

J. M^a TERRADILLOS BASOCO

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz**

**La Constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho
penal europeo?**

I. SIGNIFICADO POLÍTICO-CRIMINAL DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

La decisión política de impulsar un *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (TC) no puede ser considerada producto del azar o del voluntarismo de las élites políticas, sino fruto de la dinámica propia de la integración europea, económica en un principio, política y social más tarde¹. La perspectiva de integración de nuevos miembros (Rumania, Bulgaria, Croacia, Turquía), cierra, en efecto, la crisis continental desencadenada por la Segunda Guerra Mundial, y avala la idea de que, más que al reto de la reunificación de Europa, asistimos hoy al de su refundación².

De ahí que los objetivos ahora planteados, no pueden limitarse a los ámbitos económico, comercial o agrícola. La Unión Europea (UE) es, ante todo, una comunidad de ciudadanos, que necesita consenso sobre los valores fundamentales en torno a los que se estructura. Aún reconociendo que, desde su nacimiento,

1 Sobre los límites y antecedentes de la política social que incorpora el TC, ver APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, passim.

2 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 23 y 24.

la integración europea se dotó de instrumentos jurídicos que le proporcionaron una estructura organizativa semejante, *mutatis mutandis*, a la de los Estados miembros³, parece obvio que el TC introduce en esa estructura elementos cualitativamente distintos que autorizan a hablar de un “antes” y un “después”.

En efecto, la Europa política, que ha de sustituir, superándola, a la unión económica se da, como acta de nacimiento, una base constitucional que pretende consagrar el núcleo de valores comunes a casi quinientos millones de personas, y que en el art. I-2 TC se sintetizan así: “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”.

El ingente esfuerzo político que se traduce en la aprobación del TC se proyecta también, como no podía ser de otro modo, sobre el sistema jurídico-penal de los países miembros, a los que plantea una larga serie de retos propios del diseño de una política criminal que, heredera de la desconfianza recíproca y de la inercia, ha de ser construida, prácticamente, *ex novo*: “*proliferación nuclear, crimen organizado..., terrorismo internacional..., los delitos de dimensión supranacional, el tráfico de drogas o armamento, pasando por la gestión de las corrientes migratorias, la salvaguardia del medio ambiente frente al cambio climático o la preservación y desarrollo de la seguridad energética*”⁴.

3 Tal como defiende MANGAS MARTÍN, A., “Reflexiones en torno al ‘proceso de constitucionalización’ de la integración europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Menéndez*, Trotta, Madrid, 2002, p.426.

4 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 24.

I. SIGNIFICADO POLÍTICO-CRIMINAL DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

La decisión política de impulsar un *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (TC) no puede ser considerada producto del azar o del voluntarismo de las élites políticas, sino fruto de la dinámica propia de la integración europea, económica en un principio, política y social más tarde¹. La perspectiva de integración de nuevos miembros (Rumania, Bulgaria, Croacia, Turquía), cierra, en efecto, la crisis continental desencadenada por la Segunda Guerra Mundial, y avala la idea de que, más que al reto de la reunificación de Europa, asistimos hoy al de su refundación².

De ahí que los objetivos ahora planteados, no pueden limitarse a los ámbitos económico, comercial o agrícola. La Unión Europea (UE) es, ante todo, una comunidad de ciudadanos, que necesita consenso sobre los valores fundamentales en torno a los que se estructura. Aún reconociendo que, desde su nacimiento,

-
- 1 Sobre los límites y antecedentes de la política social que incorpora el TC, ver APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, passim.
 - 2 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 23 y 24.

la integración europea se dotó de instrumentos jurídicos que le proporcionaron una estructura organizativa semejante, *mutatis mutandis*³, parece obvio que el TC introduce en esa estructura elementos cualitativamente distintos que autorizan a hablar de un “antes” y un “después”.

En efecto, la Europa política, que ha de sustituir, superándola, a la unión económica se da, como acta de nacimiento, una base constitucional que pretende consagrar el núcleo de valores comunes a casi quinientos millones de personas, y que en el art. I-2 TC se sintetizan así: “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”.

El ingente esfuerzo político que se traduce en la aprobación del TC se proyecta también, como no podía ser de otro modo, sobre el sistema jurídico-penal de los países miembros, a los que plantea una larga serie de retos propios del diseño de una política criminal que, heredera de la desconfianza recíproca y de la inercia, ha de ser construida, prácticamente, *ex novo*: “*proliferación nuclear, crimen organizado..., terrorismo internacional..., los delitos de dimensión supranacional, el tráfico de drogas o armamento, pasando por la gestión de las corrientes migratorias, la salvaguardia del medio ambiente frente al cambio climático o la preservación y desarrollo de la seguridad energética*”⁴.

3 Tal como defiende MANGAS MARTÍN, A., “Reflexiones en torno al ‘proceso de constitucionalización’ de la integración europea”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Menéndez*, Trotta, Madrid, 2002, p.426.

4 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 24.

II. LA HERENCIA

La opción que propone el TC supone superar la tradicional consideración de que Derecho penal y Europa son dos realidades antinómicas.

Que es lo que, en buena medida, ha venido existiendo⁵. La “Europa de los mercaderes” no podía dedicar esfuerzos extra a configurar un sistema penal común. Ni le interesaba; ni era compatible con la ancestral reivindicación del ejercicio del *ius puniendi* como manifestación no negociable de soberanía estatal⁶; ni parecía aceptable la injerencia de las instituciones comunitarias, siempre tributarias de su “déficit democrático”, en materia pretendidamente ligada al escrupuloso respeto del principio de legalidad⁷.

De hecho, desde los Tratados de Roma, en 1957, al de Maastricht, en 1992 –que inicia el abordaje de la “cuestión criminal”–, se viene construyendo un sistema jurídico comunitario al margen del Derecho penal⁸, en el seno de una Unión carente de poder punitivo propio, y cuyos órganos ni gozan de potestad legislativa penal ni pueden imponer penas⁹.

5 Ver FLORE, D., “Un droit pénal européen: hasard ou nécessité”, en FLORE, D., (dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, p. 5.

6 Ver, DANNECKER, G., “Armonizzazione del Diritto penale all’interno della Comunità europea”: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1994 (4), pág. 961 y ss.

7 PRATS CANUT, J.M., MARQUÈS I BANQUÈ, M., y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, p. 124.

8 DELMAS-MARTY, M., “Verso un Diritto penale comune europeo”: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997 (2), p. 543.

9 SIEBER, U., “Europäische Einigung und Europäische Strafrecht”: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991 (103), p. 957.

Así, los sucesivos Tratados han omitido la consideración de la faceta penal en sus programas económicos¹⁰, sociales, fiscales, o aduaneros, que han quedado regulados como si el Derecho penal de las Comunidades hubiera sido un objetivo no identificado, si no directamente inexistente¹¹.

