientos, la estructura misma de los sistemas jurídicos, factores de carácter económico o fiscal, de carácter utilitarista y procedimental, así como factores de orden cultural en general o ético-ideológicos en particular (Vid., por todos, BERNARDI, «*Opportunité...*», Op. cit., pp. 451 y ss).

66 VERVAELE, «*La europeización...*», Op. cit., p. 183.

67 Expresión de HASSEMER, Los rostros del Derecho penal, Op. cit., Punto 5.

68 Sobre su papel en la «*determinación legal de la pena*» (*Straf bemessung*), y en particular, en la «*individualización judicial de la pena*» (*Strafzumessung*), vid: DEMETRIO CRESPO, *Prevención general...*, Op. cit., pp. 44 y ss, 133 y ss.

del *reconocimiento mutuo*, que ha adquirido un rango primordial⁶⁹. Ciertamente a favor de la armonización de las sanciones hablan *razones de carácter jurídico* (favorecimiento de la confianza y el reconocimiento mutuo, así como las distintas formas de cooperación penal, y la prevención de la violación del principio *ne bis in idem*), *razones de carácter simbólico* (potenciación de los ideales de equidad, igualdad, y no discriminación, así como los sentimientos de pertenencia a

Europa como entidad política, jurídica y cultural, y por último, de la propia homogeneidad en la valoración de la gravedad de los delitos por los ciudadanos de la UE), y *razones de orden práctico* (evitar que se instalen sistemas penales de emergencia que dejen a un lado el principio de resocialización, evitar la creación de «paraísos criminales» o efectos criminógenos derivados de las ventajas de asimetrías significativas, etc.)⁷⁰.

69 *Vid.*: Iniciativa del Reino Unido, República Francesa y Reino de Suecia con vistas a la adopción de una *Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias*. <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lmb/l33169.htm>. Esta iniciativa se corresponde con la medida nº 18 del *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo*. El Libro Verde de 30/04/2004 reconoce que, pese a las iniciativas en materia de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, resoluciones de decomiso y de privación de derechos, el arsenal de instrumentos de la UE en esta materia es bastante incompleto, en particular en lo referente a penas privativas de libertad y su ejecución en otro Estado miembro.

70 *Vid.*, con más detalle, BERNARDI, «Opportunité...», *Op. cit.*, pp. 456 y ss.