

UN NUEVO MODELO DE DERECHO PENAL TRANSNACIONAL: EL DERECHO PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA¹

Sergio Romeo Malanda

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: Puesto que la delincuencia se ha vuelto global, las respuestas puramente nacionales son insuficientes. Los Estados tienen que mirar más allá de las fronteras para proteger su soberanía. En el pasado, estos han guardado celosamente su territorio, pero en el mundo globalizado contemporáneo, este enfoque hace a los estados más vulnerables, y no menos. Por eso, el Derecho Penal de la Unión Europea, como modelo avanzado de Derecho penal transnacional, es uno de los ámbitos de

Recibido: julio 2012. Aceptado: diciembre 2012

- 1 Este trabajo se enmarca en proyecto de investigación DER2008-00954/JURI “Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos”, concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, del que es investigador principal Carlos María Romeo Casabona. La mayor parte del mismo se ha elaborado durante la estancia de investigación en calidad de *Visiting Academic* realizada durante los meses de Julio y Agosto del año 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tasmania (Australia), así como en el Jane Franklin Hall College, como *Visiting Fellow*.

más rápido crecimiento de la legislación de la UE. También es uno de los ámbitos más controvertidos de la acción de la UE, pues comprende instrumentos que tienen un impacto significativo en la protección de los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo pone en cuestión la soberanía de los Estados. Este artículo tiene como objetivo proporcionar una visión general de los principios generales del Derecho penal sustantivo en la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Palabras clave: Derecho penal transnacional, Derecho penal europeo, globalización, principio de legalidad, Tratado de Lisboa

Abstract: Since crime has gone global, purely national responses are inadequate. States have to look beyond borders to protect their sovereignty. In the past, they have jealously guarded their territory, but in the contemporary globalized world, this approach makes states more, rather than less vulnerable. That is why EU Criminal Law, as an advanced model of Transnational Criminal Law, is one of the fastest-growing area of EU law. It is also one of the most contested fields of EU action, covering measures which have a significant impact on the protection of fundamental rights, while at the same time presenting a challenge to State sovereignty. This article aims to provide an overview of the general principles of substantive EU criminal law under the Lisbon Treaty.

Keywords: Transnational Criminal Law, EU Criminal Law, Globalization, Legality Principle, Lisbon Treaty

I. Introducción: la necesidad de instrumentos supranacionales para la lucha contra la criminalidad transnacional en un mundo globalizado

En la sociedad mundial del siglo XXI se ha generalizado el uso del término “globalización” para definir un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala basado en la comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, lo cual está generando una progresiva unificación de los mercados, sociedades y culturas a través de una transformación de carácter social, económico y político de alcance global.

Más concretamente, en el ámbito económico, la globalización se caracteriza por la integración de las economías locales en una economía de mercado mundial, en la que cobran especial

relevancia las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales. Por su parte, la globalización en la cultura se pone de manifiesto en la integración y el contacto de prácticas culturales, siendo, en este contexto, el factor tecnológico (con mención especial a internet) un mecanismo multiplicador de difusión a gran escala. Pero además de esa interconexión virtual que ofrece internet, también hay que tener en cuenta la interconexión física, basada en la masificación del transporte a escala mundial, y la cada vez mayor facilidad de los desplazamientos.

Así pues, hoy en día, el comercio, la medicina, la tecnología o la cultura, son factores de alcance global. Pero, al mismo tiempo, también lo son el terrorismo o el crimen organizado. Por lo tanto, se requieren mecanismos de actuación que se extiendan más allá de las fronteras nacionales. En efecto, si bien la globalización tiene innegables efectos positivos, tales como la expansión del comercio, las ciencias, las telecomunicaciones y, en cierta medida, también una mayor sensibilidad hacia los derechos humanos, también tiene una cara oscura. En primer lugar, la globalización provoca el declive del poder de los Estados, sin que surjan al mismo tiempo organizaciones internacionales con poder real. En segundo término, ello supone la concentración del poder en manos de unos pocos y la marginación y el empobrecimiento extremo de regiones enteras que facilitan los abusos, la corrupción, el terrorismo, el crimen organizado y la migración ilegal.

En definitiva, puede decirse que la globalización transforma, en cierto sentido, la criminalidad. O al menos ha modificado la percepción de determinadas formas de criminalidad, que son consideradas como un problema global aunque en sí mismas no tengan esa dimensión. Y, en todo caso, aumenta su transnacionalidad.²

2 En este sentido, VOGEL, J.: "Derecho penal y globalización", en *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9 (2005), pp. 115 y ss. V. el informe de la UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, United Nations publication, New York, 2010,

En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que elementos característicos de la globalización están influyendo en la criminalidad actual. Así, la facilidad de movimientos de personas y cosas que caracteriza la globalización (y que es especialmente significativo en el ámbito europeo) hace más probable la existencia de delitos con elementos de extranjería; el avance de las telecomunicaciones hace que se genere nuevas formas de criminalidad a través de sistemas informáticos y de comunicaciones; el incremento de la actividad económica hace aumentar los delitos económicos; etc. A este respecto, el Derecho penal clásico, limitado al territorio nacional, no puede contener de manera suficiente este tipo de delincuencia.³

Ante este escenario, han de implementarse mecanismos para combatir la delincuencia transnacional, entre los que pueden mencionarse los siguientes:

a) Por un lado, un mecanismo clásico ha sido el de ampliar la jurisdicción nacional más allá del principio de territorialidad (que también se ha visto ampliado con la asunción del principio de ubicuidad), adoptando los Estados principios tales como los de personalidad (activa y/o pasiva), de protección de intereses o de justicia universal (cfr. art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

b) Por otra parte, resulta oportuno aprobar instrumentos de lucha contra la criminalidad de carácter supranacional, especialmente en dos niveles: a) en el ámbito del *Derecho penal transnacional sustantivo* se trataría de establecer criterios uniformes de criminalización de las conductas lesivas, allí donde sea posible y necesario, a través de mecanismos de armonización de

passim., en línea: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf (última consulta: 12 de junio de 2012).

- 3 SIEBER, U: "El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo", en Albrecht, H.-J. / Sieber, U. / Simon, J.-M. / Schwarz, F. (comps.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 32.

las figuras típicas y los criterios de atribución de responsabilidad penal; y b) en el ámbito del *Derecho penal transnacional procesal* se trataría de elaborar instrumentos eficaces de cooperación penal internacional (los más comunes son los tratados de extradición y auxilio judicial —que incluye las comisiones rogatorias, la notificación de documentos y resoluciones judiciales, la comparecencia de peritos, testigos y acusados, etc.—). Y siempre que sea posible, sustituir los mecanismos clásicos por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Por ello, el carácter transnacional de la delincuencia requiere la armonización de las legislaciones nacionales a fin de evitar “islas de impunidad”,⁴ y/o la creación de un ordenamiento jurídico supranacional que se ocupe eficazmente de coordinar su persecución y represión, así como el establecimiento de un sistema eficaz de cooperación policial y judicial. Como ha dicho Vogel, “la globalización conduce a que la importancia de la legislación penal y de la política criminal del Estado nacional disminuya”, siendo la “interlegalidad” el fenómeno clave del Derecho penal de la globalización, lo cual conduce a nuevos agentes, formas, orientaciones y contenidos de la legislación penal.⁵ Indiscutiblemente, la Unión Europea se convierte en uno de esos nuevos agentes.

El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión general de los instrumentos jurídicos que el Derecho de la Unión Europea ofrece para la lucha contra la delincuencia. Para ello, en primer lugar analizaremos el enclave del nuevo Derecho penal de la Unión Europea en el marco del Derecho penal transnacional. A continuación expondremos las principales novedades introducidas en el Derecho comunitario con la aprobación del Tratado de Lisboa, y más concretamente cuáles son las novedades en el ámbito del Derecho penal sustantivo. Quedan, por lo tanto, fuera de este trabajo el análisis de los instrumentos jurídicos propios del Derecho penal de naturaleza procesal o los mecanismos de

4 V. VOGEL, “Derecho penal y globalización”, p. 119.

5 VOGEL, “Derecho penal y globalización”, p. 117.

colaboración policial y judicial. Además, aunque, según lo dicho, este trabajo se centrará en el Derecho penal sustantivo, tampoco será posible abordar todas las cuestiones que a buen seguro irán surgiendo según se vaya produciendo un desarrollo normativo en esta área. Así, en el presente trabajo nos centraremos en la exposición de los fundamentos del Derecho penal de la Unión Europea. Si bien del Tratado de Lisboa no se desprende una teoría del delito y de las consecuencias jurídicas, es previsible que ello acabe conformándose a través de las normas penales de derecho derivado y, muy especialmente, de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar las mismas. Esta cuestión, de indiscutible trascendencia teórica y práctica, queda pendiente para estudios posteriores.

II. El Derecho penal de la Unión Europea como sistema de Derecho penal transnacional

Es importante diferenciar claramente, siguiendo a Boister,⁶ los términos Derecho penal transnacional (referido los crímenes transnacionales) y Derecho penal internacional (referido los crímenes internacionales *stricto sensu*).⁷ Tal y como se ha dicho, los referidos efectos lesivos de la delincuencia económica se ven favorecidos por el elemento ya mencionado de la transnacionalidad, entendida esta como los fenómenos que trascienden las fronteras estatales, afectando normas de diversos países o teniendo un impacto de algún tipo en otro Estado.

El Derecho penal transnacional se diferencia claramente, de este modo, del Derecho penal internacional, pues a diferencia de este, aquél no genera responsabilidad penal directa en Derecho

6 V. BOISTER, N.: “Transnational Criminal Law?”, en *European Journal of International Law*, nº 5 (2003), pp. 953-976. V. también, SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, pp. 31 y ss.

7 Estos son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998).

internacional. Mientras que el Derecho penal internacional abarca una serie de delitos (los regulados en los arts. 5 a 9 del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional) que están firmemente asentados en el Derecho internacional consuetudinario por afectar a bienes jurídicos especialmente significativos cuyo titular es la comunidad internacional en su conjunto y, por ello, quedan sometidos a la jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional, el Derecho penal transnacional es un sistema de obligaciones interestatales que dan lugar a leyes penales nacionales. Los tratados internacionales que se ocupan de los crímenes transnacionales únicamente imponen obligaciones a los Estados parte de aprobar e implementar ciertos mecanismos de lucha contra la criminalidad, por ejemplo, a tipificar determinadas conductas. El incumplimiento de dichos tratados dará lugar únicamente a responsabilidad internacional del Estado. La persecución de las conductas delictivas previstas en esos convenios internacionales únicamente se llevará a cabo cuando el Estado en cuestión haya incorporado a su ordenamiento penal nacional las disposiciones del tratado de que se trate.

Los crímenes transnacionales protegen bienes jurídicos de un segundo nivel (no se trata de la protección de la comunidad internacional o la humanidad como tal) y comprenden conductas de diferente naturaleza, cuyo elemento común es que afectan a intereses de carácter social, económico, cultural o de otro tipo que conciernen a todos o a un número muy significativo de Estados. El resto de conductas que únicamente afecta a bienes jurídicos de interés nacional (o sobre cuya lesividad no existe un acuerdo amplio de la comunidad internacional) quedarán al margen del Derecho penal transnacional (y por supuesto del Derecho penal internacional), sin perjuicio que sean constitutivas de delito en un Estado determinado.

Existe un doble fundamento para la represión de las conductas que integran el denominado Derecho penal transnacional:

- a) Por un lado, los delitos transnacionales surgen para reprimir conductas con un elemento transfronterizo

(elemento transnacional *fáctico*), (1) bien porque el hecho se realiza en más de un Estado, (2) bien porque se comete en un Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se ha llevado a cabo en otro Estado; (3) bien porque se comete en un Estado pero involucra a un grupo criminal organizado que lleva a cabo actividades delictivas en más de un Estado; o (4) bien porque se comete en un Estado pero tiene efectos relevante sobre el territorio de otro Estado.

- b) Por otro lado, también pueden ser considerados delitos transnacionales aquellos que, sin requerir la existencia de un elemento transfronterizo, pretenden evitar y reprimir conductas cuya comisión produce tal rechazo que existe un consenso internacional sobre su ilegalidad (elemento transnacional *normativo*). Este elemento transnacional normativo estará vinculado normalmente a la violación de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de la tortura, la trata de seres humanos o el terrorismo), pero ello no es un requisito necesario. De hecho, los casos más graves y flagrantes de violaciones de derechos humanos fundamentales tendrán el consenso necesario entre la comunidad internacional para ser incluidos dentro del Derecho penal internacional.

Cuando está presente uno de esos elementos transnacionales (el *fáctico* o el *normativo*), más aún si concurren ambos, los Estados serán proclives a llegar a acuerdos internacionales para proscribir ciertas conductas.⁸

8 Evidentemente, un crimen transnacional podría llegar a cambiar su *status* y pasar a ser considerado un crimen internacional si la comunidad internacional así lo considera oportuno. Unas veces no se hará por la falta de un consenso internacional sobre la lesividad de la conducta (por ejemplo, el tráfico de drogas). En otras ocasiones, ello se deberá a razones de tipo más pragmático, por ejemplo a desacuerdos sobre la mejor manera de redactar la nueva

De esta forma, con el propósito de luchar más eficazmente contra la criminalidad transnacional, diversos organismos internacionales han fomentado la aprobación de diversos convenios internacionales de naturaleza penal. En el ámbito del *Derecho penal transnacional sustantivo* se trataría de establecer criterios uniformes de criminalización de las conductas lesivas, allí donde sea posible y necesario, a través de mecanismos de armonización de las figuras típicas y los criterios de atribución de responsabilidad penal. Las dos organizaciones internacionales más activas en este cometido son la Organización de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, que desde hace décadas vienen trabajando en esta dirección. Así, son numerosos los instrumentos jurídicos de Derecho penal transnacional que se han aprobado con la finalidad mencionada, instrumentos que muchas veces se superponen y generan una enorme dispersión normativa, existiendo un riesgo cierto de pérdida de eficacia de dichas normas.

La Organización de Naciones Unidas lidera la promoción de convenios internacionales de *carácter universal*, especialmente en materia de lucha contra el terrorismo, el crimen organizado, la corrupción, la piratería (marítima y aérea) o el tráfico de drogas. Por su parte, en el seno del Consejo de Europa se han aprobado convenios internacionales de ámbito *regional* en materia de corrupción, el blanqueo de capitales, la cibercriminalidad, la trata de seres humanos, o la explotación sexual infantil.

Sin restar valor a estos Convenios, el principal problema de este modelo de Derecho penal transnacional basado en la aprobación de tratados internacionales es que su eficacia depende en gran medida de la voluntad soberana de los Estados, los cuales deben, en primer lugar, ratificar los Convenios y luego convertirlos en Derecho nacional. Además, si en un determinado momento se produce un cambio de criterios, siempre se puede denunciar el

figura delictiva (de aplicación directa por el Tribunal Penal Internacional), o la imposibilidad de que el Tribunal Penal Internacional pueda asumir la carga de trabajo que ello supondría (por ejemplo, los delitos de terrorismo o torturas).

convenio en cuestión, o simplemente no aplicarlo, en cuyo caso únicamente quedaría el recurso a las reglas de Derecho internacional sobre incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de un Estado miembro, de escasa eficacia en un gran número de ocasiones. Además, debido a las grandes diferencias existentes entre los países signatarios (tanto respecto al sistema jurídico propio, como al modelo de sistema penal adoptado o a diferencias culturales que influyen en el modo de configurar los delitos), estos convenios tienden a ser muy poco concretos y a dejar gran libertad a los Estados para establecer el contenido y alcance de las figuras delictivas, así como para la fijación de las consecuencias jurídicas. Ello supone que la armonización normativa buscada no llega a lograrse con toda la intensidad que sería deseable.

A diferencia de este modelo de Derecho penal transnacional *débil*, el Derecho penal de la Unión Europea puede catalogarse como un modelo de Derecho penal transnacional *fuerte*, pues debido a la especial naturaleza de la organización que lo elabora y aplica, presenta mecanismos más avanzados y eficaces de los que pueden encontrarse en otros instrumentos jurídicos, como los acabados de mencionar. De aquí en adelante nos centraremos en el análisis de las características más relevantes de este Derecho penal de la Unión Europea.

III. La Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

a) El Derecho originario tras el Tratado de Lisboa

El conocido como Tratado de Lisboa es un tratado clásico de reforma, que modifica los tratados fundacionales de la Unión Europea y de la Comunidad Europea (éste cambia de nombre), sin sustituirlos por uno nuevo. La primera de esas innovaciones es la extinción de la Comunidad Europea y su sustitución por la Unión Europea, con personalidad jurídica propia, lo que tiene como consecuencia que el Tratado de la Comunidad Europea pase a denominarse “Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión

Europea”. Los dos Tratados (el de la Unión Europea -TUE- y el de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE-) tienen la misma jerarquía normativa.