II.1. Ámbitos administrativo y judicial

Sin embargo, como es notorio, incluso en el restringido campo de las actividades económicas incompatibles con los intereses comunitarios, se ha venido optando por potenciar mecanismos europeos de inspección y control de naturaleza jurídico-administrativa, manteniendo un prudente absentismo en lo relativo a la intervención penal.

Los Reglamentos, considerados como manifestación del verdadero poder europeo, en cuanto que con ellos la Comunidad legisla directamente sobre los ciudadanos sin la intermediación de las instancias nacionales, han sido, así, un poderoso instrumento de coordinación, pero no son utilizables en materia penal. En esta línea se mueve el texto paradigmático en la materia, el *Reglamento 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (RPIF), que incorpora una normativa general sobre medidas y sanciones administrativas (art. 1), “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”, y ajustadas, además, a los principios de irretroactividad, proporcionalidad y culpabilidad. (art. 2), que se aplicarán “*sin perjuicio de la aplicación del Derecho penal de los Estados miembros*”, que queda confiada a éstos (Considerando 9).

Se trata sólo de un significativo ejemplo, entre muchos, de cómo, incluso en la tutela de intereses inequívocamente comu-

10 Quizá uno de los ejemplos más significativos sea el de los fraudes de subvenciones; ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001.

11 TULKENS, F., “Preface”, a FLORE, D., (dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen*, La Chartre, Bruxelles, 2003, p. 1.

nitarios frente a conductas delictivas, se ha venido prefiriendo la actuación común en el ámbito administrativo, sin franquear las puertas de lo penal.

Al menos de lo penal sustantivo, porque la cooperación policial y judicial ha conocido significativos avances, ejemplificados por el desarrollo que imprimen a los artículos 30 y 31 del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) el Acuerdo de Schengen, las conclusiones de Tampere o, en concreto, el establecimiento de Europol y Eurojust.

Debe resaltarse, en este punto, que el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere en 1999, consagra el principio de reconocimiento mutuo de sentencias judiciales –lo que habría de convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal– y decide la creación, en 2002¹², de una unidad –Eurojust¹³– en la que se integrarán fiscales, magistrados y oficiales de policía con competencias equivalentes, con la misión de contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales encargadas de la instrucción y de aportar su concurso a las investigaciones relativas a la criminalidad organizada¹⁴.

Europol, por su parte, es creada por el Consejo de julio de 1995, para la investigación de ciertos delitos, taxativamente enumerados, siempre que resulte implicada una organización criminal y que afecten, al menos, a dos Estados miembros¹⁵.

12 Por Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000.

13 Ver BIOLLEY, S., “La coordination des enquêtes et des poursuites: la mise en place d’Eurojust”, en FLORE, D., (dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen, La Charte, Bruxelles*, 2003, págs. 167 a 193; THWAITES, N., “Eurojust: autre brique dans l’édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier?”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé*, 2003, págs. 45 a 61.

14 FLORE, D., “Un droit pénal européenne: hasard ou nécessité”, en cit., p. 12..

15 Ver VAN RAVENSTEIN, M., “Les services d’enquête: l’extension du mandat d’Europol”, en FLORE, D., (dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen, La Charte, Bruxelles*, 2003, págs. 157 a 159.

Pero la cooperación a través de Eurojust y Europol ha logrado una eficacia sólo limitada, tanto por la inexistencia de un poder decisorio ejecutivo en dichos organismos¹⁶, como por la heterogeneidad de los ámbitos respectivos de intervención, lo que, inevitablemente, reduce la coherencia del conjunto del sistema¹⁷.

II.2.Ámbito jurídico-penal

a)

Lo anterior no significa que Europa y Derecho penal hayan sido realidades que caminaran siempre dándose la espalda¹⁸.

Tiene razón DONINI cuando advierte que los actuales cambios estructurales de alcance global se vinculan al nacimiento de una auténtica red normativa compleja, legislativa y judicial; nacional, comunitaria e internacional, que determina la aparición de un “*entrelazado reticular de fuentes de producción normativa...*, y un *pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes*”¹⁹.

El conglomerado de fuentes-derecho, fuentes-hecho y fuentes-institución confluye –continúa explicando el autor– en la *law in action*. De modo que ley, judicatura, Tribunal Constitucional, Derecho comunitario –y por tanto, reglamentos, directivas, y

16 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 133.

17 VAN RAVENSTEIN, M., “Les services d’enquête: l’extension du mandat d’Europol”, cit., págs. 164-165; BIOLLEY, S., “La coordination des enquêtes et des poursuites: la mise en place d’Eurojust”, cit., págs. 183 a 185.

18 ALMEIDA CABRAL, J. de, “Breves considerações sobre a Europa e o Direito Penal”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 123.

19 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, en TERRADILLOS BASOCO, J. M., y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), *Temas de Derecho Penal Económico*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 206-207.

decisiones marco, etc.—, Tratados internacionales jurisprudencia internacional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la CE, Tribunales penales internacionales, práctica y categorías extranjeras, derechos extranjeros utilizables en la actividad de comparación cultural y judicial, etc., confluyen, cada día más, a la construcción de categorías compartidas²⁰.

Así, aunque los Tratados Constitutivos no supusieron inicialmente transferencia expresa de *ius puniendi*²¹, se les ha ido agregando un cierto orden jurídico que, junto a las convenciones de coordinación de los sistemas represivos nacionales, sin llegar a alcanzar naturaleza penal, ha terminado por imponer a los Estados miembros cierta subordinación, siquiera fuese sectorial, de sus políticas penales al orden supranacional²².

El principio de primacía, por ejemplo, hace inaplicables las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario e impide la aprobación de otras semejantes en el futuro²³.

El debate vivido en Italia en torno al planteamiento de una cuestión de legitimidad ante el Tribunal de Justicia europeo (TJE) relativa al delito de falsedad en las comunicaciones sociales, deja constancia de la innovación implícita en la posibilidad técnica de que una disposición interna sea susceptible de control jurídico por violación de la normativa comunitaria, y no sólo de control político, basado sólo en consideraciones de legitimidad constitucional interna²⁴.

20 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, cit., págs. 206-207

21 FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Derecho penal y competencias de las comunidades europeas”: *Cuadernos de Política Criminal*, 1992 (48), p. 815.

22 VERVAELE, J.A.E., “Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Fraud Legislation”, en VERVAELE, J.A.E. (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, págs. 161-202.

23 TIEDEMANN, K., “Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht”: *Neue Juristische Woche*, 1993 (1), p. 25.

24 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, cit., págs. 206-207.

El principio de eficacia o efecto directo, ha venido funcionando como la piedra angular de las relaciones Derecho interno-Derecho comunitario²⁵, y, junto al de primacía, o bien han vaciado, en los casos de conflicto²⁶, ciertas decisiones criminalizadoras del legislador interno²⁷, o bien, en sentido contrario, han determinado el contenido de los tipos penales que recurren a elementos normativos o que, más directamente, optan por la remisión expresa²⁸.

b)

Además de los supuestos de remisión, las Comunidades han contado con otras posibilidades de incidencia positiva directa en el campo de la criminalización y penalización: el art. 10 del *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE) ordenaba a los Estados miembros adoptar medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los Tratados o las resultantes de actos de las instituciones comunitarias; principio de lealtad, en cuya virtud, y a tenor de la jurisprudencia del TJE,

25 Sobre el alcance de estos principios, ver APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, cit., págs. 57 a 67.

26 Sobre la limitación de la aplicabilidad del Derecho comunitario a los casos de conflicto, ver PRATS CANUT, J.M., MARQUÈS I BANQUÈ, M., y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, cit., págs. 130-131

27 BERNARDI, A., "Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penale europei": *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2002 (46), págs. 809 a 812; VERVAELE, J.A.E., "L'applicazione del Diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro?": *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1996 (2), p. 509.

28 Un estudio profundo de las cuestiones suscitadas por la remisión, en PRATS CANUT, J.M., MARQUÈS I BANQUÈ, M., y MORÁN MORA, C., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, cit., págs. 131 a 153. Ver también DANNECKER, G., "Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità Europea", cit., págs. 974 a 980; GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, (trad. García Rivas), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993, págs. 53 a 57.

los Estados “*deben recurrir a su potestad sancionatoria, y si fuere preciso, también a sanciones penales*”²⁹.

Una de las tradicionales técnicas para hacerlo coherentemente ha sido la asimilación, en cuya virtud la defensa de los intereses comunitarios se acomete mediante la remisión a la norma penal nacional que tiene por objeto la tutela de intereses nacionales semejantes, tal como, para este limitado ámbito, proclama el art. 280.2 del TCE: “*1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad que afecte a los intereses financieros de la Comunidad, mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en este artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros*”.

Pero se trata de una técnica –calificada como “*estrategia de descentralización mediante reenvío*”³⁰– que supone renunciar a la creación de un Derecho penal comunitario y presenta el inconveniente añadido de la desigualdad, ya que la defensa de intereses nacionales propios no es idéntica en los distintos países, con lo que conductas punibles en uno de ellos pueden no serlo en otros, ni tampoco es equivalente la pena que a las mismas conductas se impone³¹.

29 CARNEVALI RODRIGUEZ, R., “Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales”: *Actualidad Penal*, 1997 (31), p. 682.

30 BACIGALUPO ZAPATER, E., “Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección de las finanzas públicas y comunitarias”, en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 114.

31 DELMAS-MARTY, M., “Verso un Diritto penale comune europeo”, cit., p. 546. Vid. los numerosos ejemplos aportados por DANNECKER, G., “Armonizzazione del Diritto penale all’interno della Comunità Europea”, cit., págs. 966 a 970.

La eficacia lograda tampoco parece satisfactoria³². Lo que quizá no sea imputable tanto a la inidoneidad del sistema como a la ausencia de voluntad por parte de los Estados a la hora de aplicarlo³³.

c)

Los inconvenientes de orden político y práctico de la asimilación determinaron la primacía de la técnica de armonización, fundamentalmente a través de Directivas, que ordenan la creación de nuevas normas de Derecho interno, con criterios compartidos que aseguren la igualdad necesaria para el funcionamiento mismo de las Comunidades.

Incluso esa limitada armonización a través de Directivas no se ha logrado sino fragmentariamente.

De hecho, en el proceso de discusión de las Directivas 89/592/CEE—relativa a la coordinación de las normas reguladoras de las operaciones de iniciados (*insider training*)— y 91/308/CEE—relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero con la finalidad de blanqueo de capitales—, la Comisión defendió, con el apoyo de algún Estado miembro, la posibilidad de que un instrumento comunitario previera la obligación de imponer penas, en la convicción de que sólo sanciones de tal naturaleza podrían garantizar la efectividad de las prohibiciones. Tal pretensión no alcanzó el éxito, aunque es cierto que, en materia de blanqueo de capitales, los Estados miembros se comprometieron, en una declaración adoptada por el Consejo en el momento de adopción de la Directiva, a recurrir a las penas³⁴.

32 Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Política y Derecho Penal en Europa”: *Revista Penal*, 1999 (3), págs. 63-64.

33 ASÚA BATARRITA, A., “Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el Código penal español de 1995: ¿armonización europea versus principio de asimilación?”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios penales en memoria del profesor José Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 946.

34 FLORE, D., “Un droit pénal européen: hasard ou nécessité”, cit., p. 6.

Buena prueba del impulso “integrador”, que la Comisión ha venido intentando imprimir a la política-criminal de los Estados miembros, viene dada por la interpretación que ésta propone para el art. 280.4 TCE, tradicional anclaje, por otra parte, de quienes reivindican la abstención comunitaria en materia penal. Tal precepto dispone que el Consejo “*adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad... Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia*”. Pues bien, la Comisión ha entendido que la prohibición de afectación al Derecho interno ha de interpretarse, en coherencia con su carácter excepcional, en términos estrictos, sin que constituya un obstáculo a la adopción de medidas dirigidas a objetivos de armonización de naturaleza penal³⁵.

Pero la regla general ha venido siendo la de que, mientras la Comisión ha intentado repetidamente obligar a los Estados miembros, mediante Directivas, a armonizar sus sistemas penales, el Consejo de Ministros, en la práctica, ha buscado –y logrado– dejar intacto el poder estatal de elegir discrecionalmente los instrumentos de aplicación³⁶.

d)

De este modo, incluso en el específico ámbito de la protección de los intereses financieros de la Comunidad, p. ej., los sistemas jurídicos nacionales presentan diferencias tan importantes que impiden hablar de una auténtica armonización³⁷, de modo que, ha sido necesario, ensayar otras vías en el marco del denominado “tercer pilar”.

35 Ver FLORE, D., “Un droit pénal européen: hasard ou nécessité”, cit., p. 8.

36 VERVAELE, J.A.E., “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”: *Revista Penal*, 2005 (15), p. 172.

37 DANNECKER, G., y BASCON GRANADOS, C., “Intentos actuales de armonización dirigidos a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea”: *Noticias de la Unión Europea*, 1998 (156), p. 67.

En efecto, el TUE optó por potenciar los mecanismos de cooperación entre los Estados y añadió al sistema comunitario un tercer pilar –“*Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal*”– consistente en una estructura intergubernamental de cooperación que no comporta integración ni plantea problemas de soberanía³⁸; más modestamente, acepta que los asuntos de justicia e interior son de interés común, lo que habilita la cooperación de los Estados miembros, pero sin comunitarizar estas materias³⁹.

La cooperación en materia penal se sitúa, así, fuera del pilar comunitario, sin por ello quedar reducida a manifestación de cooperación internacional ordinaria, ya que tanto por razones formales (participación de las instituciones europeas) como sustanciales (necesidad de armonizar ciertas definiciones), incorpora elementos de integración en un sistema jurídico supranacional⁴⁰.