Además, el Tratado de Lisboa incorpora al Derecho originario de la Unión, con el mismo valor jurídico que los Tratados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) —art. 6.1 TUE—. Posteriormente volveremos sobre esta cuestión, dada la especial relevancia de esta incorporación en la construcción de un modelo de Derecho penal europeo.

Estos tres textos jurídicos, a saber, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, forman una suerte de “Constitución Europea”.⁹ Como dicen Aldecoa Luzárraga/Guinea Llorente, “[l]a eliminación del término «Constitución» no significa que ésta no lo sea. Ya hace muchos años que el Tribunal de Justicia dictaminó que los Tratados eran la Constitución material comunitaria. Una Constitución no lo es porque así se llame sino por lo que regula. Y en este sentido, si el contenido de la antigua Constitución y el Tratado de Reforma es muy similar, sólo un cambio de nombre no va a alterar sustancialmente su naturaleza”.¹⁰

b) El modelo político adoptado por la Unión Europea: ¿Estado Federal u organización internacional?

El modelo jurídico-político europeo que se instaura con el Tratado de Lisboa simplifica en gran medida el existente hasta la fecha, y deja a la Unión Europea como una organización de referencia, dotada ya de personalidad jurídica propia. La doctrina discute, no obstante, el modelo político instaurando tras

9 BERNARDI, A., “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, en *Revista Penal*, n° 27 (2011), p. 18.

10 ALDECOA LUZÁRRAGA, F./GUINEA LLORENTE, M.: *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30.

el Tratado de Lisboa, a medio camino entre un Estado Federal *stricto sensu* (pongamos el ejemplo de los Estados Unidos de América, Alemania o Australia) y una organización internacional al uso (como pudiera ser la Organización de las Naciones Unidas o el Consejo de Europa).¹¹

Según Rodríguez Iglesias, “no cabe transponer al ámbito europeo el modelo democrático de un Estado federal, sino que es necesario desarrollar una democracia supranacional con características específicas”.¹² De este modo, se ha reconocido que la Unión Europea actúa conforme a un modelo político propio, pues aplica un modelo federal en el caso de las políticas comunes¹³ y

-
- 11 BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 57, 59 y 61 y s., afirman que la Unión Europea “no es un Estado federal, ni una confederación de Estados, sino un *ente supranacional sui generis*” (en cursiva en el original), si bien el mismo tiempo señalan que el Tratado de Lisboa es “un texto normativo constitucional para Europa” y que la regulación prevista en materia penal, “significa un embrión de una (sic) Derecho penal federal europeo”, con lo que “se generan en la Unión Europea para el Derecho penal prácticamente los mismos problemas que en cualquier ente político en el que conviven dos ordenamientos jurídicos autónomos”.
 - 12 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: “Competencia de la Comunidad europea en el ámbito penal y procesal penal”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 320. También LADENBURGER, C.: “Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method”, en *European Constitutional Law Review*, nº 4 (2008), p. 30, se refiere al método comunitario como un “modelo único de democracia supranacional”.
 - 13 Para llegar a esta conclusión no hace falta más que analizar el marco institucional existente. La Unión Europea se presenta como un ente con personalidad jurídica propia, dotado de un *poder legislativo* (compartido por el Parlamento y el Consejo —por lo tanto, podríamos decir, con una estructura bicameral—), un *poder ejecutivo* (la Comisión Europea, con un presidente, elegido por el Parlamento Europeo a propuesta del Consejo Europeo -art. 17.7 TUE- y una serie de comisarios —ministros—); y un *poder judicial* (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyas decisiones vinculan tanto a la Unión, como a los Estados miembros y a los ciudadanos). La Unión tiene competencia legislativa (en algunos casos exclusiva) sobre aquellas materias acordadas por los Estados miembros, que libremente han cedido parte de su soberanía

confederal o intergubernamental en el caso de la Política Exterior y de Seguridad Común. En cualquier caso, hay que señalar que es el componente federal el que destaca especialmente, en detrimento de lo intergubernamental. Además, se caracteriza por su carácter altamente descentralizado, dejando que sean los Estados miembros los que tomen decisiones legislativas y ejecutivas en última instancia.

Independientemente del nombre que se le quiera dar,¹⁴ lo que sí parece que puede afirmarse es que la Unión Europea se configura como una federación de Estados, aunque no sea propiamente un Estado federal.¹⁵ De ahí se deriva que el modelo de Derecho penal europeo no sea un modelo de Derecho penal “federal” *nacional* (por lo tanto, no se puede esperar que coincida con los Derechos penales federales propios de verdaderos Estados federales), sino un modelo (*sui generis*) de Derecho penal “federal” *supranacional* (o si se prefiere, cuasifederal). En consecuencia, es de esperar que el Derecho penal europeo ofrezca instrumentos jurídicos de lucha contra la criminalidad desconocidos hasta el momento en el ámbito del Derecho penal transnacional, en los términos más arriba expuestos, pero sin llegar aún a asemejarse a los mecanismos propios del Derecho penal nacional. Como veremos posteriormente, el uso de directivas europeas (en lugar de normas jurídicas de aplicación directa) es un buen ejemplo de ello.

Lo anteriormente expuesto es importante a efectos de entender mejor el modelo de sistema penal europeo que surge del

en favor de la Unión. No es necesario un gran esfuerzo para denominar a una comunidad de estados organizada de esta manera como una Federación.

- 14 En la literatura pueden encontrarse diversos términos para aludir al modelo de construcción europea, tales como “federalismo intergubernamental”, “federalismo supranacional”, “federalismo transnacional” o “federalismo internacional”.
- 15 V. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Modelos del sistema europeo de Derecho penal: ¿unificación *versus* armonización?”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 329, 332, 337 y 345.

Tratado de Lisboa, a partir del cual desaparece el sistema tradicional de pilares y el instrumento jurídico conocido como Decisión Marco, que requería la toma de decisiones por unanimidad.

De esta manera, el Derecho penal europeo queda configurado, al menos formalmente, como un Derecho penal de naturaleza federal, no muy diferente del de otros modelos federales de Derecho penal, como pueden ser el estadounidense o el australiano, donde conviven un Derecho penal federal (delitos federales) y los Derechos penales propios de los estados federados.¹⁶ Son, en consecuencia, dos niveles normativos de legislación penal, emanada de órganos legislativos diferentes. La legislación penal federal persigue conductas que afectan a aquellas materias que son competencia federal,¹⁷ y es, en consecuencia, aplicable a toda la federación, mientras que el ámbito de aplicación de los derechos

16 V. un análisis comparativo de diversos modelos federales de Derecho penal, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Los derechos penales federales y el Derecho penal europeo”, en Díez-Picazo, Luis María / Nieto Martín, Adán (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 41 y ss. Como dice esta autora, “[s]iendo una nota característica de la UE su configuración como sistema casi federal que se acompaña de técnicas de cooperación avanzada, el estudio empírico de los modelos de integración existentes en algunos Estados de corte federal pueden ser de gran ayuda como experiencia de aprendizaje de nuevas soluciones, correcciones e innovaciones susceptibles de trasladarse al ámbito de la Unión”. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 276 y 278.

17 La competencia penal en los Estados federales suele centrarse en tres ámbitos: a) cuestiones que afectan a los intereses e instituciones del gobierno federal; b) conductas de difícil persecución por las autoridades locales o estatales, normalmente debido a la existencia de un componente interestatal; y c) necesidad de respaldar el cumplimiento de la normativa dictada por la Federación en el ejercicio de sus competencias. V. FERRERES COMELLA, V.: “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, en Díez-Picazo, L.M. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 23. Si nos fijamos en estos ámbitos de intervención penal a través de legislación federal, vemos que coinciden con aquéllos en los que se ha atribuido competencias penales a la Unión Europea, tal y como se expondrá posteriormente.

penales estatales es únicamente el Estado federado y se ocupa de asuntos y materias cuya competencia reside en los Estados, sin perjuicio de que pueda producirse un área de competencias compartidas y, en consecuencia, una solapamiento entre la legislación federal y estatal, también en materia penal.¹⁸

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que hay rasgos que diferencian el sistema penal europeo que surge del Tratado de Lisboa del propio de los Estados federales.¹⁹ Sin perjuicio de que posteriormente volvamos sobre alguna de las cuestiones siguientes, cabría mencionar ahora brevemente algunas características:

a) Aunque la Unión Europea cuenta con normas que tienen un efecto directo y general (los reglamentos), para la materia penal únicamente se ha previsto el empleo de directivas²⁰ (que aunque tienen eficacia general requieren un acto de transposición por parte de los Estados miembros). Es decir, el órgano legislativo europeo no está capacitado para crear directamente delitos o imponer determinadas penas, sino que únicamente puede (y ello no es poco) decir a los Estados en qué sentido deben legislar en materia penal, de tal modo que el hecho podrá ser perseguido, o la pena en cuestión impuesta, no cuando lo decida el legislador europeo, sino cuando lo decida el legislador estatal, siguiendo, eso sí, las pautas marcadas por aquél. Nos hallamos, en definitiva, como puntualiza Silva Sánchez, “ante una ley nacional «condicionada» por la normativa europea, en términos de «mandatos europeos de protección represiva» (y, eventualmente, «de criminalización»”.²¹ En efecto, si volvemos al ejemplo de los

18 V. FERRERES COMELLA, “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, pp. 28 y ss.

19 En cualquier caso, hay que tener en cuenta que tampoco los sistemas penales de los Estados federales coinciden en todos sus extremos, y que cada Estado, dentro de su libertad soberana, puede establecer el modelo penal que más le convenga. Así, algunos Estados federales, como Alemania o Canadá, consideran el Derecho penal como una materia de competencia federal.

20 Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación con la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

21 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho*

EEUU, en este país no solo las leyes federales no requieren de las leyes estatales para desplegar sus efectos, sino que, según ha declarado el Tribunal Supremo de aquel país, resultaría contrario a la Constitución federal que la federación dictase una ley cuya ejecución quedara encomendada a los legisladores estatales, pues de lo contrario resultaría difícil para la ciudadanía identificar cuál es la autoridad normativa verdaderamente responsable de las leyes existentes, lo que debilitaría los procesos democráticos de rendición de cuentas.²²

b) En principio, la normativa penal se aprobará a través del procedimiento legislativo ordinario (previsto en el art. 294 TFUE), aunque el Tratado prevé mecanismos para paralizar y/o dificultar la toma de decisiones en materia penal si un Estado considera que un proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal. El procedimiento legislativo ordinario es el de codecisión entre el Parlamento (que representa a los ciudadanos) y el Consejo (donde están representados los Estados). De esta manera se pone de manifiesto la doble legitimidad de la Unión Europea (unión de ciudadanos y unión de Estados), actuando el Consejo, cada vez más, a modo de una segunda cámara legislativa²³.

c) La Unión Europea carece de un entramado jurisdiccional federal. Ello significa que la aplicación del Derecho comunitario les corresponde a los jueces nacionales, que aplicarán las normas procesales nacionales, sin perjuicio de que también en este ámbito se haya dado comienzo a un proceso de europeización.²⁴

penal económico, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 259.

22 Así, Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *New York v. United States*, 505 US 144 (1992), citada por FERRERES COMELLA, “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, pp. 26 y s, con nota 12.

23 SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 89; ALDECOA LUZÁRRAGA/GUINEA LLORENTE, *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, p. 177.

24 Para SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 259, ello sería otro ejemplo claro de que el sistema penal

Además, hay que reconocer el papel de intérprete supremo del Derecho comunitario que ostenta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cfr. arts. 19 TUE y 251 y ss. TFUE). No obstante, el Tratado de Lisboa prevé la creación de una Fiscalía Europea “para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión” (art. 86.1.I TFUE), lo cual puede abrir una vía para dotar de mayores competencias penales a la Unión (por ejemplo, creando una Sala de lo Penal en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).²⁵

c) Valores y principios esenciales de la construcción europea en el Tratado de Lisboa

El art. 2 TUE recoge cuáles son los valores sobre los que se asienta el proyecto europeo: “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.” Coherentemente con esta idea, la Unión Europea se vincula jurídicamente a la Carta de los Derechos Fundamentales

europeo no se asemeja a un modelo federal. Sin embargo, ello no es necesariamente así, pues un Estado federal de corte “clásico” como es Australia, también carece de tribunales penales federales y de un proceso penal federal, recayendo la labor de juzgar los delitos federales en los tribunales penales estatales, que aplicarán el Derecho penal federal conforme a las reglas procesales estatales. La unificación de doctrina se producirá a través del único órgano judicial común en toda la Federación en materia penal, el Tribunal Supremo (*High Court*), que en este país hace también las veces de Tribunal Constitucional (cfr. arts. 68.2, 79 y 80 *Judiciary Act 1903*). Como afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, p. 276, “la descentralización no implica la inexistencia de un federalismo, sino la existencia de un federalismo descentralizado”.

- 25 SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 85, aboga por la creación de un tribunal supranacional de casación para unificar la jurisprudencia.

de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Lo anterior se completa con una serie de disposiciones sobre los principios democráticos (arts. 9 a 12 TUE).

El respeto a estos valores en el ejercicio de sus competencias no es únicamente una obligación política de la Unión. Muy al contrario, su incumplimiento podría justificar la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁶ Dicho control se realizará esencialmente a través de los recursos de anulación (art. 263 TFUE) y de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE).

Por su parte, el art. 3 TUE recoge los objetivos de la Unión Europea. Así, se dice que “[l]a Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos” (apartado primero). En los apartados siguientes enumera otra serie de objetivos, tales como la libre circulación de personas, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza o la protección de los derechos humanos.

Junto con los valores y principios expresamente recogidos en el Tratado de Lisboa, no hay que olvidar otros principios propios del Derecho comunitario, aunque no tengan un reconocimiento expreso en alguno de los Tratados y que pueden ser de gran relevancia en la construcción de un Derecho penal europeo, como es el caso del principio de primacía y, vinculado a este, el principio de interpretación conforme al Derecho comunitario. En efecto, aunque el Tratado de Lisboa no recoge expresamente este principio, el principio de primacía sigue rigiendo como principio fundamental del Derecho comunitario, formulado y afirmado por la jurisprudencia comunitaria.²⁷

Este principio de primacía tiene una doble vertiente: a) por un lado, en su *vertiente positiva*, “la invocación de atentados

26 En este sentido, ALDECOA LUZÁRRAGA/GUINEA LLORENTE, *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, p. 105.

27 V. STJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa c. Enel* y Declaración nº 17 del tratado de Lisboa, relativa a la primacía.

a los derechos fundamentales, tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, o a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de ese Estado”;²⁸ b) por otra parte, según su *vertiente negativa*, “el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.²⁹ Además, se impide la aprobación de otras semejantes en el futuro.

Lo anterior es relevante ya que este principio ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia también en asuntos penales, lo cual supone que deba ser tenido en cuenta en la elaboración de un Derecho penal de la Unión Europea. Así ha sido el caso de la conocida STJCE de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, *Maria Pupino*, relativo al principio de interpretación conforme respecto de las Decisiones marco.³⁰

28 STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

29 STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *Simmenthal*. V. un ejemplo de ello, MÜLLER-JACOBSEN, A.: “Supremacy of EU Law in National Criminal Trials”, en *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 0 (2009), edición especial, pp. 7 y ss.

30 Sin embargo, en esta resolución, el propio Tribunal establece como límites al principio de interpretación conforme el respecto a los principios generales del Derecho (art. 43) y, en particular, a los de seguridad jurídica y no retroactividad (punto 44), y la prohibición de interpretación *contra legem* (punto 47). V. más ampliamente a este respecto, SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la unión europea. La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones marco: ¿hacia el efecto directo? Especial referencia al caso *Pupino*”, en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal*

IV. Fundamentos del Derecho penal de la Unión Europea

a) El Derecho penal europeo en el Tratado de Lisboa

El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es, claramente, una de las áreas en la cual se ha producido un mayor incremento de atribuciones por parte de la Unión Europea, siendo los avances de una gran relevancia. No es ya que se haya producido una profundización en el modelo preexistente, sino que también se ha producido una sustancial atribución de nuevas competencias. Como afirman Bajo Fernández/Bacigalupo Saggese, “[e]l Derecho penal europeo se ha convertido en los últimos años en el escenario más innovador de la evolución de la ciencia del Derecho penal (...)”.³¹

Así, en lo que a nuestro objeto de estudio interesa, con el Tratado de Lisboa desaparece el método intergubernamental para producirse una verdadera comunitarización de las materias que pertenecían al extinto Tercer Pilar, es decir, la cooperación policial y judicial en asuntos penales [art. 4.2.j) TFUE], además de recogerse expresamente la competencia de la Unión para dictar normas jurídicas sobre Derecho penal sustantivo. No puede negarse la enorme relevancia política de la cesión de competencias en estas materias, dado que ello afecta a ámbitos muy sensibles para la soberanía de los Estados.