Elementos, no obstante, débiles, en comparación con el peso que se concede a los Estados: el proceso de toma de decisiones se desarrolla en el ámbito del Consejo, con una limitada participación del Parlamento, que sólo puede expresar opiniones no vinculantes y formular preguntas e interpelaciones, lo que redundaría en debilitamiento del control político.

Por su parte, la intervención del TJE se limita a decidir, en vía prejudicial, sobre la validez de las interpretaciones de los actos adoptados por el Consejo, pero sólo si el Estado miembro reconoce la competencia del Tribunal⁴¹.

38 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Política y Derecho Penal en Europa”, cit., págs. 66-67.

39 VERCHER NOGUERA, A., “La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente”, en AA.VV., *La nueva delincuencia. II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 330.

40 DELMAS-MARTY, M., “Verso un Diritto penale comune europeo”, cit., págs. 543-544.

41 BILANCIA, P., “Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria”: *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004 (2), p. 351.

Se trata de las inevitables consecuencias de una construcción político-jurídica —el pilar intergubernamental— más sometida a las técnicas de las relaciones diplomáticas internacionales que a las propias de la integración europea⁴².

La cooperación a través de convenios ha sido la vía seguida para proteger los intereses financieros de la Comunidad. Si el ya citado *Reglamento 2988/95* (RPIF) se limitaba a lo administrativo, los Estados miembros, vía convenio —“*Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”, de 26 de junio de 1995 (CPIF)—, se comprometieron a modificar el Derecho penal interno, incorporando al mismo, y de modo homogéneo, los comportamientos atentatorios a la Hacienda comunitaria estimados dignos de criminalización, así como las sanciones adecuadas para castigarlos eficazmente.

La cooperación ha convivido con el respeto al principio de legalidad y a las exigencias de la soberanía nacional en materia penal, y es idónea para impulsar la intervención penal a los más diversos sectores, y no sólo a los de competencia comunitaria⁴³. Pero tampoco queda al abrigo de objeciones. El legislador español, p. ej., adaptó al texto del CPIF el Proyecto de Código Penal (CP), que en aquel momento se encontraba en trámite de discusión parlamentaria y criminalizó los fraudes de subvenciones comunitarias⁴⁴, incurriendo en la contradicción de aceptar una valoración distinta de los ilícitos subvencionales dependiendo de la naturaleza, nacional o comunitaria, del ente financiador⁴⁵.

42 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 133.

43 BERNARDI, A., “Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penale europei”: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 2002 (46), p. 805.

44 Aunque ya alguna sentencia los había equiparado a los intereses de la Hacienda pública española: DOLZ LAGO, M.J., “La actuación del Ministerio Fiscal ante los fraudes a las subvenciones comunitarias (en especial las agrarias)”; *Actualidad Penal*, 1995 (39), págs. 748 y ss.

45 ASÚA BATARRITA, A., “Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el CP español de 1995: ¿armonización europea ‘versus’ principio de asimilación?”, cit., págs. 943 y 946.

Además de esa inevitable consecuencia, la cooperación comporta el riesgo, constatado experimentalmente, de convertirse, a base de protocolos adicionales a convenios firmados pero no ratificados, en inútil muro de papel frente a una criminalidad real y en expansión.

El tercer pilar actúa también a través de Decisiones Marco, que comprometen a los Estados al logro de determinados resultados, respetando la competencia de las instancias nacionales en cuanto al diseño e implementación de los medios pertinentes. Ejemplos relevantes de esta técnica han sido las Decisiones Marco del Consejo relativas a la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y permanencia irregulares de ciudadanos extranjeros (28 de noviembre de 2002), a la lucha contra la trata de seres humanos (19 de julio de 2002), o a la lucha contra el terrorismo (13 de junio de 2002)⁴⁶. Y, con contenido distinto, la Decisión Marco sobre la “eurorden” de detención y entrega (13 de junio de 2002) o la más reciente relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (24 de febrero de 2005).

La eficacia de las Decisiones Marco queda gravemente condicionada por el hecho de que su origen intergubernamental imponga la exigencia de unanimidad, a lo que se añade la posibilidad de declaraciones, excepciones y opciones mediante las cuáles los Estados miembros pueden sustraerse a las obligaciones que previamente han aceptado⁴⁷.

III. EL INMEDIATO FUTURO

Si la asimilación no garantiza ni la eficacia ni la igualdad que supondría un tratamiento idéntico para todos; si la coope-

46 Sobre estas Decisiones Marco, ver BOSLY, S., y VAN RAVENSTEIN, M., “L’harmonisation des incriminations”, en FLORE, D., (dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen*, La Charte, Bruxelles, 2003, págs. 25 a 57.

47 BOSLY, S., y VAN RAVENSTEIN, M., “L’harmonisation des incriminations”, cit., p. 24.

ración, concebida para incrementar la eficacia, la condiciona y pospone; y si la armonización, destinada a reforzar la justicia y la eficacia, incrementa la complejidad del conjunto⁴⁸, parece inevitable acometer, en aras, precisamente, de la justicia, la sencillez y la eficacia, otra alternativa: la unificación.

Es posible que el TC obligue a las instituciones europeas a situarse frente a esa alternativa en la rampa de salida del proceso unificador, empujándolas a afrontar el re-examen de los principios del modelo político criminal y a plantearse la lucha contra el delito de ámbito comunitario precisamente en el ámbito comunitario.

III.1. Las discrepancias de partida

Sin embargo, desde el punto de vista político, no parece suficientemente discutida y aceptada la necesidad de avance hacia la unificación penal. Y sigue apelándose a razones como la formal afirmación de la propia, y no compartible, soberanía⁴⁹, incompatible con una política de dejación en materia de *ius puniendi*. Lo que, si ya era cuestionable en un contexto en el que, amén de haber desaparecido monedas o fronteras propias, imperaba el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional⁵⁰, lo debe ser aún más a la entrada en vigor del TC (art. IV-447), y de los ambiciosos objetivos del Título I de la Parte I.

Desde el punto de vista técnico, hay que reconocer que, hoy por hoy, ni el legislador ni el juzgador –nacionales o europeos– disponen de un marco normativo homogéneo, ni manejan

48 *Corpus Iuris*, Exposición de Motivos.

49 Aunque existen razones para pensar que la reivindicación de la soberanía nacional como fuente monopolista del Derecho penal ha escondido, en ocasiones, razones más inconfesables: ver RIONDATO, S., “Profili di rapporti tra Diritto comunitario e Diritto penale dell’economia”: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1997 (4), p. 1159.

50 TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Política y Derecho Penal en Europa”, cit., p. 66.

un lenguaje dogmático común, que es condicionante de todo proceso de unificación normativa⁵¹.

En realidad algunas de las discrepancias gozan de tan amplio arraigo que sería poco menos que utópico pretender superarlas. Ni siquiera resulta claro que fuera deseable⁵². Así lo acoge el art. 1.5 TC cuando, siguiendo los pasos del art. 6.3 TUE, declara que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros.

El reto se circunscribe, pues, a la identificación de las zonas de confluencia más pacíficamente reconocidas –ya por situarse ex novo en territorios específicamente comunitarios, ya por afectar a principios o valores básicos, condicionantes del sistema común⁵³–, para, en torno a ellas, ir definiendo las características del nuevo sistema.

III.2. El método de trabajo

Sólo así se puede superar el riesgo que comporta la anti-democrática hegemonía de unos sistemas jurídicos sobre otros, que, además, verían gravemente lastrada su coherencia interna por la incorporación de soluciones foráneas⁵⁴. Para superarlo, es imprescindible el recurso a los estudios iuscomparatistas, lo que no significa ni imitación de un modelo a importar, ni el mero contraste de los distintos sistemas, ni, mucho menos, el uso dogmático del derecho extranjero, sino la “*construcción dialéctica y discursiva de disciplinas comunes que, por definición, no*

51 Sobre los aspectos más relevantes de estas discrepancias, ver BACIGALUPO ZAPATER, E., “El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo”: *Cuadernos de Política Criminal*, 2004 (83), págs. 15 a 22.

52 CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2005, págs. 43 a 64.

53 Como podrían ser los derechos reconocidos en la Parte II.

54 BERNARDI, A., “Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penale europei”, cit., págs. 801 a 805.

*pueden pretender la imposición de un modelo preconstituido a otros Estados”*⁵⁵.

El problema, no obstante, sigue siendo el de fijar el umbral mínimo exigible a todos, tarea para la que parece imprescindible la organización y potenciación de un espacio de debate, en el que definir, inicialmente, los valores penales guía, mediante el aporte de sectores de opinión que no pueden ser monopolio de los juristas⁵⁶.

Se trata de una tarea político-criminal no fácil. Y menos aún si se observan las profundas discrepancias que el proceso de aprobación del TC está poniendo de relieve. Lo que dificultará, sin duda, el cumplimiento del compromiso comunitario de ofrecer a los ciudadanos de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores (art. I-3), en desarrollo de una política criminal “*unida en la diversidad*”, que respetando identidades históricamente fraguadas, supere las “*antiguas divisiones*”.

III.3. Los precedentes

Entre los precedentes al TC que reflejan el status quo previo al momento constituyente, ha de citarse el *Proyecto Común Europeo de Lucha contra la Criminalidad Organizada*, elaborado, entre otras instituciones, por la Universidad, el Tribunal y la Fiscalía superiores de Palermo, el Max-Plank-Institut de Friburgo de Brisgovia, o la Universidad Pablo de Olavide, y publicado en el 2001⁵⁷.

55 DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 191.

56 DELMAS-MARTY, M., “Verso un Diritto penale comune europeo”, cit., págs. 553-554.

57 MILITELLO, V., y HUBER, B. (eds.), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Editions Iuscrim, Freiburg im Brisgau, 2001.

Este Proyecto, de acuerdo con el marco dibujado por la revisión de los Tratados de Amsterdam, parte de que para asegurar a los ciudadanos de la UE un espacio de libertad, justicia y seguridad, es necesario que los órganos comunitarios, capaces ya de imponer reglas comunes también en materia penal, asuman la tarea de elaborar una disciplina uniforme de delitos y sanciones, institucionalmente enmarcada en el ámbito del primer pilar.

Más significativo aún, en la línea de las propuestas unificadoras, es el *Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros y comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, elaborado por la Comisión Europea en 2001⁵⁸. Propone un modelo federal, en el que se integran delitos federales de contenido idéntico y vinculante para los Estados miembros. Una segunda versión del Libro Verde, datada en abril de 2004, profundiza en el estudio de las posibilidades de armonización sancionadora en materia penal⁵⁹.

Quizá una de las aportaciones más interesantes del *Libro Verde* es su intento de superar el fraccionamiento de las estrategias penales, mediante la creación de un fiscal europeo⁶⁰.

El intento más representativo de elaborar una alternativa unificadora lo constituye el denominado *Corpus iuris*, que propone la tipificación de una serie de delitos comunitarios, cuya investigación y enjuiciamiento se regularía por normas comunes y se llevaría a cabo con intervención de una autoridad comunitaria⁶¹.

58 VERVAELE, J.A.E., "La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea", cit., p. 181.

59 Ver DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit. p. 180.

60 Ver VERVAELE, J.A.E., "El Ministerio Fiscal Europeo y el Espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho Procesal Penal Europeo": *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 273.

61 Ver NIETO MARTÍN, A., "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", en MARTÍNEZ-BUJÁN

Con él no se pretende la implantación de Códigos penales o procesales nuevos, sino la tutela de los intereses financieros de la UE en un espacio europeo unificado⁶², a través fundamentalmente de la criminalización del fraude de subvenciones, tanto dolosas como debidas a imprudencia o negligencia graves, delitos en los que un conocido trabajo de TIEDEMANN identifica el origen del (futuro) Derecho penal europeo⁶³.

Pero lo más relevante es que el *Corpus iuris* propone superar el concepto de espacio judicial común, con un grado más o menos alto de cooperación, para llegar a un auténtico espacio judicial único, basado en el principio de territorialidad europea. Sobre ese espacio único se proyecta la actuación, bajo el control de un “juez de libertades” designado por cada país miembro, de un Ministerio Público Europeo, competente para denunciar y ejercer la acusación pública, dirigir la instrucción y vigilar la ejecución de las penas en el conjunto del territorio europeo⁶⁴.

Así, el *Corpus iuris*, a pesar de limitarse a la tutela de los intereses financieros comunitarios.

IV. EL MODELO PENAL DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

Estos precedentes, que reflejan un determinado *status quo* doctrinal y político, penetran, en buena medida en el modelo penal que, con notoria debilidad, se dibuja en el TC.

PÉREZ, C. (dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 43.

62 DELMAS-MARTY, M., “Verso un Diritto penale comune europeo”, cit., p. 550.

63 TIEDEMANN, K., “La frode alle sovvenzioni: origine di un Diritto penale Europeo?": *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1999 (3).

64 NIETO MARTÍN, A., “La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación”, cit., p. 49.

Pero, se ha señalado doctrinalmente, tampoco puede desconocerse la necesidad, a partir de ahora, de abordar la “cuestión criminal” desde la lógica constitucional que incorpora el TC⁶⁵.

En el TC, en efecto, las cuestiones de libertad, seguridad y justicia, se integran en el engranaje de la Unión, prescindiendo de la vieja estructura de pilares.

El ELSJ es considerado como “*una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros*”. Los poderes de la UE, –el ejecutivo, representado por el Consejo y la Comisión, el legislativo, representado por el Parlamento y el Consejo, y el judicial, representado por el TJE de Luxemburgo– intervienen en el diseño del ELSJ, al que también colaboran los Parlamentos nacionales, asociados al control político de Europol y Eurojust, y –dada la vinculación que las cuestiones penales han venido teniendo con la soberanía nacional– los propios Estados miembros, en cuanto titulares de derechos de iniciativa en estas materias. “*Todo ello coronado por la intervención del Consejo Europe, que, según el art. III-258, definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa*” en el ELSJ. En síntesis, “*la construcción de este espacio significa un nítido traslado de fragmentos de soberanía de los Estados a la Unión Europea*”⁶⁶.