El art. 67 TFUE recoge el ámbito y los objetivos del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, haciendo especial referencia a las cuestiones penales en su apartado 3: “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo

de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 294 y ss.

31 BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, p. 45.

de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”. De este modo puede observarse que las competencias de la Unión abarcan tanto la prevención como la investigación y represión de delitos.

Aunque la mayor parte de las referencias al sistema de justicia penal en el Tratado de Lisboa se encuentran en el Título relativo al “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” del TFUE (arts. 67-76),³² el art. 325 TFUE, relativo a la lucha contra el fraude, puede servir también de base legal para proceder a la aprobación de normativa penal. Además, no hay que olvidar que también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pasa a formar parte del Derecho Originario de la Unión, contiene disposiciones de gran relevancia para la elaboración del Derecho penal europeo, tal y como veremos posteriormente.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el Tratado de Lisboa recoge formalmente por escrito que la Unión tiene competencias en materia penal, ello no significa que antes de la entrada en vigor del mismo no fuera así. Muy al contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)³³ ya se había manifestado en el sentido de que la Unión Europea podía legislar, dentro del Primer Pilar (el llamado “Pilar Comunitario”) sobre materias que fueran competencia de la Unión, pudiendo incluso prever normas de contenido penal si ello resultara imprescindible para la eficacia de la regulación en cuestión.³⁴

32 V., no obstante, los Protocolos nº 21, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, y nº 22, sobre la posición de Dinamarca.

33 En este trabajo se utilizará de forma indistinta la nomenclatura “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (TJCE) y “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (TJUE). El uso de uno u otro término dependerá del nombre de dicho órgano judicial en el momento en el que resulta aludido.

34 Esta atribución competencial es similar a la establecida en un Estado federal como el estadounidense desde el caso *McCulloh v. Maryland*, de 1819, en el que el Tribunal Supremo estableció que la Federación puede tener competencias de carácter implícito, de tal manera que el Congreso puede adoptar cuantas leyes sean necesarias y adecuadas para poder desarrollar correctamente las competencias atribuidas a la Federación, incluyendo naturalmente

En efecto, así lo estableció el TJCE en sus sentencias de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo* (medio ambiente), y de 23 de octubre de 2007, asunto C-440/05, *Comisión c. Consejo* (represión de la contaminación procedente de buques). Estas sentencias venían a aclarar el reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar en materia penal, aunque el Derecho penal como tal no constituyese una política comunitaria.³⁵ Muy resumidamente, el TJCE se pronunció en un doble sentido: a) por un lado, confirma que la Comunidad es competente para imponer a los Estados miembros la obligación de establecer sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias cuando estas resulten indispensables para garantizar la efectividad de las normas adoptadas para combatir los graves atentados contra el medio ambiente. De este modo, el Tribunal evita pronunciarse sobre si esta competencia es extensible a otra materia o es aplicable únicamente al medio ambiente; y b) por otro lado, establece que la determinación del tipo y el grado de las sanciones a imponer no forma parte de las competencias comunitarias y, en consecuencia, ello queda reservado al ámbito del tercer pilar.

Las dudas generadas por estas sentencias han quedado resueltas tras la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por un lado, hoy es claro que la competencia penal de la Unión Europea no se limita únicamente al medio ambiente; y por otro lado, al desaparecer el tercer pilar y las Decisiones Marco, la Unión podrá utilizar la figura jurídica de las directivas tanto para imponer a los Estados miembros la obligación de establecer sanciones penales, como para determinar el tipo y el grado de las sanciones a imponer.

disposiciones penales. V. FERRERES COMELLA, "La federalización del Derecho penal: el caso americano", pp. 22 y s., y 26.

- 35 En contra de esta línea jurisprudencial del TJCE, CARPIO BRIZ, D.: "Derecho penal europeo: ¿imperio de la Ley o fagotización de competencias para imperar?", en Luzón Peña, D.-M. (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 199.

b) El “déficit democrático” como crítica al Derecho penal europeo

Indudablemente, el Derecho penal exige un alto nivel de legitimación.³⁶ Una de las principales críticas que se ha venido haciendo a la Unión Europea y, en especial, a la normativa penal que emanaba de sus órganos, ha sido la del “déficit democrático”. Dicho déficit democrático se debería, por un lado, a la falta de legitimidad de las instituciones que elaboran tales disposiciones;³⁷ y por otro, a la escasa influencia de los ciudadanos en la adopción de las mismas. A ello cabría añadir un tercer elemento, como es la falta de un sistema eficaz de control de las decisiones adoptadas por los órganos competentes.

Lo cierto es que este déficit ha sido tenido muy presente durante la elaboración del Tratado de Lisboa, el cual recoge, como uno de sus objetivos fundamentales, acercar la Unión al ciudadano.³⁸

En los arts. 10 y 11 TUE se recogen los dos principios políticos que definen el modelo democrático de la Unión Europea, esto es, el principio de democracia representativa y el principio de democracia participativa. Como afirman Aldecoa Luzárraga/Guinea Llorente, “ambos son complementarios, enriquecen la dimensión democrática, permitiendo cada uno de ellos a su manera la participación del ciudadano como actor político, o lo que es lo mismo, la manifestación de la doble legitimidad.”³⁹

36 VOGEL, “Derecho penal y globalización”, p. 119.

37 Como señala SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 253, “la legalidad penal exige del legislador (...) una dimensión de legitimidad: la democracia”.

38 V. más ampliamente, CUESTA LÓPEZ, V.: “The Lisbon Treaty’s Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy”, en *European Public Law*, nº 1 (2010), pp. 123 y ss.

39 ALDECOA LUZÁRRAGA/GUINEA LLORENTE, *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, p. 118. Para SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 262, la estructura de una democracia representativa y participativa (deliberativa) configura la dimensión político-formal del principio de legalidad.

A este respecto, hay que recordar que, como regla general, la normativa penal se aprobará a través del procedimiento legislativo ordinario (previsto en el art. 294 TFUE), es decir, por un sistema de codecisión entre el Parlamento (que representa a los ciudadanos) y el Consejo (donde están representados los Estados), lo cual, siendo un gran avance,⁴⁰ sigue generando en un sector de la doctrina algunas dudas sobre si cumple todas las exigencias democráticas deseables.⁴¹ Ahora bien, a este respecto no podemos olvidar que si la Unión Europea tiene actualmente atribuida una competencia para legislar sobre asuntos penales, con el correspondiente efecto vinculante para los Estados miembros, siendo el procedimiento para hacerlo el de codecisión, es precisamente porque los ciudadanos europeos, a través de sus respectivos órganos de representación, lo han querido así. En el caso de España, hay que recordar que el Parlamento español ratificó el Tratado

40 Para NIETO MARTÍN, A.: “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)”, en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 339 y s., “el procedimiento de codecisión puede aspirar a satisfacer un estándar mínimo del *nullum crimen sin lege* parlamentaria”. En el mismo sentido, PÉREZ DEL VALLE, C., “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, *InDret*, nº 4 (2008), p. 12; AA.VV.: “Manifiesto sobre la política criminal europea”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 12 (2009), p. 728; BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, p. 32; ÖBERG, J.: “Union Regulatory Criminal Law Competent alter Lisbon Treaty”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, nº 19 (2011), p. 289, nota 1.

41 Para BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, pp. 63 y s., esta circunstancia por sí misma no es suficiente para corregir el déficit democrático. También ACALE SÁNCHEZ, M.: “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2005), pp. 353 y s., entiende que el Tratado de Lisboa no resuelve satisfactoriamente esta cuestión ya que el Consejo (colegislador), compuesto por un representante ministerial de cada uno de los Estados miembros, carece de suficiente legitimidad democrática. Y además, las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia le corresponde definir las al Consejo Europeo (art. 65 TFUE).

de Lisboa por medio de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.⁴² Es decir, que ha sido el Parlamento español, con su aceptación expresa, quien ha legitimado ese nuevo mecanismo de aprobación de normas penales, a las cual ha decidido libremente someterse.⁴³

Además, pese a reconocer que, en esta materia, el Consejo tiene una cierta posición dominante frente al Parlamento, ello es en tanto que el Consejo puede obstaculizar la aprobación de normas de contenido penal (sustantivo o procesal). Sin embargo, una norma europea de esta naturaleza no podrá dictarse sin el voto favorable del Parlamento Europeo.

Con lo anterior quiere decirse que el tan manido “déficit democrático” que aún pudiera subsistir tras el Tratado de Lisboa no puede esgrimirse, a nuestro juicio, para restar legitimidad democrática a las normas penales que se dicten de acuerdo con el procedimiento establecido (¿acaso se resta legitimidad a las normas civiles que se han dictado desde la constitución de las Comunidades Europeas?). Lo relevante, pues, no es si el procedimiento legislativo actual cumple con los más altos estándares

42 BOE de 31 de julio de 2008.

43 En este mismo sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en materia penal sobre los Derechos penales nacionales”, en Cuerda Riezu, A. / Jiménez García, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 576. Es más, como oportunamente advierte GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Derecho penal europeo y Derecho penal económico europeo: convencimientos y dudas”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 225, las pretendidas “carencias de legitimación de las normas penales de origen europeo [se refiere a las Decisiones Marco, cuya legitimidad democrática está en entredicho] no se han visto enmendadas sustancialmente por el Parlamento español, que casi siempre ha ratificado sin más las resoluciones legales de origen comunitario, recurriendo al cómodo expediente de que la procedencia común hacía innecesario, cuando no impedía, el debate real sobre la norma”.

democráticos (¿los cumple algún Estado?), sino si respeta unos estándares mínimos irrenunciables en cualquier Estado democrático,⁴⁴ lo cual resulta, a nuestro juicio, innegable.⁴⁵

Cuestión diferente es que las normas penales europeas, siendo normas perfectamente legítimas, puedan presentar problemas legales de acomodo interno si contradijeran de alguna manera las reglas estatales relativas al sistema nacional de fuentes. Dicho de otra manera, si la Constitución de un país exige unos determinados requisitos para aprobar normas penales, y esos requisitos no se cumplen con el procedimiento legislativo europeo, habría que plantearse la legalidad (constitucionalidad) de tales normas y su eficacia dentro del ordenamiento jurídico estatal. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

Por otro lado, el art. 12 TUE establece la contribución de los parlamentos nacionales al buen funcionamiento de la Unión Europea,⁴⁶ los cuales tienen la obligación de velar por la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Este relevante papel de los parlamentos nacionales en el funcionamiento europeo parece que contribuirá a reforzar el carácter democrático de la Unión.⁴⁷

Finalmente, por lo que se refiere a falta de un sistema eficaz de control de las decisiones adoptados por los órganos competentes, hay que señalar que la normativa penal debe respetar

44 VOGEL, “Derecho penal y globalización”, pp. 119 y s., se sorprende de las enormes exigencias que la doctrina suele exigir para legitimar el Derecho penal europeo.

45 De la misma opinión, GÓMEZ-JARA DÍEZ, “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, p. 283, para quien “la situación actual [él se refiere a la situación en el marco de la Constitución Europea, lo cual es plenamente trasladable a la actualizad] goza de una legitimación suficiente aunque mejorable”.

46 V. también, Protocolo nº 1, sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea.

47 AA.VV., “Manifiesto sobre la política criminal europea”, p. 728; ALDECOA LUZÁRRAGA/GUINEA LLORENTE, *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, p. 124.

la CDFUE, y que la comunitarización del Derecho penal supone el control de la normativa aprobada sobre esta materia por parte del TJUE, lo cual incluye la adecuación de la normativa a dichos tratados, entre otros principios. Esto supone que el TJUE actuará, además de como máximo intérprete del Derecho europeo, a modo de Tribunal Constitucional, pudiendo otorgar amparo frente a la lesión de Derechos fundamentales producidos a los particulares por los poderes públicos comunitarios.⁴⁸

En definitiva, el Derecho (penal) de la Unión Europea está legitimado por varias vías, las cuales se suman y refuerzan mutuamente, de tal modo que la participación del Consejo no es un demérito sino que, muy al contrario, refuerza dicha legitimidad. Ello debido a que, como se ha venido diciendo, la Unión responde a una doble legitimidad, la de los ciudadanos (a través del Parlamento) y la de los Estados (a través del Consejo), y ambas deben estar representadas en la legislación que se adopte.⁴⁹

Así pues, según lo expuesto hasta este momento, cabe concluir que el Derecho penal europeo encuentra su legitimación a través de seis mecanismos distintos:⁵⁰ a) un Parlamento supranacional elegido directamente por todos los ciudadanos

48 BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, p. 70.

Por otra parte, conviene tener presente que la jurisprudencia del TJUE en materia de Derecho europeo tiene carácter de precedente vinculante, por lo que debe ser respetada tanto por las instituciones europeas como por los Estados miembros, incluidos los órganos judiciales. Esta circunstancia, junto con el hecho de que en muchas ocasiones el TJUE va más allá de la mera interpretación del Derecho europeo (como sucede, por ejemplo, con la teoría del efecto directo de las directivas, la atribución de competencias penales a la Unión en el marco del primer pilar o la obligación de la interpretación conforme respecto de las Decisiones Marco), siendo tales decisiones de obligado cumplimiento (tienen fuerza de ley), hace que el Derecho (penal) europeo se asemeje a un modelo de *Common Law*. Vid. KLIP, A.: *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, Antwerp, 2009, p. 10.

49 SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 90.

50 V. SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, pp. 92 y s.

Europeos; b) una participación de los parlamentos nacionales en el proceso legislativo supranacional; c) una participación de los Estados, representados por su legítimo poder ejecutivo, que ha sido democráticamente elegido por los ciudadanos de los respectivos países; d) una previa delegación de competencias de los parlamentos nacionales a la Unión; e) una aplicación posterior de las decisiones adoptadas por la Unión a través de los parlamentos nacionales (transposición de las directivas); y f) un sistema eficaz de control de tales decisiones por parte del TJUE.

c) Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en el Derecho penal europeo

1. Consideraciones generales

Según el art. 5.1 TUE, “[e]l ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Con carácter general, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad vienen definidos en el propio TUE. Así, el art. 5.3 TUE señala que “[e]n virtud del principio de subsidiariedad, 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 (...)”. De igual modo el art. 5.4 TUE establece lo siguiente: “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (...)”. Estos principios de subsidiariedad y proporcionalidad se aplicarán de conformidad con el Protocolo nº 2, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un principio general del ordenamiento jurídico (también, pues, del ordenamiento jurídico comunitario) que debe inspirar la elaboración de las leyes y

su interpretación y aplicación por parte de los jueces y tribunales. En el ámbito del Derecho penal, los referidos principios de subsidiariedad y proporcionalidad deben reconducirse necesariamente al principio de proporcionalidad penal.

El principio de proporcionalidad debe estar presente tanto en la selección de las conductas delictivas, como en la fijación de las consecuencias jurídicas que corresponden a los comportamientos calificados como delito (tanto en la previsión legislativa, como en la aplicación judicial). Es decir, se trata de que únicamente puedan ser catalogadas como delito conductas especialmente dañosas socialmente, y que cuando así se decida, la pena imponible (decisión legislativa), así como la finalmente impuesta (decisión judicial), sea proporcionada a la dañosidad intrínseca de la misma.

El principio de proporcionalidad se compone de varias dimensiones o subprincipios, a saber, merecimiento de pena, necesidad de pena y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales pasamos a analizar brevemente.