El panorama que se espera de la entrada en vigor del TC no puede ser completo si se prescinde de su influjo en el ámbito del Derecho administrativo, en el que implica, como mínimo, la positivización de determinados principios que disciplinan la actividad administrativa –también en su faceta sancionadora–, el replanteamiento de la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y la potenciación de la cooperación entre las administraciones comunitarias y las nacionales⁶⁷.

65 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 134.

66 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., págs. 134-135.

67 AUBY, J-B., “Le Projet de Constitution Européenne et le Droit Administratif”: *Revista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004 (5), págs. 1095 a 1102.

IV.1. Fuentes

En materia de fuentes, el punto de partida es el principio de primacía, en cuya virtud, *“la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”* (art. I-6 TC).

Sin embargo, la eficacia de este principio queda relativizada en materia penal, ya que ésta no figura entre los ámbitos de competencia exclusiva de la UE (art. I-13). Pero sí están incluidos en ellos *“el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”,* o *“la conservación de los recursos biológicos marinos”,* objetivos que sólo pueden ser asegurados con un régimen de sanciones eficaces, entre las que, *a priori,* no pueden quedar excluidas las penas.

Por otra parte, y a tenor del art. I-14, el mercado interior, el medio ambiente, la protección de los consumidores y el espacio de libertad, seguridad y justicia, son competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

Con lo que entran en juego los principios de atribución –en cuya virtud, *“la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”*–, el principio de subsidiariedad –que supone que *“en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*⁶⁸– y el de proporcionalidad, que implica que

68 Respecto a la *“acusada sensibilidad”* para con el principio de subsidiariedad, ver MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 741.

“el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución” (art. I-11)⁶⁹.

El art. III-259 insiste en la vigencia de estos principios precisamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia, al establecer que *“en relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el marco de las Secciones 4 y 5, los Parlamentos nacionales velarán por que se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”*.

El mencionado Protocolo recuerda la obligación que todas las instituciones tienen de velar permanentemente por el respeto a estos principios, para asegurar *“que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión”*, tal como ya se preveía en el TUE, que introdujo la subsidiariedad en la estructura constitucional comunitaria⁷⁰.

A tal fin, se articula todo un sistema procedimental dirigido a garantizar la información de los Parlamentos nacionales sobre todo proyecto legislativo europeo, que, además, ha de venir avalado por la evaluación pormenorizada de las razones, sustentadas en indicadores cualitativos y cuantitativos, *“que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta”*. A lo que se añaden nuevos mecanismos, tanto políticos como judiciales, de control de cumplimiento efectivo del principio⁷¹.

69 El principio de atribución rige la delimitación de competencias, el de subsidiariedad, su ejercicio: HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades”: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004 (19), p. 802.

70 Ver HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades”, cit., págs. 793-794.

71 HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades”, cit., págs. 808 a 825.

El denominado mecanismo de “alerta temprana” así implantado tendrá como seguro efecto el incremento de la complejidad, ya crecida, de los procedimientos normativos de la Unión⁷².

El juego conjunto de estos principios parece inclinar definitivamente la balanza hacia el mantenimiento de la materia penal en el campo de actuación de los Estados y abre la vía a un panorama de continua necesidad de auto-legitimación de las decisiones de la UE, frente a las eventuales resistencias de los Parlamentos nacionales⁷³.

Queda siempre expedita la vía de la cooperación reforzada entre Estados, para que éstos, haciendo uso de las instituciones de la Unión, puedan asumir competencias no exclusivas de ésta, con el objetivo, entre otros, de “*proteger los intereses de la Unión*” (art. I-44). Pero no parece que esta cooperación reforzada suponga un avance cualitativo sobre lo ya existente, aunque es obvio que tampoco cierra el paso a la utilización de actos jurídicos de la Unión, como son la ley europea o la ley marco europea⁷⁴.

En efecto, las posibilidades de actuación de esas fuentes en materia penal vienen definidas inicialmente en el art. I-42, dedicado al ELSJ: “*1. La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos contemplados en la Parte III; b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales; c) mediante la cooperación operativa de las autoridades competentes de los*

72 APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, cit., págs. 79-80.

73 HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., “La regulación del principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional: espejismos y realidades”, cit., p. 825.

74 Ver BACIGALUPO ZAPATER, E., “El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo”, cit., p. 6.

Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales. 2. Los Parlamentos nacionales podrán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, participar en los mecanismos de evaluación establecidos en el artículo III-260. Estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de la actividad de Eurojust con arreglo a los artículos III-276 y III-273. 3. Los Estados miembros dispondrán de derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal con arreglo al artículo III-264”.

Debe distinguirse en este precepto un doble nivel: en primer lugar la posibilidad del recurso a leyes y leyes marco para aproximar las normas de los Estados miembros en materia penal (integrada en la Parte III); en segundo lugar, la cooperación, ya consolidada por otra parte, policial y judicial.

IV.2. Cooperación policial

El art. III-263 ordena al Consejo la adopción de reglamentos europeos –actos no legislativos de carácter general para la ejecución de actos legislativos (art. I-33)– *“para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en los ámbitos a que se refiere”* el Capítulo IV, *“Espacio de libertad, seguridad y justicia”*.

En ámbito tan relevante como el de las políticas de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores –políticas que van a integrarse en el *“núcleo central”* de las competencias de la Unión–, se dispone el establecimiento, mediante leyes o leyes marco, de medidas relativas a la política común de visados y permisos de residencia de corta duración, a los controles de las personas que cruzan las fronteras, a la circulación por el territorio de la Unión de nacionales de terceros países y a los demás temas relacionados con los controles a personas en las fronteras. Dado que esas leyes o leyes marco han de ser aprobadas por mayoría cualificada, resulta obvio que lo *“europeo”* va a primar sobre lo

nacional, lo que supone, en estas materias, una auténtica “*cesión de soberanía real*”⁷⁵.

En desarrollo del objetivo de cooperación administrativa, la UE se compromete a desarrollar la cooperación policial y los servicios que, en general, tengan funciones coercitivas y están especializados en la prevención, detección e investigación de infracciones penales (art. III-275) .

A tal fin, se reforzará, mediante ley, la estructura de Euro-pol, cuya función es la de “*apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos*” (art. III-276).

El propio art. III-276.3 aclara que “*cualquier actividad operativa de Europol deberá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado. La aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes*”.

Quizá la última proyección de esta política de colaboración policial está constituida por el Proyecto de Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, en el que se aborda el desarrollo del denominado “Programa de la Haya”, un programa plurianual para los próximos cinco años que, arrancando de los acuerdos de Tampere, pretende incrementar la eficacia en la lucha contra la inmigración ilegal, el tráfico y contrabando de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada.