2. *El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*

De acuerdo con el principio de *merecimiento de la pena*, la incriminación de una conducta debe estar dirigida a la protección de bienes jurídicos (principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos). En otro lugar nos hemos pronunciado sobre la necesidad de dotar al concepto de bien jurídico de un contenido material que comprenda, por un lado, la idea de dañosidad social propia de las concepciones sociológico-funcionalistas, y por otro, una necesaria vinculación al orden de valores jurídico-constitucional.⁵¹ De ahí que la creación de una infracción penal sólo estaría justificada cuando busca la protección de aquellas

51 ROMEO MALANDA, S.: *Intervenciones Genéticas sobre el ser humano y Derecho penal. Consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 51 y ss.

condiciones constitucionalmente relevantes necesarias para asegurar el correcto funcionamiento de la vida social permitiendo la participación de los individuos en la misma y favoreciendo, de esa forma, el pleno desarrollo de su personalidad (bienes jurídicos).⁵²

En el ámbito del Derecho penal europeo, la necesaria relevancia constitucional ha de entenderse referida al orden de valores emanado del Derecho europeo originario (TUE, TFUE y CDFUE).⁵³ De este modo, los bienes jurídicos que pueden legítimamente ser objeto de protección (bienes jurídicos comunitarios) son aquellos de *carácter netamente comunitario* (por estar vinculado a una política de la Unión que ha sido objeto de medidas de armonización), o bien que tengan una relevancia comunitaria (transnacional) por poseer una *dimensión transfronteriza*. En este ámbito, además, debe exigirse que estos bienes jurídicos no estén en contradicción con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con la Carta Europea de Derechos Fundamentales.⁵⁴

No obstante lo anterior, conviene poner de manifiesto que el Tratado de Lisboa ofrece una visión deformada del Derecho

52 ROMEO MALANDA, *Intervenciones Genéticas sobre el ser humano y Derecho penal. Consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas*, p. 55. En sentido similar, PORTERO HENARES, M.: “¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos?: Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad”, en Díez-Picazo, L.M. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 310 y ss.; GONZÁLEZ RUS, “Derecho penal europeo y Derecho penal económico europeo: convencimientos y dudas”, p. 222, define los bienes jurídicos en el contexto europeo como aquellos bienes “que la sociedad europea reconozca como una condición necesaria para la subsistencia o el mantenimiento del sistema social”.

En el ámbito anglosajón el principio de ofensividad se correspondería con el *harm principle* (John Stuart Mill) o, más concretamente en el ámbito penal, con el *offence principle* (Joel Feinberg). Por lo tanto, no es previsible que se plantee un conflicto irresoluble a este respecto entre las distintas tradiciones jurídicas que conviven en el seno de la Unión Europea.

53 V. más ampliamente, PORTERO HENARES, “¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos?: Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad”, pp. 302 y 314 y ss.

54 V. AA.VV., “Manifiesto sobre la política criminal europea”, p. 727.

penal, pues la atribución de competencias en materia penal no la fundamenta exclusivamente en el mencionado principio de ofensividad,⁵⁵ sino que también lo utiliza como instrumento destinado a proteger la eficacia de las normas extrapenales⁵⁶ (lo cual no plantea problemas cualitativamente distintos a la utilización de sanciones administrativas y no permite fundamentar por sí mismo esta huida hacia el Derecho penal); así como a garantizar la efectividad del principio de reconocimiento mutuo (cfr. art. 67.3 TFUE).⁵⁷ Cuestión diferente, evidentemente, es que protegiendo bienes jurídicos como objetivo principal se consiga, al mismo tiempo, los efectos mencionados.

3. Los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

El requisito anterior es necesario pero no suficiente. Es decir, no siempre que se reconozca la existencia de un bien jurídico (comunitario) digno de protección, ello ha de hacerse a través del Derecho penal. La intervención penal únicamente tendrá sentido si va a redundar en una protección efectiva del bien jurídico (*principio de idoneidad*).⁵⁸ Además, debe respetarse el *principio de necesidad de la pena*, de tal modo que la protección

55 Aunque no lo dice expresamente, ello puede entenderse implícito en los arts. 83.1 (delitos graves) y 301.6 y 325 (protección de los intereses financieros de la Unión) TFUE.

56 El art. 83.2 TFUE prevé el recurso al Derecho penal cuando ello sea “imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión”. Cfr. NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)”, p. 340.

57 En este sentido, GRÖNING, L.: “A Criminal Justice System or a System Deficit? Notes on the System Structure of the EU Criminal Law”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 18 (2010), p. 129; NIETO MARTÍN, A.: “La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea”, en *Revista Penal*, n° 27 (2011), p. 79.

58 PORTERO HENARES, “¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos?: Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad”, p. 320.

del bien jurídico debe llevarse a cabo, en su caso, afectando lo mínimo posible los derechos de los ciudadanos (principio de intervención mínima).

El principio de intervención mínima comprende, en general, una doble vertiente, a la que habría que añadir una tercera específica del Derecho penal europeo:⁵⁹ a) por un lado, el Derecho penal europeo no debe tutelar todos los bienes jurídicos, sino tan sólo los más importantes, y únicamente frente a los ataques más graves a los mismos (*principio de fragmentariedad*). Así pues, las disposiciones penales se centrarán en las conductas que provoquen un daño real o que amenacen gravemente el bien jurídico objeto de protección; b) por otra parte, la intervención punitiva es el último de los recursos disponibles para tutelar los bienes jurídicos, de tal modo que el Derecho penal europeo sólo intervendrá cuando no haya sido posible alcanzar una tutela suficiente del bien jurídico por medio de otros instrumentos —jurídicos o extrajurídicos— (principio de subsidiariedad o *ultima ratio*); y c) finalmente, en el ámbito del Derecho penal europeo este principio exige que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, esto es, que resulte imprescindible una armonización de la normativa penal a nivel comunitario para alcanzar los fines propuestos y que la normativa existente en los Estados miembros a tal efecto resulte manifiestamente dispar, lo cual impediría alcanzar los objetivos pretendidos por la normativa comunitaria.⁶⁰ Es por ello que las iniciativas del legislador penal nacional tienen preferencia a las del legislador europeo, pues el orden de valores jurídico-penal de los Estados miembros forma parte de su “identidad nacional”, la cual debe ser respetada tal y como exige el art. 4.2 TUE.⁶¹

59 V. AA.VV., “Manifiesto sobre la política criminal europea”, pp. 727 y 729.

60 ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 358, habla de “*ultima ratio* europea”. V. más ampliamente, BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, pp. 27 y ss., para quien este principio se cumple cuando solo un Estado miembro no pudiese conseguir adecuadamente, con sus propios medios, los mismos objetivos.

61 AA.VV., “Manifiesto sobre la política criminal europea”, p. 729.

Además de lo anterior, se requiere una proporcionalidad de las penas (proporcionalidad en sentido estricto). El principio de *proporcionalidad en sentido estricto* opera en la fijación de las consecuencias jurídicas que corresponden a los comportamientos calificados como delito (cfr. art. 49 CDFUE). Así, se requiere una adecuación entre la gravedad de la pena y la afectación del bien jurídico protegido. De esta manera, cuanto más relevante sea el bien jurídico, mayor será la pena; y cuanto más afectado se vea el mismo o más grave sea la conducta realizada, mayor deberá ser también la consecuencia jurídica.⁶²

d) Derecho penal europeo y respeto a los derechos humanos: el papel de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos

Otro de los elementos que han contribuido decididamente a la superación del déficit democrático que se le achacaba a la Unión Europea, lo cual afectaba especialmente a las disposiciones de naturaleza penal originadas en su seno, ha sido la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dentro del derecho originario, si bien no como por parte integrante de los tratados.

En efecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se aprobó en el año 2000 con un doble objetivo: por un lado, como se ha dicho, corregir el déficit democrático constatado en la Unión Europea; y por otra parte, dar un empuje importante a la construcción de una Europa política, dado el papel tradicional que las declaraciones de derechos ("*Bill of Rights*") han tenido en los procesos políticos y constituyentes.

Ahora bien, conviene decir que antes de la asunción por parte de la Unión de la CDFUE, e incluso antes de su elaboración, el Tribunal de Justicia ya había ido estableciendo un sistema de

62 El TJCE ha declarado la falta de proporcionalidad de determinadas sanciones previstas en la normativa nacional transponiendo normativa comunitaria. V. por ejemplo, STJCE de 29 de febrero de 1996, asunto C-193/94, *Sofia Skanavi*.

protección de derechos inspirándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales comunes.⁶³ Lo que la CDFEU, y muy especialmente su asunción por parte de la Unión, viene a hacer es dar visibilidad y seguridad jurídica a este reconocimiento *factico* de derechos. De hecho, en el art. 52.3 CDFUE se establece lo siguiente: “[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Esta disposición podría llevar, sin embargo, a algunos problemas interpretativos en el futuro en relación con el alcance de algunos derechos humanos/fundamentales.⁶⁴

La CDFUE recoge de forma expresa y ordenada los derechos que los ciudadanos disfrutaban frente a la Unión Europea, consolidando en un mismo texto el acervo comunitario en materia de derechos fundamentales, el cual se había ido creando fundamentalmente, como se ha indicado, por vía jurisprudencial. Aunque la CDFUE ha carecido de valor jurídico hasta el Tratado de Lisboa, lo cierto es que sí ha venido desplegando importantes efectos políticos y jurídicos desde su elaboración. Así, ha sido constantemente citada y utilizada como referencia por Tribunales

63 Cfr. STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* (punto 4); SCOLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, p. 252 y s. A este respecto es también muy significativo el art. 6.3 TUE: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*” (la cursiva es nuestra).

64 GRASSO, G.: “Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 234.

y órganos políticos (incluido el Tribunal Constitucional español) como fuente de inspiración e interpretación.

Tras el Tratado de Lisboa, el art. 6.1 TUE establece que “[l]a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Así pues, la Carta no se incluye en el texto de los tratados, sino que es meramente objeto de una referencia cruzada, lo cual no afecta, sin embargo, a su obligatoriedad jurídica, pasando a forma parte del Derecho originario.⁶⁵ De este modo se consolida el carácter democrático de la Unión, en la medida en que somete el poder político europeo a unos criterios rigurosos y visibles de control.

En efecto, la obligatoriedad jurídica de la Carta aporta no sólo la dimensión jurídica del compromiso de la Unión para con los derechos fundamentales, sino también garantías mayores y seguridad jurídica en cuanto a los derechos que pueden ser tutelados. Hay que tener presente que, según dispone el art. 263 TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos. Por lo tanto podrá entrar a valorar si una norma de Derecho penal se adecua a lo establecido en la CDFUE.

La CDFUE contiene una serie de disposiciones que tendrán una indudable trascendencia en la elaboración y aplicación de la normativa penal, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el art. 51.1 CDFUE, las disposiciones de la Carta no se dirigen únicamente a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino también a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.⁶⁶

65 No obstante, hay que tener en cuenta que, a este respecto, existe un régimen excepcional para el Reino Unido y Polonia. V. Protocolo nº 30, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

66 Esa vinculación de los Estados miembros a la CDFUE se produce, en consecuencia, en los siguientes casos, tal y como expone FERRERES COMELLA,

En primer lugar, la exigencia de respeto y protección de la dignidad humana contenida en su art. 1 es vista por algunos como un límite material del Derecho penal europeo, pues ello supone partir del Derecho penal del hecho y el pleno respeto al principio de culpabilidad.⁶⁷

“La federalización del Derecho penal: el caso americano”, p. 36: “cuando el Estado ejecuta administrativamente la normativa de la Unión; cuando legisla para adaptar el Derecho interno a esa normativa; y cuando restringe alguna de las libertades comunitarias”. En definitiva, este precepto debe ser interpretado en sentido amplio, abarcando todos aquellos casos en los que exista un “elemento de conexión”. V. a este respecto, GRASSO, “Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, pp. 243 y s.

Sin embargo, cuando la actuación de las autoridades nacionales carece de vínculo con el Derecho de la Unión, no está limitada ya por los Derechos fundamentales de la Unión, sino sólo por los derechos consagrados en la Constitución nacional, así como por aquellas otras normas internacionales de derechos humanos a las que el Estado haya decidido libremente someterse.

- 67 ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, pp. 375 y s.; DEMETRIO CRESPO, E.: “El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?”, en Díez-Picazo, L.M. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 381. Cfr. asimismo, AA.VV. “Manifiesto sobre la política criminal europea”, p. 727.

Sin embargo, algunos sistemas penales (especialmente en el ámbito del *Common Law*), aceptan la responsabilidad penal objetiva (*strict/absolute liability offences*), en las que basta constatar la existencia del tipo objetivo para poder imponer una pena al acusado. Esta circunstancia, que vulneraría el principio de culpabilidad tal y como se entiende en nuestro país (no hay responsabilidad penal sin dolo o imprudencia), no está tan claro, pues, que integre el principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho penal europeo. V. a este respecto, KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 188 y ss.; STJCE de 26 de mayo de 1981, asunto 157/80, *Sigfried Ewald Rinkau*, en cuyo punto 15 se afirma que “si las infracciones llamadas intencionales requieren para ser punibles la intención del autor de cometer el acto prohibido, las infracciones no intencionales, por su parte, pueden tener su origen en la imprudencia, en la negligencia, incluso en la simple infracción objetiva de una norma jurídica”. También la STJCE de 10 de julio de 1990, asunto C-326/88, *Anklagemyndigheden c. Hansen & Søn I/S*, puntos 12-19, acepta la responsabilidad objetiva. En otro sentido, resulta interesante la opinión del Abogado General Ruiz-Jarabo de 11 de febrero de 2003, asunto C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S c. Comisión* (puntos 62-65), donde se

Por otro lado, el propio catálogo de derechos fundamentales previsto en la Carta debe servir como referencia y límite para la criminalización de determinadas conductas, pues estos han de ser tenidos muy presentes a la hora de establecer un catálogo de conductas delictivas.⁶⁸

En tercer lugar, determinadas penas quedan claramente prohibidas. Así, el art. 2 CDFUE establece que “[n]adie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”.⁶⁹ Y los arts. 4 y

opone abiertamente a la responsabilidad objetiva por entenderla contraria al principio de culpabilidad.

Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy claro respecto a si la responsabilidad penal objetiva es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. V. sobre esta cuestión, REID, K.: “Strict Liability, Young People and the Sexual Offences Act 2003”, en *Web Journal of Current Legal Issues*, n° 4 (2009), pp. 4 y ss., en línea: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/issue4/reid4.html> (última consulta: 12 de junio de 2012).

- 68 Lo mismo sucede con las libertades fundamentales: libertad de circulación de personas, capital, bienes y servicios. Estas libertades pueden condicionar la legalidad de la normativa comunitaria si ello supusiera una restricción no justificada de las mismas. Un buen ejemplo de ello es la STJCE de 29 de febrero de 1996, asunto C-193/94, *Sofia Skanavi*, donde se afirma que “los Estados miembros no podrán establecer una sanción desproporcionada que constituiría un obstáculo a la libre circulación de personas”, lo cual sucede en el caso en cuestión al imponerse una pena privativa de libertad en cumplimiento de una directiva comunitaria que exige castigar ciertas conductas (punto 36). Otro ejemplo lo encontramos en la STJCE de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, *Donatella Calfa*, en el cual la corte establece que una sanción consistente en la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables de un delito de tráfico de drogas, es contraria al Derecho comunitario por vulnerar el derecho a la libertad de movimientos. V. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 77 y ss.

- 69 Surge aquí la cuestión de si el TJUE va a interpretar esta prohibición en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo Protocolo n° 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, excepciona, en su art. 2, “aque-llos actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra”. O sí, por el contrario, es este uno de los casos en los que, de acuerdo con el art. 52.3 CDFUE, se quiere conceder al derecho a la vida una protección más extensa. En este mismo sentido, GRASSO, “Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, p. 239.

5 prohíben la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, y la esclavitud y los trabajos forzados, respectivamente.

En cuarto lugar, hay disposiciones directamente referidas al Derecho penal sustantivo, las cuales deben ser tenidas en cuenta a la hora de elaborar cualquier normativa de esta naturaleza:

i) El art. 49 CDFUE garantiza los principios de legalidad (apartados 1 y 2) y de proporcionalidad en sentido estricto (apartado 3) de los delitos y las penas.

El principio de legalidad penal europeo comprende el principio de determinación (*lex stricta* o *lex certa*), el cual exige, entre otros mandatos, que los ciudadanos puedan prever los comportamientos por lo que pueden ser hechos penalmente responsables.⁷⁰ De esta manera, el principio de taxatividad penal europeo no exige una concreción absoluta de la conducta delictiva, sino la previsibilidad de que dicho comportamiento infringe una norma y conllevará una sanción. Esa previsibilidad se determinará teniendo en cuenta tanto el tenor literal de la(s) norma(s) escrita(s) como de los precedentes jurisprudenciales. Así pues, el principio de legalidad resulta compatible con una interpretación objetivamente extensiva e incluso con la aplicación analógica *in malam partem* del texto legislativo siempre que tal extensión normativa esté ya consolidada en la jurisprudencia anterior. Es más, también admitiría la aplicación de nuevos delitos de creación jurisprudencial si la sanción (penal) de la conducta en cuestión resultara previsible aunque nunca antes haya sido castigada (e incluso aunque no esté recogida por escrito en una ley del Parlamento).⁷¹

70 Resulta imprescindible sobre esta materia, el libro de NAVARRO FRÍAS, I.: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010, *passim*.

71 De no ser así, una gran parte de la normativa penal de los países regidos por el *Common Law* sería declarada ilícita por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por supuesto, lo anterior no impide que el principio de legalidad penal en el ámbito nacional pueda aplicarse de manera más rigurosa (como sucede en nuestro país). V. sobre esta cuestión, SCOLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, pp. 256, 262 y 269 y ss.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho penal europeo, se ha afirmado que “cuanto menos margen de apreciación otorgue una (...) directiva a los Estados miembros, con mayor intensidad ha de cumplir la norma jurídica europea con el principio de determinación”.⁷² Ahora bien, hay que tener presente que, dado que las directivas deben implementarse a través de una norma penal nacional, es esta norma (y no tanto la directiva) la que debe respetar estrictamente el principio de taxatividad.⁷³ Por supuesto, si la norma penal viene impuesta a través de un reglamento (v. *infra*), el nivel de taxatividad de los tipos penales deberá ser totalmente análogo al exigido a los tipos penales de origen nacional.⁷⁴

Otra vertiente del principio de legalidad penal europeo es la exigencia de *lex praevia*. El art. 49 CDFUE hace una referencia expresa a la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, a la vez que establece que “[s]i con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta” (principio de retroactividad favorable al reo).⁷⁵

72 AA.VV., “*Manifiesto sobre la política criminal europea*”, p. 728. En el mismo sentido, BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, p. 37.

73 Así, PÉREZ DEL VALLE, “Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad”, pp. 14 y 19; KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 171; BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, p. 36. La mayor o menor concreción de la directiva afectará, especialmente, a la mayor o menor eficacia de la armonización normativa pretendida.

74 BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, p. 37.

75 Según el TJCE en la sentencia de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Silvio Berlusconi y otros*, “el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (punto 68), por lo que “este principio forma parte de los principios generales del Derecho comunitario (...)” (punto 69). Sin embargo, esta es una afirmación harto discutible, tal y como apunta FOFFANI, L.: “Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles”, *Revista Penal*, nº 27 (2011), p. 43. V. más ampliamente, SCOLLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, pp. 289 y ss.

El criterio de *lex scripta*, siendo un principio esencial del Derecho penal continental, sin embargo no es universalmente aceptado. Así, el art. 49.1 CDFUE establece que “[n]adie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional”, pero no exige que dicha infracción deba estar recogida por escrito en una emanada del poder legislativo.⁷⁶ Basta, pues, con que la punibilidad del comportamiento pueda ser razonablemente prevista.⁷⁷ En este sentido es como debe entenderse el apartado segundo de este artículo, según el cual, “[e]l presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones”. Lo cierto es que la introducción de una norma como la mencionada parece necesaria si queremos construir un Derecho penal de amplio espectro, en el que se sientan suficientemente

76 Así, podríamos decir que, con esta alusión al “Derecho” y no a la “Ley”, la CDFUE no reconoce, como integrante del principio de legalidad penal, el principio de reserva de Ley. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 256; SCOLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, pp. 259 y s.

77 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 253; KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 169. También el *Corpus Iuris* recogía una definición del principio de legalidad en este sentido, cuando establecía que los cambios interpretativos solo se permiten cuando sean razonablemente previsibles. El TC español ha afirmado que el principio de legalidad penal sólo se ve vulnerado cuando “dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (...)” (v. STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 4º).

Vemos, pues, cómo el criterio de previsibilidad (“*foreseeability*”) es el elemento nuclear del principio de legalidad penal, lo cual lo convierte en el elemento básico común a las tradiciones jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law*. V. al respecto, SCOLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, pp. 260 y ss.

cómodos Estados que pertenecen a familias jurídicas diferentes. Así, esta cláusula es imprescindible en una estructura compleja, como el la Unión Europea, de la que forman parte Estados cuyo ordenamiento jurídico pertenece al sistema jurídico del *Common Law* (como son el Reino Unido e Irlanda).⁷⁸ No obstante, dado que las directivas penales requieren transposición en el Derecho interno, parece que incluso los países que perteneces a la familia jurídica del *Common Law* tendrían que implementar dichas directivas a través de normas escritas (*Statute Law*).⁷⁹

ii) El art. 50 CDFUE regula, por su parte, el principio *ne bis in idem*, en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.”

Además de la adopción de la CDFUE, el art. 6.2 TUE prevé que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sin que ello suponga la modificación de las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.⁸⁰ Dicha adhesión, para la que se requiere la unanimidad del Consejo y el dictamen conforme del Parlamento Europeo (art. 218 TFUE), reforzaría el compromiso de la Unión Europea con la protección de los derechos fundamentales, en la medida en que cede a instituciones internacionales ajenas a la Unión la posibilidad de controlar las actuaciones de las instituciones comunitarias en materia de derechos fundamentales.⁸¹

78 De la misma opinión, SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 256, nota 14.

79 Cfr. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p.170.

80 El Tratado de Lisboa incluye, además, un protocolo relativo a esta disposición. V. Protocolo nº 8, sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

81 ALDECOA LUZÁRRAGA/GUINEA LLORENTE, *La Europea que viene: El Tratado de Lisboa*, p. 162, advierten, no obstante, de la dificultad de tal adhesión, especialmente si se tiene en cuenta que la decisión ha de ser ratificada por todos los Estados miembros, y que puede existir un cierto temor a los

e) El punto débil del Derecho penal europeo: el pluralismo jurídico y cultural de la Unión Europea

Según hemos expuesto, el gran reproche que se le venía haciendo a un incipiente Derecho penal europeo, esto es, el supuesto “déficit democrático”, parece haber quedado superado. Sin embargo, ello no significa necesariamente que esta disciplina vaya a contar con un alto número de apoyos. Muy al contrario, el Derecho penal europeo va a tener que enfrentarse a otros inconvenientes que el Tratado de Lisboa no ha solucionado.

Aunque no lo impida su entramado institucional de corte federal, en el ámbito europeo sigue muy presente la idea de que el Derecho penal es una materia que pertenece al grupo de competencias nucleares de un Estado, y por lo tanto no transferibles. Aunque el Tratado de Lisboa haya abierto la puerta a un posible Derecho penal europeo, lo cierto es que se ha hecho con tales cautelas que no es previsible un desarrollo muy amplio, al menos a corto plazo. En efecto, no son pocos los Estados que consideran que el proceso de integración ha llegado a su límite, y que no cabe hacer más cesiones de soberanía sin afectar ya a núcleos especialmente sensibles.⁸² Por no mencionar que, en la línea de lo anteriormente expuesto, la competencia penal de la Unión europea es vista por muchos como un paso decisivo hacia un modelo federal no deseado.⁸³

posibles conflictos de jurisdicción que puedan plantearse entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, y los problemas que puede traer el hecho de que exista una jurisdicción por encima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre el proceso de adhesión, v. Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2010, *sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, publicado en el DOUE del 31 de mayo de 2011, C 161 E/72.

82 Cfr. SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 82.

83 En este sentido, BACIGALUPO, “El Derecho penal económico en la Europa constitucional”, p. 16; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, pp. 61 y 66.

Junto a la dificultad para los Estados de ceder parte de su soberanía en un área tan delicada, hay que mencionar también el pluralismo jurídico de la Unión Europea como un elemento que puede jugar en contra del desarrollo de un verdadero Derecho penal europeo,⁸⁴ o al menos en la creación de un Derecho penal federal al uso. No hay que olvidar, a este respecto, que el art. 4.2 TUE establece que la Unión deberá respetar la identidad nacional de los Estados miembros, la cual es inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos.

Esta necesidad de respeto a la identidad (jurídica) nacional puede analizarse desde dos perspectivas diferentes:

i) Por un lado, hay que tener presente que en Europa conviven dos tradiciones jurídicas diferentes: el *Common Law* (de origen anglosajón, vigente en el Reino Unido e Irlanda), y el *Civil Law* (que sienta sus raíces en el Derecho romano y ha derivado en los ordenamientos jurídicos propios de los Estados de la Europa continental). El Derecho de la Unión Europea se ha construido, esencialmente, sobre la base de un sistema propio del *Civil Law* (mayoritario entre los Estados miembros), lo cual hace que surjan permanentes conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho británico e irlandés. De ahí, entre otras razones, que estos países hayan requerido la aplicación de algunas reglas excepcionales. En el ámbito del Derecho penal, las diferencias entre ambos sistemas jurídicos pueden ser muy significativas;

84 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, pp. 62 y s.. Ponen de relieve estos autores la diversidad radical de principios jurídico-penales vigentes en los Estados miembros, comenzado por el catálogo de penas y los criterios de su determinación y ejecución, como las sustanciales diferencias existentes en la teoría del delito (punibilidad de los actos preparatorios o la comisión por omisión, responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc.). A lo que hay que añadir la diversidad de modelos procesales. Y ello acontece en un área donde conviven 29 sistemas de justicia penal diferentes, pues aunque la Unión Europea está formada por 27 Estados, en el Reino Unido existen tres jurisdicciones: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

ii) Por otro lado, incluso entre los Estados cuyos sistemas jurídicos pertenecen a la familia jurídica del *Civil Law*, existen diferencias sustanciales en el modo de construir metodológica y sistemáticamente la responsabilidad penal (póngase como ejemplo las enormes diferencias existentes entre el modelo Francés⁸⁵ y el Alemán/Español), así como los criterios político-criminales con los que se afronta la criminalización y penalización de las distintas conductas.

En definitiva, debe reconocerse que el Derecho penal estatal está altamente condicionado con cuestiones históricas y culturales, de tal manera que “hoy por hoy, ni el legislador ni el juzgador -nacionales o europeos- disponen de un marco normativo homogéneo, ni manejan un lenguaje dogmático común, que es condicionante de todo proceso de unificación normativa”.⁸⁶ Por esta razón, para muchos Estados puede ser muy difícil de aceptar la necesaria asunción de delitos, penas o criterios de responsabilidad totalmente ajenos a su sistema de justicia penal, pudiendo, en algunos casos, contradecir el modelo de política-criminal asumido por dicho Estado;⁸⁷ y en otros, reflejar discrepancias culturales profundas.

Todo lo anterior lleva a pensar que, en un área tan sensible como es el Derecho penal, los Estados miembros no van a permitir tan fácilmente que la Unión Europea apruebe normas vinculantes para los Estados que provoquen incoherencias internas en sus sistemas penales (por ejemplo, creación de ciertas figuras delictivas, tipología y cuantía de determinadas penas, criminalización de determinados actos preparatorios, penalización de la comisión por omisión, etc.).

85 V. PRADEL, J.: “Criminal Law”, en Bermann, G.A. / Picard, E. (eds.): *Introduction to French Law*, Wolters Kluwer Law, 2008, pp. 103-126.

86 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 9 (2005), p. 29.

87 Por ejemplo, Finlandia no preveía en su catálogo de penas privativas de libertad, penas de la extensión de las exigidas en la decisión Marco de lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002 (15 años). De igual manera, como

Por lo tanto, un Derecho penal europeo, para que resulte exitoso, debe construirse a través de un amplio *debate*, desde el *respeto* a los distintos sistemas jurídicos utilizados en el seno de la Unión Europea, sin intentar imponer un determinado modelo, y en el que las decisiones que se adopten encuentren un acomodo *razonable* en los Derechos penales de todos los Estados miembros.⁸⁸ Para ello, esos elementos mínimos comunes que caracterizarán el Derecho penal europeo deberán establecerse sobre la base de una investigación de Derecho comparado y en el marco de un consenso político.⁸⁹

No obstante, también hay que ser conscientes de que necesariamente habrá que hacer concesiones sobre cuestiones que hasta ahora parecían irrenunciables (muchas veces más por ser lugares comunes vinculados a la tradición jurídica del Estado, que por verdaderas razones materiales).⁹⁰ Ahí tenemos el ejemplo de

pone de manifiesto NIETO MARTÍN, “La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea”, p. 79, no es infrecuente “que la pena exigida sea desproporcionada en atención a la que se prevé en el Código penal nacional para delitos similares”. También KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 36 y s., advierte que el Derecho penal forma un sistema cerrado y que resulta muy difícil armonizar algunos aspectos del mismo sin que ello afecte al sistema en su conjunto.

88 En este mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, p. 30.

89 SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 74.

90 Como dice VOGEL, “Derecho penal y globalización”, pp. 124 y s., “[u]na discusión acerca de qué método es el único verdadero en el contexto jurídico-penal sería errónea (...) En este contexto, frecuentemente se considera que el respectivo sistema nacional —por ejemplo, el sistema alemán del delito con sus categorías de acción, tipo, injusto y culpabilidad— es el más desarrollado, líder o el mejor, por lo que de modo internamente coherente se exige su reconocimiento global. Pero incluso aunque existiera algo así como una mejor dogmática jurídico-penal nacional e incluso si esta estuviera vinculada al pensamiento sistemático de impronta alemana, no sería correcto ni normativa ni funcionalmente trasladarla sin más a contextos globales”. Sin embargo, no todos los penalistas alemanes (por ejemplo, Schünemann) se han aproximado al tema con tanta modestia. V. al respecto, GÓMEZ-JARA

la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tan denostada históricamente en nuestro Derecho y que ha sido finalmente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico-penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, precisamente esgrimiendo razones de armonización con el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

El *Manifiesto sobre la política criminal europea* se refiere a esta cuestión como “principio de coherencia”, que exige que “el legislador europeo antes de aprobar un acto jurídico compruebe su coherencia con los ordenamientos penales nacionales y con el ordenamiento europeo y fundamente de forma explícita, a partir de esta comprobación, que no existe contradicción alguna”.⁹¹ De esta manera, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad deben jugar, también, un papel relevante a este respecto, siendo necesario hacer un esfuerzo para detectar aquellos aspectos mínimos comunes a todos los sistemas penales, a partir de los cuales construir el sistema.⁹² Ello derivará necesariamente hacia un modelo europeo a medio camino entre la homogeneidad y la diversidad, el cual, como afirma Silva Sánchez, corre el riesgo de no contentar a nadie.⁹³

DÍEZ, “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, pp. 286 y s. BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, p. 19, habla de “la (escasa) flexibilidad cultural de los penalistas”.

91 AA.VV., “Manifiesto sobre la política criminal europea”, p. 729. Así, se pone como ejemplo que las penas mínimas establecidas por la Unión Europea no pueden originar un incremento asistemático de las penalidades máximas utilizadas por el derecho nacional.

92 Este trabajo, pese a su indudable complejidad técnica, no resulta, en modo alguno, imposible. Ahí tenemos los ejemplos del fallido *Corpus Iuris*, o el vigente modelo penal propio del Derecho penal internacional tal y como ha quedado configurado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

93 SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 258, quien añade en otro lugar que si las directivas penales son muy concretas, se producirá una fuerte presión sobre los legisladores nacionales; y si es poca, se generará desigualdad (p. 264).

IV. Las fuentes del Derecho penal de la Unión Europea

Según lo recogido en el Tratado de Lisboa, la competencia penal de la Unión se va a desarrollar en tres ámbitos: a) cuestiones que afectan a los intereses intrínsecos de la Unión, en concreto, los intereses financieros; b) conductas de difícil persecución por los estados miembros debido a la existencia de un componente transnacional; y c) medidas necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas dictadas por la unión en el ejercicio de sus competencias.

Como puede observarse, la intervención penal en estos ámbitos coincide con el ámbito de actuación característico de un Derecho penal federal. Sin embargo, lo que lo diferencia de un sistema federal clásico es que la Unión (la “federación”) no va a utilizar normas de aplicación directa en todos los Estados miembros, sino normas de armonización, que van a requerir la colaboración de estos para su efectividad. Ello sin perjuicio de que también se recurra, excepcionalmente, a otros mecanismos como la asimilación o la unificación.

a) El principio de asimilación

De acuerdo con el principio de cooperación leal (o principio de buena fe), recogido en el art. 4.3 TUE, los Estados miembros asumen el deber de proteger los intereses europeos de forma similar a los nacionales y, en todo caso, de manera eficaz, disuasoria y proporcionada.⁹⁴ Una manifestación expresa de este principio es el art. 325.2 TFUE, según el cual, “[l]os Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”.

94 Cfr. STJCE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica* (caso del maíz griego). V., más ampliamente, KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 67 y ss.