75 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 136.

Las condiciones con arreglo a las cuales las autoridades de los Estados miembros pueden actuar en el territorio de otro Estado miembro, se establecerán mediante ley o ley marco europea, adoptada por unanimidad, previa consulta al Parlamento que, en estos casos, puede condicionar la decisión del Consejo de Ministros⁷⁶.

IV.3. Cooperación judicial

La cooperación judicial, que “*se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales*”, incluye, a tenor del art. III-270, “*la aproximación –mediante ley o ley marco– de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo III-271*”.

De este modo, el contenido del precepto excede de la mera “cooperación judicial”. En efecto, queda también incorporado lo penal sustantivo, ya que la aproximación normativa que se pretende abarca no sólo las disposiciones legales y reglamentarias atinentes a la efectividad de los procedimientos, a que se refiere el propio art. III-270, sino, tal como se verá más adelante, llega a la definición europea de “*las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad*” (art. 271).

Pero en lo estrictamente judicial, el catálogo de objetivos a perseguir, mediante ley o ley marco, es amplísimo: reconocimiento europeo de sentencias, prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, formación de personal al servicio de la administración de justicia, y normas mínimas –mediante ley marco– referidas a admisibilidad de pruebas, derechos de las personas durante el procedimiento, derechos de las víctimas, etc., siempre teniendo en cuenta “*las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros*” (art. III-270).

76 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 139.

A asegurar esta cooperación tiende el reforzamiento, por ley, de las competencias de Eurojust, que, basándose en la información proporcionada por las autoridades miembros y por Europol, podrá iniciar diligencias de investigación penal, proponer incoación de procedimientos penales a las autoridades nacionales competentes, potenciar la coordinación de las autoridades judiciales, etc., sin perjuicio de que, como regla general, *“los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes”* (art. III-273),

Precisamente en el Consejo de Ministros español, celebrado el 28 de enero de 2005, se analizó el informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se adapta el ordenamiento jurídico español a las necesidades impuestas por la configuración constitucional de la unidad Eurojust.

En la vía sugerida por el *Corpus iuris* y por el *Green Paper*, que queda así positivizada, y *“para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, una ley europea del Consejo podrá crear una Fiscalía Europea a partir de Eurojust... 2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en la ley europea contemplada en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones... 4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza”* (III-274).

Como colofón de la política integracionista seguida en la materia, el art. III-377 permite que el TJE intervenga en los recursos que tengan relación con el ELSJ. El único límite son las operaciones efectuadas por las policías u otros servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros sobre mantenimiento

del orden público y la defensa de la seguridad interior. En estas materias, el TJE no es competente⁷⁷.

IV.4. **Ámbito penal sustantivo**

En el ámbito estricto del ius puniendi es donde el TC “*impulsa probablemente el avance más significativo*”, ya que la cooperación judicial en materia penal no se limitará al reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, sino que se extenderá a la aproximación de las disposiciones legislativas. Lo que reviste una importancia extrema, hasta el punto de que se ha podido mantener que “*seguramente el triunfo inesperado de los más europeístas de la Convención está en el art. 271*”⁷⁸.

En efecto, el art. III-271 dispone que, la ley marco europea, aprobada por mayoría cualificada, “*podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*”.

Se trata, nada más y nada menos, de la decisión comunitaria de asumir capacidad legislativa en materia penal, capacidad de definir delitos y de decidir penas.

Esta posibilidad queda condicionada en los casos en que “*un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley marco europea contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal*”. En estos supuestos el asunto se remitirá al Consejo Europeo, quedando suspendido el procedimiento.

El conflicto se resuelve con un nuevo texto o con la sustitución de la competencia comunitaria por una cooperación reforzada de al menos un tercio de los Estados miembros que

77 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 139.

78 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 136.

quieran hacerlo, con arreglo al proyecto de ley marco de que se trate (art. III-271).

IV.4.1. Los delitos

El catálogo de delitos sobre los que, inicialmente, se prevé la posibilidad de una definición común, es el siguiente: *“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”* (art. III-271).

Pero no es un catálogo cerrado, ya que, *“teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”* (art. III-271).

El propio art. III-271 admite otras posibilidades de ampliación de la lista de delitos sobre los que la UE podrá directamente ejercitar sus facultades de definición: *“2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dicha ley marco se adoptará por el mismo procedimiento empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo III-264”*.

De este modo, la ley marco podrá, también por mayoría cualificada, incorporar al Derecho penal las reglas europeas sobre el ambiente o los mercados de valores⁷⁹.

⁷⁹ VERVAELE, J.A.E., “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”, cit., p. 181.

La profundidad del cambio que introduce el TC no puede, pues, ser minimizada. El constituyente europeo ha optado por un mecanismo de producción “europea” de normas legales, superando la técnica del reconocimiento mutuo, para abordar la regulación de una materia tradicionalmente tan asociada al concepto de soberanía estatal como es la penal. En consecuencia, se abandona la vía del convenio internacional, como forma de aproximación del Derecho de los Estados miembros, y se convierte en regla general la decisión por mayoría cualificada del Consejo de Ministros cuando actúe, compartiéndolo con el Parlamento Europeo, con poder legislativo⁸⁰.

Una lectura sistemática de todo el art. III.271 permitiría, incluso, afrontar, en el contexto de una eventual política criminal común, la utilización de medios jurídico-penales en tutela de los derechos fundamentales de la Parte II del TC. Si, como explicita el Preámbulo a esta Parte II la Carta vincula a los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros, igualmente ha de vincular a todos los poderes europeos que confluyen en el diseño de estrategias político-criminales comunes.

También puede tener proyección penal la configuración de un mercado interno de libre competencia (artículos III-161 y III-162), con libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales (artículos III-130, III,133 y III,134), para cuya garantía se prevé que *“la ley o ley marco europea establecerá las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior”* (art. III-172); idénticos objetivos de aproximación normativa se prevén en materia de inmigración (art. III-267) o de lucha contra el racismo y la xenofobia (art. III.257.3).

80 LÓPEZ GARRIDO, D., *La Constitución Europea*, cit., p. 137.

IV.4.2. Los principios

Los principios en los que ha de basarse la política criminal europea son los propios de todo sistema democrático.

A su tenor, la UE, que reivindica la *“herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho, ... se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; ... quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; [y] desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo”*. La política criminal propia de ese espacio no puede ser sino igualitaria, pluralista, progresiva, justa y común.

Así lo imponen los principios enunciados en el Título VI de la Parte I (igualdad democrática y democracia participativa, con sus secuelas de libertad de asociación, de expresión y de actuación política), y, sobre todo, en la Parte II, que incorpora al TC la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión*, en la que el catálogo de principios que han de inspirar la política europea, y por tanto también la política criminal, alcanza mayor dimensión y claridad.