El mecanismo de la asimilación es el menos comprometedo para la soberanía estatal. Realmente, la legislación penal que se adopte sobre protección de los intereses financieros de la Unión Europea (en el Código Penal español, arts. 305.3, 306 y 309) no es Derecho penal europeo sino Derecho penal nacional. De esta manera, no se garantiza la uniformidad legislativa. Ni siquiera una mínima armonización. Una conducta puede ser delito en un país y no serlo en otro. O siendo delito en todos ellos, las penas pueden ser muy diferentes. Además, este mecanismo dificulta enormemente conocer si una sanción de un Estado miembro es efectiva, proporcionada y disuasoria, en el sentido más arriba expuesto.⁹⁵

b) La armonización de la normativa penal nacional a través de directivas

1. Planteamiento general

Con el Tratado de Lisboa desaparece el sistema de pilares, lo que supone la comunitarización de los asuntos de naturaleza penal. De esta manera, la pretendida armonización penal que hasta ahora se venía haciendo a través de Decisiones Marco,⁹⁶ ahora pasará a hacerse por medio de directivas, aplicando, como regla general, el procedimiento ordinario.

En el ámbito del Derecho penal sustantivo ha de hacerse referencia, a este respecto, a los arts. 83.1 y 2, y 325.1 TFUE, que

95 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, p. 25; BACIGALUPO, “El Derecho penal económico en la Europa constitucional”, p. 18.

96 Es necesario señalar que, según se desprende de los arts. 9 y 10.1 y 3 del Protocolo nº 36, sobre las disposiciones transitorias, las Decisiones Marco adoptadas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal estarán sometidas a la jurisdicción del TJUE (en las mismas condiciones que las directivas) cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por lo tanto, a partir del día 1 de diciembre de 2014, el TJUE podrá pronunciarse acerca de si un Estado miembro ha transpuesto adecuadamente una Decisión marco de naturaleza penal (siempre y cuando no haya sido derogada, anulada o modificada en aplicación de los Tratados). Los apartados 4 y 5 del referido art. 10 prevén una excepción con respeto al Reino Unido.

recogen aquellas *materias* en las cuales la Unión Europea puede dictar directivas a fin de armonizar las legislaciones nacionales,⁹⁷ ámbitos todos ellos que pueden ser identificados como criminalidad transnacional.

En definitiva, el Derecho penal europeo, como especie de Derecho penal transnacional tiene como objetivo reprimir la actividad criminal inter- e intra-estatal que afecta a bienes jurídicos comunes, en este caso, de los Estados miembros de la Unión Europea. Y ello se hará a través de instrumentos jurídicos de carácter represivo que incluyen, como se ha dicho, la armonización del Derecho penal sustantivo para reprimir conductas que contengan un elemento transnacional *fáctico* o *normativo*, siendo suficiente la presencia de uno de ellos.

Esta armonización pretende lograr diversos fines: a) por un lado, tiene una función simbólica y pedagógica (de prevención general positiva), que busca la afirmación de la importancia de los intereses protegidos por el cuerpo social de referencia y, con ello, la construcción de una identidad colectiva común en torno a la protección penal de esos intereses;⁹⁸ b) en segundo lugar, se trata de evitar respuestas jurídicas muy diversas en ámbitos donde

97 En efecto, el Derecho penal europeo que se configura en el Tratado de Lisboa parece estar referido únicamente a la Parte Especial del Derecho penal sustantivo. Nada se dice sobre la necesidad de armonizar las normas de la Parte General, esto es, las que regulan la responsabilidad penal de manera general para todos los delitos, ámbito este en el que existen criterios muy diversos en los diferentes Estados miembros (error, comisión por omisión, autoría y participación, tentativa, responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc.), por lo que surge la duda acerca de la posibilidad de legislar sobre esta materia. Cfr. LADENBURGER, "Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A new Dimension for the Community Method", p. 35. Para BACIGALUPO, "El Derecho penal económico en la Europa constitucional", p. 26, "toda europeización del derecho penal debería comenzar con el establecimiento de las normas generales de la responsabilidad penal".

98 V., críticamente con esta función, SOTIS, C.: "Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material", en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp 108 y ss., y 118 y s.

la lesividad del hecho es la misma. En efecto, en aquellos casos en los que se ven afectados bienes jurídicos supranacionales o cuando se trata de criminalidad transfronteriza, no parece tener mucho sentido que el mismo hecho tenga una respuesta punitiva muy diferente en uno y otro Estado, muy especialmente cuando en estos casos es muy probable que se produzca una concurrencia de jurisdicciones, de tal modo que el autor del hecho delictivo pueda conseguir, en el caso de ser descubierto, ser juzgado en aquel estado que ofrece una legislación más beneficiosa (*forum shopping*); c) en tercer lugar, se busca hacer previsibles las respuestas jurídicas a los comportamientos de los ciudadanos, especialmente la posible punibilidad de las mismas, pues dada la naturaleza transnacional de muchas actividades en el seno de la Unión Europea, el sujeto se ve confrontado con la validez paralela de 27 ordenamientos penales soberanos;⁹⁹ y d) finalmente, se pretende favorecer, en última instancia, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales pues, como afirma Viada, “armonización y reconocimiento mutuo son dos caras de la misma moneda”.¹⁰⁰

Ahora bien, que la Unión tenga la capacidad de dictar normas penales no significa que deba hacerlo. Su actuación debe estar, en todo caso, condicionada por el obligado respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a los que nos hemos referidos más arriba. Ello queda especialmente patente

99 Cfr. SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 45.

100 VIADA, N.G.: *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 161. En el mismo sentido, HÖPFEL, F.: “Función y límites de la armonización en el Derecho penal de los Estados miembros de la CE”, en Arroyo Zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, p. 139 (“las normas mínimas son condiciones indispensables para una confianza mutua”). Sobre las diversas formas de entender la relación entre reconocimiento mutuo y armonización legal, v. GARCÍA RIVAS, N.: “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, en Díez-Picazo, L.M. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, p. 96, con nota 199.

en el art. 83.2 TFUE cuando se dice que la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal debe resultar “imprescindible” para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión.¹⁰¹ En esta misma línea, González Rus aboga por ser cautelosos, por una creación paulatina de normas penales europeas, “sin anticiparse, sin ir por delante de la demanda social de tutela, sin ser, por así decir, la «avanzadilla» de la unificación europea (...) sin urgencia, con calma, con tranquilidad; en la medida en que vaya siendo necesaria la respuesta penal unificada”.¹⁰²

Finalmente, no hay que olvidar que la armonización supone la existencia de diferencias entre las legislaciones de los Estados (no se trata de unificar normativas). Lo que la armonización pretende es reducir, en la medida de lo posible, tales diferencias, pero su objetivo último no es eliminarlas.¹⁰³ Además, hay que tener también en cuenta que la armonización normativa no solo se consigue a través de un acercamiento de las normas, sino que ello también requiere una cierta uniformidad en la interpretación de los términos recogidos en las normas. Para ello será especialmente relevante el papel del TJUE en la interpretación de las normas penales europeas.¹⁰⁴

101 V. más ampliamente a este respecto, ÖBERG, “Union Regulatory Criminal Law Competent after Lisbon Treaty”, pp. 291 y ss.

102 GONZÁLEZ RUS, “Derecho penal europeo y Derecho penal económico europeo: convencimientos y dudas”, pp. 222 y 225. En la misma dirección, TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, p. 30, aboga por circunscribir el núcleo del Derecho penal europeo a “aquellas 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 común—”.

103 Como advierte KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 24 y 39, ello parece, a todas luces, imposible en un sistema en el que toda la legislación (así como la jurisprudencia del TJUE), es traducida en todos los idiomas, no teniendo todas las palabras un término equivalente en todos ellos. Como dice este autor, “la armonización saldría beneficiada con un lenguaje jurídico común”.

104 Según KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 152, “es importante tener en cuenta que el Derecho de la Unión debe ser interpretado

2. Criminalidad transnacional con dimensión transfronteriza

En primer lugar, el art. 83.1 TFUE autoriza la aprobación, por medio de directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de 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. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: a) el terrorismo; b) la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños; c) el tráfico ilícito de drogas; d) el tráfico ilícito de armas; e) el blanqueo de capitales; f) la corrupción; g) la falsificación de medios de pago; h) la delincuencia informática; e i) la delincuencia organizada.

A pesar de tratarse de una lista, en principio, cerrada, el mismo precepto establece que, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios referidos.¹⁰⁵ Para ello, se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Tales criterios son la especial gravedad de los delitos y su dimensión transfronteriza, lo cual supone un cierto límite material a la ampliación de la catalogo de delitos cuya competencia puede ser asumida por la Unión.

Las directivas que se dicten sobre estas materias podrán contener tanto un catálogo de figuras delictivas, como cuestiones

de manera autónoma y que el significado nacional no es decisivo. Ello se explica porque si las definiciones nacionales fuesen decisivas, no podría garantizarse una interpretación uniforme”.

- 105 TIEDEMANN, “Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución europea”, p. 176. Esta indefinición ha llevado a SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 262, a afirmar que “no puede hablarse de que los Estados tengan ninguna «competencia blindada (exclusiva y excluyente)» en materia de Derecho penal (...) la competencia asimiladora de la Unión se puede extender, tendencialmente, a todos los delitos”.

relativas a la parte general del Derecho penal (punibilidad de la tentativa, imprudencia, participación, responsabilidad penal de personas jurídicas, etc.), así como a cuestiones penológicas.¹⁰⁶

De acuerdo con el art. 68 TFUE, “[e]l Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia”. En la actualidad está vigente el programa para el periodo 2010-2014, conocido como “Programa de Estocolmo”.¹⁰⁷ El Consejo Europeo acordó que, de los delitos mencionados en el art. 83.1 TFUE, debería darse prioridad al terrorismo, la trata de seres humanos,¹⁰⁸ el tráfico ilícito de estupefacientes, la explotación sexual de mujeres y menores y la pornografía infantil,¹⁰⁹ y los delitos informáticos,¹¹⁰ invitando a la Comisión a informar sobre “la necesidad de establecer definiciones y sanciones comunes y estudiar la posibilidad de presentar nuevas propuestas legislativas allí donde sea precisa una mayor aproximación” (apartado 3.3.1).

106 ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 359 y s.

107 CONSEJO EUROPEO, *Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, DOUE, C 115/1, 4 de mayo de 2010.

108 El Consejo solicitó expresamente a la Comisión la adopción de nueva legislación en materia de lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas (apartado 4.4.2 del Programa de Estocolmo). En consonancia con ello, se ha aprobado la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE de 15 de abril de 2011, L 101/1).

109 El Consejo solicitó expresamente a la Comisión la adopción de nueva legislación en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil (apartado 4.4.3 del Programa de Estocolmo). En consonancia con ello, se ha aprobado la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE de 17 de diciembre de 2011, L 335/1; corrección de errores en el DOUE de 21 de enero de 2012, L 18/7).

110 En la actualidad existe una Propuesta de Directiva relativa a los ataques contra los sistemas de información, por la que se deroga la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo. Se trata del documento COM (2010) 517 final.

3. Criminalidad transnacional lesiva de intereses netamente europeos

En segundo lugar, a través del art. 83.2 TFUE se amplía igualmente el catálogo de materias en las que cabe el uso de directivas a fin de armonizar las legislaciones penales. De acuerdo con este precepto se podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate “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”. Con ello se da respuesta a la necesidad de dar una protección penal unitaria a los valores europeos o globales de carácter común (elemento transnacional *normativo*), pues como se dijo más arriba, “los delitos contra instituciones y valores europeos no solamente pueden ser «transnacionales», y con ello «europeos», en relación con el lugar de la acción delictiva, sino sobre todo también en relación con los portadores europeos del bien jurídico o con el bien jurídico europeo atacados por ellos, cuando ello afecte las bases comunes de muchos países europeos”.¹¹¹

Por medio de este precepto se amplía enormemente la competencia penal comunitaria, especialmente en el ámbito de la delincuencia económica, pues no debe olvidarse que la Unión Europea surge como una organización de carácter esencialmente económico, y la disparidad en el Derecho penal estatal puede distorsionar el funcionamiento del mercado interior.¹¹²

A este respecto, conviene recordar que existen directivas comunitarias en materia penal que han sido aprobadas antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Así, hay que men-

111 SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 37.

112 NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)”, p. 330.

cionar la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal,¹¹³ dictada tras establecer el TJCE que el legislador comunitario podía adoptar aquellas medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros que estimara necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas dictadas en materia de protección medioambiental, incluso aunque no tuviera atribuida expresamente competencia en materia penal.¹¹⁴ Además, la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular,¹¹⁵ exige la criminalización de determinadas conductas relacionadas con el tráfico ilegal de mano de obra (arts. 9-12).

Junto a los anteriores, otros ámbitos en los que más justificada estaría la intervención penal son el Derecho societario, el Derecho de la competencia (por ejemplo, la publicidad engañosa) o el Derecho alimentario,¹¹⁶ así como los ámbitos relativos a la salud laboral¹¹⁷ o a la propiedad intelectual e industrial, todo ello en aras a garantizar el desarrollo de la política comercial

113 DOUE de 6 de diciembre de 2008, L 328/28. Esta directiva ha sido transpuesta al derecho español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

114 STJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo*, especialmente puntos 47 y 48. V. *supra*.

115 DOUE de 30 de junio de 2009, L 168/24. El plazo de transposición de esta directiva expiró el pasado 20 de julio de 2011.

116 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: “La Unión Europea y la tutela penal del mercado y de los intereses de los consumidores”, *Estudios penales y criminológicos*, n° 25 (2004), pp. 285 y ss.; TIEDEMANN, “Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución europea”, p. 187; FOFANI, “Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles”, p. 50.

117 V. GARCÍA RIVAS, N.: “¿Directivas penales de la Unión Europea en materia de salud laboral?”, en Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac, J.L. / Orts Berenguer, E. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 671 y ss.

común y del correcto funcionamiento del mercado interior.¹¹⁸ A este respecto, el apartado 4.4.5 del Programa de Estocolmo, tras afirmar que “la falsificación constituye un grave peligro para los consumidores y las economías”, recoge que el Consejo y el Parlamento Europeo deberían estudiar “cuanto antes la posible legislación sobre medidas penales destinadas a garantizar la aplicación de los derechos de propiedad intelectual”.¹¹⁹

Finalmente, en relación con los preceptos analizados en este apartado y en el anterior, el art. 83.3 TFUE establece que “[I] [c]uando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. [II] Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión (...)”¹²⁰

118 Cfr. arts. 118 y 207 TFUE, así como el art. 17.2 CDFUE.

119 Para VOGEL, “Derecho penal y globalización”, pp. 115 y s., el Derecho de la propiedad intelectual es uno de los ámbitos que más claramente exige una regulación global, incluyendo los instrumentos penales. A este respecto, existe una Propuesta de Directiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Se trata del documento COM (2005) 276 final, aunque parece que esta iniciativa ha sido abandonada, al menos temporalmente.

120 Se trata de los llamados “frenos de emergencia” (*emergency brakes*). Para TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, p. 42, esta cláusula “supone no sólo un paso atrás en la marcha hacia la integración efectiva, sino, incluso, la posibilidad de reintroducir el veto político”. En sentido contrario, LADENBURGER, “Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A new Dimension for the Community Method”, p. 33, ve esta posibilidad, de la forma en la que ha quedado finalmente recogida en el Tratado de Lisboa, no tanto como un freno, sino

4. La protección de los intereses financieros de la Unión Europea

Por último, según el art. 325.4 TFUE, la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión adoptando las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a tales intereses a fin de ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Ello abre la puerta a la adopción de directivas también en este ámbito. Aunque en este precepto no se dice expresamente que también cabe recurrir al Derecho penal, ello debe darse por sobreentendido, por varias razones:¹²¹

i) La protección de los intereses financieros, que comprende las acciones lesivas tanto de ingreso (evasión de tributos) como de gasto (fraude de subvenciones), ha sido una de las grandes prioridades de Comunidad Europea desde la década de 1970 y, de hecho, el recurso al Derecho penal en este ámbito era ya una práctica común antes de la aprobación del Tratado de Lisboa. Es más, algunos intentos de crear catálogos de eurodelitos¹²² tenían el fraude financiero como figura básica. Por otro

como un acelerador, puesto que permite que aquellos Estados que muestren una oposición inquebrantable ante un avance en el ámbito del sistema penal se queden fuera, y aquellos que quieran seguir avanzando pueden hacerlo. De esta manera, este mecanismo es “en realidad, un instrumento para favorecer la integración en áreas donde podría ser especialmente difícil avanzar con 27 Estados miembros”.

A este respecto, cabe plantearse igualmente, como hace KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 36, si el TJUE es competente, llegado el caso, para determinar si el proyecto de directiva en cuestión afecta realmente a aspectos fundamentales del sistema de justicia penal nacional, a modo de un verdadero Tribunal Constitucional.

- 121 V. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, pp. 370 y s. (para quien hubiera sido preferible haber incluido esta materia entre las mencionadas en el art. 83 TFUE); TIEDEMANN, “Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución europea”, pp. 174 y s.
- 122 Como el *Corpus Iuris* o la Propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, de 23 de mayo de 2001 [COM (2001) 272 final].

lado, debe mencionarse también el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1995 (conocido como Convenio PIF).¹²³ Sobre la base de este Convenio, cada Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que los comportamientos fraudulentos, así como la complicidad, instigación o tentativa ligados a tales comportamientos, sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. En caso de fraude grave, dichas medidas deben suponer penas de prisión y la posibilidad de extradición. El Convenio entró en vigor el 17 de octubre de 2002, conjuntamente con su Primer Protocolo y el Protocolo sobre la interpretación del Tribunal de Justicia. A fecha de hoy, aun no se ha conseguido un cumplimiento efectivo de sus disposiciones.

ii) La armonización en esta materia se añade a la exigencia de asimilación más arriba expuesta, siendo de sobra conocido que los Estados miembros protegen sus intereses financieros a través del Derecho penal.

iii) Se prevé la creación de una Fiscalía Europea precisamente para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, lo cual indica claramente que se da por hecho de que va a existir una protección de tales intereses a través del Derecho penal.

5. Efectos jurídicos de las directivas penales y principio de legalidad: nuevos desafíos para el principio de primacía

Otra cuestión de trascendental relevancia sobre la que cabe preguntarse ahora es la relativa a los efectos jurídicos que estas directivas van a tener sobre los ordenamientos penales de los Estados miembros. A este respecto, creemos conveniente diferenciar los siguientes casos: a) existencia de una directiva penal sin transposición al derecho interno, sin que exista una ley penal

123 DOCE de 27 de noviembre de 1995, C 316.

nacional que cubra el contenido de la directiva; y b) existencia de una directiva penal sin transposición al derecho interno o con una transposición incorrecta, existiendo una ley penal nacional contraria a lo dispuesto en la directiva, bien por exceso (se criminalizan más conductas de la exigidas en la directiva o se hace con una pena superior al límite máximo indicado en la misma), bien o por defecto (la normativa nacional no recoge todas las conductas típicas contenidas en la directiva o la pena prevista no alcanza el umbral mínimo establecido por aquella).

En relación con el primero de los escenarios referidos, como regla general no parece posible que las directivas, por su propia estructura, sean aplicadas directamente por los operadores jurídicos. De acuerdo con el art. 288.III TFUE, “[l]a directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. De esta manera, la directiva es una norma obligatoria en cuanto a los resultados y cuyos destinatarios son únicamente los Estados miembros. En principio, el contenido de la directiva llega a los ciudadanos a través de la norma interna de desarrollo de la misma, redactada por el Estado en aplicación del margen que se le concede en cuanto a la forma y los medios necesarios para incorporarla a su ordenamiento. En el ámbito del Derecho penal, esa norma interna será generalmente, en el caso de España, una Ley Orgánica (al menos, siempre que el delito conlleve una pena que suponga restricción de algún derecho fundamental).

Por lo tanto, habría que esperar a que el Estado llevase a cabo la transposición de esa norma para que el contenido de la misma pudiese afectar, de uno u otro modo, a los ciudadanos. Sin embargo, el TJCE ha considerado que en determinadas condiciones, algunas disposiciones de una directiva pueden tener efecto directo, es decir, pueden crear derechos para los ciudadanos con independencia de la inactividad (o incorrecta actividad) de los Estados.

Si la transposición que lleve a cabo el Estado se produce correctamente en el plazo concedido por la directiva, los efectos de la misma se producen a través de esa norma interna. Ahora bien, en el caso de que el Estado no haga nada en ese plazo o si la transposición no se lleva a cabo correctamente, el TJCE ha entendido que sería incompatible con el efecto útil de la directiva que los particulares no pudieran alegarla en vía judicial. Por otra parte se considera que el Estado miembro que no ha cumplido con su deber no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento.

De ahí que se haya afirmado el efecto directo de las disposiciones de las directivas de las que pueden deducirse derechos bien delimitados que, desde el punto de vista de su contenido, sean *incondicionales* (es decir, no sujeta a ninguna condición ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones o de los Estados, por lo tanto, siempre que se haya agotado el plazo concedido por la directiva a los Estados para incorporar su contenido al ordenamiento jurídico interno) y *suficientemente precisas* (es decir, que imponga una obligación en términos inequívocos).

Las disposiciones de la directiva que cumplan esas condiciones tendrán efecto directo. En consecuencia, las mismas crearán derechos para los particulares. Pero el TJCE sólo ha reconocido a las directivas efecto directo limitado, puesto que ha establecido que sólo gozan de efecto directo vertical, es decir, los particulares sólo podrán valerse de los derechos contenidos en la directiva que impliquen una obligación para el Estado. Esto implica que a falta de norma internas de aplicación, los ciudadanos pueden invocar las directivas contra cualquier norma interna no conforme a la directiva y, en la medida en que creen derechos, podrán invocar éstos frente al Estado. Asimismo, podrán invocarlas aun existiendo normas internas de aplicación si éstas se considera que son contrarias a la directiva.

No obstante, se trata de un efecto directo vertical sólo a favor de los particulares y frente a los Estados y no a la inversa.

Por lo tanto, en el caso de que la directiva imponga obligaciones a los ciudadanos y conceda los subsiguientes derechos a los Estados (por ejemplo, exija la imposición de sanciones penales frente a determinados comportamientos), éstos no pueden ejercerlos contra aquéllos. Se excluye así el efecto directo vertical descendente.¹²⁴

En el ámbito del Derecho penal, no resulta imaginable, según lo expuesto, la posibilidad de aplicar la doctrina del efecto directo de las directivas en aquellos casos en los que no se produzca una transposición de la misma. Como se ha dicho, las directivas no se pueden aplicar de forma directa en contra del ciudadano y lo más normal es que las directivas penales que puedan aprobarse a raíz del Tratado de Lisboa impongan a los estados obligaciones de criminalización de determinadas conductas o de determinadas modalidades de comportamientos, así como el establecimiento de unas determinadas consecuencias jurídicas. De esta manera, si el Estado no ha transpuesto una directiva que debiera suponer una criminalización, ello no podrá afectar negativamente al sujeto activo, que deberá ser juzgado de acuerdo con la normativa interna vigente en el momento de la acción. Al no existir norma penal alguna que cubra el ámbito expresado en la directiva, el sujeto no sería penalmente responsable.

La cuestión puede resultar más compleja en el segundo de los escenarios propuestos, es decir, cuando sí exista una norma penal interna, pero esta no se adecue plenamente al contenido de la directiva penal. Como dijimos, la ley penal nacional puede resultar contraria a lo dispuesto en la directiva por exceso o por defecto. Si lo es por defecto, esto es, la normativa nacional no recoge todas las conductas típicas contenidas en la directiva o la pena prevista no alcanza el umbral mínimo establecido por

124 La STJCE de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, expresamente establece que “una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan”. En el mismo sentido, v. STJCE de 5 de octubre de 2005, asuntos acumulados C-397/01 a C/403/01, *Pfeiffer y otros* (puntos 102 y ss.).

aquella, la solución será similar a la del caso anterior. No podrá acudir a la directiva alegando su efecto directo. El sujeto activo será responsable, pues, conforme a la normativa interna más beneficiosa.¹²⁵ Ahora bien, España podría resultar condenada por el TJUE por faltar a sus obligaciones como Estado miembro de la Unión Europea.

En el caso contrario, es decir, se criminalizan más conductas de las exigidas en la directiva o se hace con una pena superior al límite máximo indicado en la misma, pueden plantearse algunas dudas. No parece que nada quepa oponer a que los Estados protejan en mayor medida los bienes jurídicos afectados por la directiva, incluyendo nuevas figuras delictivas no contenidas en la misma. Así, la directiva contendría los comportamientos que como mínimo han de ser perseguidos por todos los Estados miembros, pero su contenido no puede cerrar las puertas a la criminalización de conductas no mencionadas en la misma. En principio, lo mismo cabría decirse de las penas, siempre y cuando la directiva establezca únicamente un límite mínimo, pero sin fijar un tope máximo (por ejemplo, los hechos descritos no podrán ser castigados con una pena inferior a 3 años de prisión, pero dejando libertad a los Estados para que establezcan el límite máximo de la sanción). Pero pudiera ocurrir que el legislador comunitario previera con mayor detalle la pena prevista para la conducta delictiva en cuestión (por ejemplo, los hechos descritos no podrán ser castigados con una pena inferior a 3 años de prisión, ni superior a 6).¹²⁶ La

125 Esta solución se desprende de la STJCE de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Silvio Berlusconi y otros*. V. *infra*.

126 NIETO MARTÍN, “La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea”, p. 79, advierte cómo ha existido una progresión en la Decisiones Marco, que han pasado de otorgar un alto grado de discrecionalidad nacional a establecer con gran precisión los marcos penales. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA, B.: “¿Cómo queremos que sea el Derecho penal europeo?”, en Bajo Fernández, M. (dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 324, entiende que es necesario que “se

cuestión en estos casos es qué pasa si un Estado miembro recoge entre su catálogo de delitos la conducta prevista en la directiva (bien porque ya la tenía reconocida, bien porque la ha incluido en un proceso de transposición), pero fija una pena superior al límite máximo requerido por la norma comunitaria (por ejemplo, 9 años de prisión, en el ejemplo mencionado).¹²⁷

La cuestión es si en estos casos, el sujeto activo del delito podría alegar la existencia de dicha directiva (que debería haber sido ya transpuesta en su favor y no lo ha sido aún, o se ha hecho incorrectamente), a fin de conseguir la aplicación de la teoría del efecto directo más arriba expuesta.¹²⁸ Esta cuestión deberá ser resuelta por el TJUE si llega a plantearse en el futuro, aunque todo parece sugerir que debería optarse por la solución más favorable al acusado.¹²⁹

En efecto, como avanzábamos más arriba, el principal problema que puede suscitarse a este respecto es el relativo al

establezca la obligación de respetar unos límites máximos de la pena de prisión a partir de los cuales se entienda que esta se convierte en una pena incompatible con los propios postulados que fundamentan la Unión y, consiguientemente, de los Estados miembros”.

- 127 Más raro será el caso de que una directiva determine que una determinada conducta no puede ser objeto de sanción penal, pues ello parece contrario a la propia naturaleza de las directivas penales y a la justificación del nacimiento del Derecho penal europeo.
- 128 Refiriéndose concretamente al caso de que la directiva tenga como finalidad limitar la criminalización de determinadas conductas, entiende KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 177, que si una norma penal nacional criminalizara dicho comportamiento (en contra de lo previsto por la directiva) el juez debería inaplicar la norma estatal y, en consecuencia, absolver al acusado.
- 129 Una cuestión diferente, pero vinculada al caso analizado, es la relativa a la existencia de una directiva comunitaria que reconoce ciertos derechos y autoriza a los ciudadanos a realizar determinadas conductas consideradas delictivas en un determinado Estado. En este caso, como bien dice KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 49, el acusado puede invocar el Derecho europeo para conseguir la impunidad. En estos casos, el juez podrá bien inaplicar la norma interna contraria al Derecho comunitario, bien acudir a la causa de justificación de ejercicio legítimo de un Derecho (art. 20.7 CP).

rango normativo que han de tener las disposiciones de naturaleza penal. Como hemos dicho, en nuestro país tendrán normalmente rango de Ley Orgánica y la cuestión aquí es si una directiva tiene la fuerza normativa suficiente para imponerse (o igualarse) a aquella.¹³⁰ En el caso de que el TJUE abriera la puerta a un efecto directo de las directivas penales en favor de reo, cabría plantearse si ello supondría una vulneración o no el principio de legalidad penal tal y como está configurado en el art. 25 de la Constitución Española.¹³¹ De ser ello así, se plantearía un problema de gran alcance (pues sería inconstitucional aplicar el Derecho comunitario, sobre el que, no obstante, rige el principio de primacía), lo cual debería llevar inexorablemente bien a proponer una modificación normativa de la legislación comunitaria que impida el efecto directo de las directivas penales, bien a exigir un estatuto especial para España en el ámbito de la cooperación penal, bien a proceder a una reforma constitucional (como, recordemos, ya ha

130 V. GARCÍA SÁNCHEZ, “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en materia penal sobre los Derechos penales nacionales”, pp. 572 y ss. Según NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176, de 13-9-2005)”, pp. 339 y s., el estándar de legalidad que ha de cumplir la armonización penal es claramente europeo, de tal modo que las normas aprobadas por un procedimiento de codecisión no serían contrarias a la idea de reserva de ley.

131 Como ya se ha dicho, el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho estatal, lo cual supone que las Constituciones nacionales no pueden ser empleadas por los Tribunales de los Estados miembros para impedir la aplicación de las normas de la Unión. Sin embargo, como dice FERRERES COMELLA, “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, p. 30, “[n]o es descartable que, en algún caso extremo, los tribunales nacionales invoquen determinados principios fundamentales enraizados en la Constitución de su país para limitar la aplicación de normas sancionadoras de origen europeo, si las estiman frontalmente contrarias a tales principios”. V. más ampliamente a este respecto, RODRÍGUEZ HORCAJO, D.: “Derecho europeo y Derecho nacional: dos piezas (a veces) difíciles de encajar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 14 (2010), especialmente pp. 12 y s.; así como el documentado análisis de GARCÍA RIVAS, “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, pp. 103 y ss.

habido que hacer precisamente para afrontar conflictos de esta naturaleza).¹³² Y entre tanto se adopte una de esas soluciones, España estaría incumpliendo del Derecho comunitario, lo cual la expone a las posibles sanciones que puedan derivarse de dicha circunstancia (cfr. arts. 258-260 TFUE).

Ciertamente, los mismos problemas se suscitarían si un Estado transpone una directiva comunitaria cuyo contenido, plenamente conforme a la CDFUE, sin embargo vulnera la Constitución nacional de dicho Estado miembro, cuya Norma Fundamental cuenta con criterios más exigente.¹³³ Ello no es en absoluto impensable, pues hay que tener presente el art. 53 CDFUE, según el cual “[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo

132 En efecto, la primera reforma constitucional producida hasta el momento se debió a la necesidad de acomodar la Carta Magna a las disposiciones del Tratado de Maastricht. En concreto se reformó el art. 13.2 CE para permitir el derecho de sufragio pasivo a ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales. V. BOE de 28 de agosto de 1992

133 Cfr. por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005, que anula la ley de transposición de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea por considerar que vulneraba derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana. Un análisis de este caso, DEMETRIO CRESPO, E.: “El caso Darkazanli. Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de Detención Europea”, en *La Ley*, Tomo II (2006), passim. En el ámbito español, cfr. STC 64/1991, de 22 de marzo, así como la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre, resolviendo la consulta sobre el procedimiento de adhesión a la Constitución Europea.

En definitiva, entiende GARCÍA RIVAS, “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, p. 111., que “cuando exista una mayor protección de un derecho fundamental en la Constitución del país miembro afectado ésta primará sobre lo dispuesto en la propia CDFUE”, lo cual “supone una traba para la consolidación del principio de primacía del Derecho comunitario”, pues “dicha cláusula abre la posibilidad de bloquear la normativa comunitaria mediante la apelación a la regulación nacional”.

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.”

Una variante del caso expuesto es la situación a la que se tuvo que enfrentar el TJCE en la sentencia de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Silvio Berlusconi y otros*:¹³⁴ un Estado tiene una norma penal (Ley A) que es acorde con la directiva (bien porque ya lo era, bien porque se ha aprobado o reformado transponiendo esta). Con posterioridad, sin embargo, la modifica, despenalizando total o parcialmente la conducta prohibida (Ley B), de tal manera que la nueva norma penal incumple el contenido de la referida directiva penal comunitaria. En el caso de que una persona realice el hecho delictivo estando vigente la Ley A, pero sea enjuiciado cuando ésta ha sido reemplazada por la Ley B, se plantea la cuestión de si debe aplicarse esta última por resultar más favorable al reo, a pesar de ser contraria al Derecho comunitario.