Se ha dicho que los derechos que integran la Carta, quedan proclamados y no garantizados. En este sentido el TC no avanza demasiado. Y, por otra parte, se trata de derechos que ya estaban consagrados en la normativa comunitaria a la que el TC sustituye⁸¹. Pero eso no les quita valor como criterios político-criminales, ya que, aunque el TC no lo haga, sí abre la puerta para adoptar

81 CRUZ VILLALÓN, P., (*La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, cit., p. 128) advierte críticamente que la Carta se convierte, con su “constitucionalización”, en “una especie de viaje de ida y vuelta, casi en una victoria pírrica... la Carta nace con un papel enormemente reducido, por decirlo suavemente”.

medidas europeas de tutela, entre las que no se pueden excluir las penales. Si, en el momento inicial, la Carta de Derechos ha podido ser motejada de “*convidado de piedra*”, no es menos cierto que, “como en el caso de la estatua del Comendador... tampoco es de descartar que la Carta cobre vida propia... y adquiriera el protagonismo que tanto empeño se ha puesto en negársele”⁸².

La dignidad, la libertad, la igualdad, el respeto a las culturas y tradiciones, la libre circulación de servicios, mercancías, capitales y personas y, en general, los derechos recogidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Preámbulo a la Parte II) vinculan al legislador estatal que, por ejemplo, deberá prescindir de la pena capital⁸³ y de otras penas inhumanas o degradantes⁸⁴, y que no podrá acceder a peticiones de extradición en condiciones que permitan conjeturar el recurso a esa clase de penas por el Estado solicitante⁸⁵.

Pero esos mismos principios pueden autorizar la intervención punitiva de la Unión, que, a su vez, se obliga a protegerlos, ya que se trata de principios que, simultáneamente, se pueden constituir en bienes jurídicos merecedores de tutela penal.

V. ¿LAS BASES DEL DERECHO PENAL EUROPEO?

Resulta inviable la valoración de las perspectivas que abre el TC en materia político-criminal, si éstas no son contempladas

82 CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, cit. p. 129.

83 Art. II-62.2: “*Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado*”.

84 Art. II-64: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

85 Art. II-79.2: “*Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

en su marco necesario: la globalización, entendida como fenómeno de intercambios de naturaleza económica con proyección política⁸⁶.

Supone, así, un dominio de la economía y de sus posibilidades técnicas sobre las técnicas propias del Derecho. Y dado que el Derecho, tradicionalmente, ha sido, sobre todo, un Derecho nacional, la globalización se constituyen en una técnica de dominio de las políticas nacionales⁸⁷.

En ese contexto, la constitucionalización –siquiera sea con los débiles perfiles apuntados– de la política criminal europea, puede verse como alternativa a la globalización del sistema penal. Ha sido considerada, incluso, como *“una respuesta potencial a la globalización, a los retos del capitalismo global, que ‘a escala’ podría ser más democrática que las respuestas espontáneas que, en definitiva, son dirigidas desde fuera por situaciones contingentes o por algún país fuerte”*. Más democrática por no venir impuesta desde el exterior por imperativos globales, sino por representar una reordenación de la propia soberanía de cada Estado de la UE hacia objetivos comúnmente asumidos y que sólo son asequibles actuando en común⁸⁸.

La introducción, por parte del TC, de instrumentos jurídicos de eficacia directa (leyes) o indirecta (leyes marco), puede constituirse en el instrumento superador de anteriores lastres que permita, efectivamente, la articulación de estrategias político-criminales más democráticas por sustraerse al espíritu “globalizador”.

86 Ver TERRADILLOS BASOCO, J. M., “El Derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 203.

87 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, cit., p. 198.

88 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, cit., p. 199.

Pero quizá no haya demasiadas razones para el optimismo.

En principio, el TC acepta y consolida la anterior participación asimétrica de los diferentes Estados⁸⁹.

Aparte de que la eficacia del sistema no depende sólo de la idoneidad de los medios jurídicos elegidos, sino de la aceptación por parte de los Estados de la de la necesidad de instituir un sistema común mínimo de justicia penal, de cuño esencialmente federal⁹⁰.

En efecto, el despliegue de las posibilidades que abre el TC en materia penal depende, en buena medida, de la respuesta que se dé a la tradicional confrontación entre políticas criminales europeas y soberanismo nacionalista.

La posibilidad –de clara impronta “berlusconiana” e introducida en su momento por la Presidencia italiana– de que un Estado miembro pueda someter un proyecto de ley marco al Consejo Europeo cuando considere que dicho proyecto viola principios fundamentales del sistema jurídico interno, supone no sólo un paso atrás en la marcha hacia la integración efectiva, sino incluso la posibilidad de reintroducir el veto político⁹¹.

De paso atrás debe también calificarse, por responder a idéntica óptica hipernacionalista, el mantenimiento del art. 35.5 TUE: *“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los*

89 MANGAS MARTÍN, A., y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., págs. 741-742.

90 BILANCIA, P., “Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia tra realtà inter-governativa e prospettiva comunitaria”, cit., p. 365.

91 VERVAELE, J.A.E., “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”, cit., p. 182.

Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior” (art. III.377).

Sobre el tapete queda otro desafío de importancia no menor: el de sustituir el modelo propio de la Europa de los mercaderes, centrado en la protección fundamentalmente administrativa de los intereses económicos de la Unión, por otro modelo penal de ambiciosa tutela de bienes jurídicos identificados más que con intereses, con derechos subjetivos, con principios y con valores. Pero, hoy por hoy, resulta imposible vaticinar una política penal dirigida hacia la tutela, no ya de los intereses europeos, sino de los derechos sociales de los ciudadanos europeos⁹².

Incluso, se ha detectado la tentación de esquivar las garantías del Derecho penal sustancial mediante mecanismos procesales, tal como, agudamente, detecta DONINI en la institución del Fiscal Europeo: éste tendrá la posibilidad de optar entre los veinticinco ordenamientos de los países miembros, o, incluso, la de pasar de uno –en la fase instructoria– a otro –en el juicio oral– decidiendo así no sólo las reglas procedimentales sino también las normas de parte general aplicables. Y convirtiendo en agua de borrajas todo el catálogo de garantías que constituye la principal aportación de la dogmática jurídico-penal⁹³.

El panorama queda, pues, dibujado por distintas sensibilidades políticas, por diferencias en las concepciones jurídicas, y por dificultades técnicas concurrentes que invitan más a la inercia conservadora que a la alteración radical del status quo⁹⁴. No es menos cierto, empero, que las líneas maestras del modelo constitucional emergente avalan los intentos por superar la inicial, pero no inamovible, cicatería. El reto ahora es avanzar en la tutela

92 APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, cit.

93 DONINI, M., “¿Una nueva Edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico”, cit., p. 213.

94 MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 739.

penal colectiva de aquellos derechos y libertades fundamentales, que también integran los objetivos comunitarios, trascendiendo los aspectos limitadamente económicos y afrontando la tarea de llegar a un Derecho penal propio de una Europa no sólo mercantil, sino progresivamente democrática.