Como vemos, aun siendo una situación igualmente problemática, esta queda, en cierto modo, relativizada ya que las dos normas entre las que hay que optar, son ambas normas penales nacionales (que presumiblemente respetarán el rango legal constitucionalmente exigido). Pues bien, desafortunadamente la sentencia mencionada no entra a resolver esta cuestión. Es decir, tras afirmar la existencia del principio de retroactividad penal favorable al reo, evita pronunciarse sobre la decisiva cuestión de “si se aplica el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve cuando ésta es contraria a otras normas de Derecho comunitario” (punto 70). En este punto, el Tribunal resuelve conforme al caso más arriba expuesto (cuando únicamente existe una norma penal y la directiva que aquella vulnera). De ahí que se proponga como solución la aplicación de la ley estatal más favorable, pues aunque resulte contraria a la directiva, ésta no puede utilizarse con el efecto de crear o agravar la responsabilidad penal de las personas (puntos 73 y 74).

134 V. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, pp. 173 y ss.

Pero en este caso, a diferencia del anterior, no se trata de optar entre la ley nacional y la directiva comunitaria, sino entre la ley nacional más beneficiosa (vigente en el momento del enjuiciamiento, o incluso en un momento posterior) y la ley nacional más perjudicial (vigente en el momento de realizarse los hechos). Es decir, podría haberse optado por la solución propuesta por el Abogado General, según el cual, “[e]n la medida en que las disposiciones nacionales sean incompatibles con el Derecho comunitario, los tribunales remitentes siguen teniendo la obligación de garantizar la efectiva aplicación de las normas previstas en las directivas sobre sociedades dejando sin aplicar dichas disposiciones nacionales, aunque sean leyes penales más favorables. Sintetizando se podría afirmar que una Ley penal adoptada posteriormente y contraria al Derecho comunitario no constituye una ley penal más favorable *aplicable*”.¹³⁵

135 En cursiva en el original. Punto 165 de las Conclusiones del Abogado General, Sra. Juliane KOKOTT. Evidentemente, en este caso se presentaría un nuevo problema, sobre el que no podemos ocuparnos detenidamente aquí. Se trataría de establecer cuál sería la norma aplicable a los hechos cometidos durante el periodo de vigencia de la ley declarada contraria al Derecho comunitario y, en consecuencia, inaplicable. La solución en uno y otro caso parece que debe pasar por determinar cuál es la sanción previsible en el momento de realizar la conducta. Si la norma más beneficiosa declarada ilícita es claramente ilegítima (por ejemplo, supone una violación objetiva y absolutamente evidente de los derechos humanos), no será aplicada. Si por el contrario, su ilicitud no resulta tan evidente y genera en el común de la ciudadanía una expectativa de aplicación, deberá ser aplicada a todos los hechos cometidos bajo su “vigencia” pese a su anulación con efectos hacia el futuro (hay que diferenciar, por lo tanto, entre legitimidad “formal” y “material”). Si, por el contrario, la norma ilícita más beneficiosa es posterior a la comisión del hecho, no resultaba en modo alguno previsible su aplicación en el momento de la realización de la conducta infractora, por lo que no se vulneraría el principio de legalidad penal si no se aplica la ley posterior más beneficiosa declarada ilegal, sino la norma más perjudicial vigente en el momento de los hechos (tal y como afirmó la abogada general y en contra de lo establecido por el TJCE). Más ampliamente sobre esta cuestión, SCOLETTA, “El principio de legalidad penal europeo”, pp. 264 y ss., y 296 y s.

Cuestión diferente es que sea posible hacer compatible lo dispuesto en la directiva penal correspondiente con lo previsto en la norma penal interna, siendo lo dispuesto en aquella disposición una de las posibles interpretaciones de esta última. En tal caso, el principio de primacía y de interpretación conforme deberá llevar a aplicar la norma penal interna de tal manera que se consiga un resultado respetuoso con el Derecho comunitario.

Por último, resulta procedente plantear un último escenario que podría acontecer. Efectivamente, puede suceder que un juez nacional tenga que aplicar una norma penal procedente de la transposición de una directiva penal comunitaria. A este respecto, hay que recordar que el legislador nacional, cuando dicta una norma que adapta al Derecho interno normativa europea está sometido a la CDFUE (*ex art. 51.1*),¹³⁶ por lo cual dicha normativa debe ser respetuosa con el referido texto legal. De no ser así, habrá que concluir que la norma penal en cuestión incumple el Derecho comunitario. Y de acuerdo con el principio de primacía, tal y como se expuso más arriba, el juez nacional tiene la obligación de asegurar la plena efectividad de las normas comunitarias, para lo cual deberá inaplicar, si fuere ello necesario, toda disposición contraria de la legislación nacional, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional. Por lo tanto, si considera que la norma penal que resulta aplicable al caso infringe la CDFUE (con lo que muy probablemente infringirá también algún precepto constitucional), entiende Ferreres Comella que éste podrá decidir, por sí mismo, no aplicar la norma. No sería, pues, necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, como sería preceptivo si esa norma penal no proviniera de la transposición de una directiva penal y entendiese que su contenido vulnera un precepto constitucional.¹³⁷

136 FERRERES COMELLA, “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, p. 36.

137 V. FERRERES COMELLA, “La federalización del Derecho penal: el caso americano”, p. 37.

c) La unificación plena del catálogo de delitos: hacia un Derecho europeo penal

La armonización de delitos a través de directivas, aunque supone un avance significativo en el proceso de creación de un Derecho penal europeo, no consigue, sin embargo, uniformizar completamente el tratamiento jurídico-penal de determinadas conductas (lesivas de bienes jurídicos comunitarios) en el conjunto de la Unión Europea. Para ello sería necesario dotar a la Unión de la capacidad de dictar normas jurídicas con el rango de reglamentos.¹³⁸ Sin embargo, pese a su conveniencia, ello no parece que sea viable en un futuro cercano según lo manifestado más arriba.¹³⁹

En efecto, una vez asumida por la Unión la competencia en materia penal, se plantea la cuestión si no resultaría más oportuno regular esta materia por medio de reglamentos, y no a través de directivas. O al menos alguna de las materias más arriba aludidas (como la protección de los intereses financieros de la Unión Europea), pues resulta lógico que allí donde están en juego intereses intrínsecamente europeos, se pueda regular su protección jurídico-penal a través de una norma que resulte directamente aplicable en todos los estados miembros.¹⁴⁰ Recordemos que los reglamentos son normas jurídicas con un alcance general, de tal modo que son de cumplimiento obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 288. II TFUE).¹⁴¹ La regulación mediante reglamentos puede ser una

138 Cfr. SIEBER, “El futuro del Derecho penal europeo – una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo”, p. 78.

139 A favor de la unificación, “en aras (...) de la justicia, la sencillez y la eficacia”, TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, p. 28. Ello ya se ha intentado en el pasado, por ejemplo con el *Corpus Iuris*. Vid., DELMAS-MARTY, M. / VERVAELE, J.A.E. (Eds.): *The implementation of the Corpus Iuris in the Member Status*, Vols. I-IV, Interstitia, Antwerp, 2000

140 GÓMEZ-JARA Díez, “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, p. 279.

141 El reglamento entrará en vigor una vez haya sido publicado en el BOUE en el idioma de sujeto destinatario de la norma. V. STJCE de 8 de noviembre

mejor solución que la mera armonización a través de directivas, pues elabora un sistema coherente de Derecho penal (federal), que no tiene por qué ser idéntico al propio de cada estado.

Al modelo de Derecho penal vigente se le denomina comúnmente “Derecho penal europeo”, aludiendo con ello a un sistema en el que, en último término, son los Estados miembros los que han de aplicar las normas penales protectoras de bienes jurídicos comunitarios que resultarán aplicables por los tribunales de justicia. Por el contrario, se ha utilizado el término “Derecho europeo penal” para aludir a un Derecho penal de titularidad netamente europea caracterizado por estar recogido en normas emanadas por el órgano legislativo europeo competente, con eficacia directa en todos los Estados miembros, sin necesidad de transposición interna posterior. El Tratado de Lisboa profundiza, como hemos visto, en el desarrollo de un Derecho penal europeo, sin que se vean, en el momento actual, avances significativos hacia un Derecho europeo penal,¹⁴² aunque, como ha afirmado Acale Sánchez, este Tratado “contiene el andamiaje imprescindible como para haber diseñado ese Derecho europeo penal”.¹⁴³

Lo cierto es que la Constitución Europea dejaba abierta la posibilidad de acudir a esta vía cuando en su art. III-415 CE, apartado cuarto (equivalente al actual 325 TFUE), preveía la posibilidad de emplear una ley o una ley marco europea para establecer las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equi-

de 2001, asunto C-228/99, *Silos e Mangimi Martini SpA c. Ministero delle Finanze* (punto 15)

142 En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 352. Sobre la cuestión terminológica, v. p. 350, nota 3. Cfr. igualmente, SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 258, nota 19, según el cual “el Derecho penal «europeo» no constituye un orden coactivo eficaz de modo directo, sino que más bien constituye un marco técnico-jurídico con efectos armonizadores, asimiladores y unificadores sobre el Derecho penal de los Estados miembros”.

143 ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 355.

valente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Así pues, si tenemos en cuenta que la Ley se corresponde con el reglamento, y la Ley marco con la directiva, la Constitución Europea preveía la posibilidad de regular la lucha contra el fraude comunitario (incluyendo, por qué no, normas penales) a través de Leyes (reglamentos). Sin embargo, el vigente art. 325.4 TFUE, manteniendo el mismo contenido que el referido art. III-415.4 CE, obvia toda referencia a la normativa jurídica apta para conseguir tan fin. Por ello, no parece que haya inconveniente alguno en seguir entendiendo, conforme a la regulación actual, que la legislación comunitaria que se adopte contra el fraude comunitario pueda tener tanto la forma de directiva, como de reglamento. Ello explicaría que esta materia no se haya mencionado expresamente en el art. 83 TFUE. De esta manera se abre la vía a un incipiente Derecho europeo penal.¹⁴⁴

Además de lo anterior, tampoco debe pasar desapercibido que el art. 86 TFUE habilita al Consejo para crear, mediante reglamentos, una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Pues bien, dicho precepto, en su apartado segundo, establece que la Fiscalía Europea “será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones *que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento*” (la cursiva es nuestra). Ello ha llevado a la doctrina a plantearse si este precepto atribuye a la Unión una competencia penal directa y, en su caso, si dicha competencia únicamente comprende la determinación de las figuras delictivas (como parece desprenderse del referido precepto), o, por contra, también permitiría la fijación de las penas aplicables.¹⁴⁵

144 Cfr. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 373. Para SILVA SÁNCHEZ, “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, p. 256, el Derecho penal europeo en sentido estricto (Derecho europeo penal) ha de centrarse esencialmente en la protección de los intereses financieros de la Unión.

145 V. GRANDI, C.: “«Nulum crimen sine lege» parlamentaria y Derecho penal europeo”, en Díez-Picazo, L.M. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp.

Si, llegado el caso, el TJUE diera su bendición a una regulación penal a través de un reglamento, lo cual conlleva su aplicación directa,^{146,147} podría plantearse el mismo problema que comentábamos más arriba relativo a la aplicación directa de directivas penales. Habría que determinar si un reglamento comunitario cumple materialmente las exigencias requeridas por el principio de legalidad penal (*ex art. 25 CE*) en materia de

237 y ss. Este autor se inclina por interpretar este precepto en el sentido de que la expresión “definición” de los delitos debe entenderse en el sentido de “individualización” de los delitos ya previstos a nivel nacional a los cuales se extiende la competencia de la Fiscalía Europea. Delitos que podrían eventualmente ser objeto de directivas de armonización conforme a lo establecido por el art. 83 TFUE.

- 146 Afirma KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, p. 168, que “un reglamento no puede, por sí mismo e independientemente de una ley nacional que lo implemente, generar responsabilidad penal o agravarla”. Es decir, en el ámbito del Derecho penal no existiría una diferencia sustancial entre las directivas y los reglamentos. Para defender esta idea se acude a la STJCE de 7 de enero de 2004, asunto C-60/02, X, en la que se reitera la doctrina jurisprudencial más arriba referida sobre la inexistencia de efecto directo de las directivas que crean o agravan la responsabilidad penal, y efectivamente se afirma que este mismo razonamiento puede trasladarse al caso estudiado pese a tratarse de un reglamento (cfr. puntos 60-62). Sin embargo, el reglamento en cuestión (el n° 3295/94) no tiene naturaleza penal (en el sentido de que crea delitos y prevé penas), sino que únicamente confiere a los Estados miembros competencia para adoptar las sanciones correspondientes a los comportamientos prohibidos en el mismo. Es evidente que esta circunstancia presenta una diferencia significativa con respecto al escenario al que podemos enfrentarnos tras el Tratado de Lisboa en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, esto es, que el reglamento tenga naturaleza penal y que establezca en su contenido el catálogo de conductas delictivas, a las que asigne la consecuencias jurídica correspondiente. Parece que este caso su efecto directo, al menos desde el punto de vista del Derecho europeo, resultaría incuestionable. Sobre los reglamentos penales, v. BERNARDI, “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, pp. 37 y s.
- 147 En este caso se plantearía también la duda del procedimiento legislativo adecuado para la aprobación de dicho reglamento, pues el art. 86 TFUE exige que se trate de un procedimiento legislativo especial, que requiere el voto unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo.

fuentes, lo cual corresponderá determinar, en última instancia, al Tribunal Constitucional.

En el caso de que el Tribunal Constitucional estableciera que un reglamento no puede regular cuestiones de Derecho penal, por infringir dicho principio, ello nos llevaría a tener que adoptar una de las medidas más arriba referidas al tratar la cuestión de las directivas penales, a saber, proponer una modificación normativa de la legislación comunitaria que impida el efecto directo de los reglamentos penales, exigir un estatuto especial para España en el ámbito de la cooperación penal, o proceder a una reforma constitucional.

De igual modo, cabe aplicar en este punto lo dicho más arriba en relación con la interpretación conforme. Si ello resulta posible, habría que aplicar la norma penal interna de tal manera que se consiga el efecto previsto en el reglamento aplicable al caso.

V. Conclusiones

1. La globalización ha transformado la criminalidad, aumentando su transnacionalidad. Ello requiere la armonización de las legislaciones nacionales a fin de facilitar la persecución y represión de hechos delictivos. La Unión Europea está en condiciones de ofrecer instrumentos eficaces de lucha contra este tipo de criminalidad. Así, el Tratado de Lisboa aborda por primera vez la cuestión de las atribuciones de la Unión en materia penal, a la vez que corrige adecuadamente aquellos elementos que llevaban a afirmar la existencia de un déficit democrático que haría ilegítima la atribución de competencias penales a la Unión.

2. El modelo político adoptado (federalismo supranacional descentralizado) se caracteriza por requerir a los Estados miembros un papel proactivo en la elaboración de la legislación penal (el Derecho penal europeo se elaborará mediante directivas, que requieren una transposición interna), así como en su aplicación (la implementación del Derecho penal europeo se hará a través de los tribunales nacionales, que aplicarán la normativa procesal penal

nacional). De este modo, no será infrecuente que surjan ciertos conflictos entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos estatales. De ahí la relevancia del principio de coherencia y la necesidad de respetar de manera rigurosa los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El principio de primacía que desde antiguo rige en Derecho comunitario se va a poner a prueba en este nuevo escenario.

3. Desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo, el Tratado de Lisboa configura el Derecho penal de la Unión Europea en tres niveles: unificación, armonización y asimilación. La unificación es el mecanismo más eficaz para lograr un Derecho penal plenamente uniforme en toda la Unión Europea. Pero el pluralismo jurídico existente en la Unión impide a todas luces la existencia de un Código penal unificado en todas las materias (a través del empleo de reglamentos). Sin embargo, ello parece ser la opción más adecuada en algunas de ellas, en concreto las relativas a la protección de bienes jurídicos propiamente comunitarios, como es el caso de los intereses financieros de la Unión o la protección de las propias instituciones comunitarias. Es discutible que el Tratado de Lisboa ampare la creación del Derecho penal a través de reglamentos. A nuestro juicio, una interpretación histórica y sistemática del art. 325.4 TFUE podría llevarnos a defender que ello es posible en relación con la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

4. Sin lugar a dudas, el instrumento básico en la elaboración del Derecho penal europeo es la armonización a través de directivas. Los arts. 83.1 y 2, y 325.4 TFUE, atribuyen competencias a la Unión en materia penal con un amplio alcance. Si se abusa de esta posibilidad se corre el riesgo de generar graves problemas de coherencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De ahí, que el recurso a las directivas, si bien puede ser oportuno en algunos ámbitos, deba hacerse con mucha cautela.