



## *La legalidad penal en la Europa de Amsterdam\**

**Francesco Palazzo**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Florencia*

### **1. Los principios de la Parte General ante un Derecho Penal europeo**

En el moderno Derecho Penal, la Parte General está llamada a desempeñar dos funciones: en primer lugar, una función de economía legislativa, en cuanto sirve para regular cuestiones que responden a exigencias sustancialmente idénticas sea cual sea la materia, el bien jurídico o la figura delictiva a la que se refieran (así, la participación, la tentativa, el tipo subjetivo, etc.); en segundo lugar, una función de garantía, porque configura el modelo de injusto penal y de responsabilidad criminal, basándose en una ponderación entre los derechos fundamentales afectados y las exigencias político-criminales planteadas, ponderación que debería permanecer indiferente ante las demandas de tutela penal de los distintos bienes jurídicos.

En el marco de un hipotético "Derecho Penal europeo", la existencia de una Parte General se presenta actualmente como un objetivo absolutamente necesario. En lo que se refiere a la función integradora que desempeña frente a las específicas figuras delictivas, porque sin ella resultaría imposible acceder a una efectiva armonización y unificación de la tutela penal. Por otro lado, la función de garantía adquiere en ese Derecho europeo una importancia semejante, si no mayor, que en el nacional, siendo justamente su dimensión internacional la que, desde un punto de vista histórico y cultural, le faculta para consolidar un núcleo mínimo de garantías aplicables al injusto penal, ya que lo sitúa al margen de las posibles involuciones o degradaciones de la orientación político-criminal de cada Estado en particular.

Cuestión distinta es el grado de complejidad que debería alcanzar esa Parte General de un hipotético Derecho Penal europeo. Ello dependerá sobre

todo del papel que se le asigne en el ámbito supranacional; si se limita a intensificar la función de garantía, quizá fuese oportuno elaborar únicamente un núcleo mínimo de reglas genéricas que sirviera de modelo a los ordenamientos nacionales, representando, al propio tiempo, un límite infranqueable de los mismos. Con ello se favorecería, además, la coexistencia de distintos sistemas de tutela, salvando las diferencias que atraviesan el eje geográfico de los ordenamientos nacionales y el eje funcional de la pluralidad de subsistemas existentes según las áreas y materias tuteladas.

Por el contrario, si se pretendiera incentivar la función de economía legislativa que desempeña la Parte General, parece evidente que habría de configurarse de manera que sirviera para operar como regulación genérica de normas incriminadoras de carácter internacional. Para ello debería existir un auténtico Derecho Penal europeo, aun limitado a determinadas materias, y que se alcanzara un grado suficiente de detalle en la regulación, para asegurar su operatividad inmediata.

La Parte General de un ordenamiento, ya sea nacional o europeo, es expresión indefectible de dos tipos de principios: principios generales, aplicables a toda la esfera penal, y principios fundamentales, garantizadores de los derechos individuales. No siempre resulta factible distinguir nítidamente ambas categorías, siendo el principio de legalidad quizá el único que pertenece indiscutiblemente a la segunda y sólo a ella. Dentro de los principios fundamentales cabe diferenciar dos especies distintas, pues si bien todos ellos se hallan históricamente condicionados, algunos han mantenido siempre un inequívoco significado garantista; así ocurre, por ejemplo, con el principio de culpabilidad, cuyo contenido ha variado en virtud del momento histórico y del ordenamiento vigente a la sazón, pero ha mantenido siempre su fun-

\* Traducción de NICOLÁS GARCÍA RIVAS (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha).

ción de garantía, por encima de las variables político-institucionales. Por el contrario, otros principios, como el de legalidad, aun siendo igualmente fundamentales, presentan una cierta "mutabilidad" en su contenido garantista que se deriva de las condiciones históricas, políticas e institucionales en que están llamados a operar. Ello significa que, si bien persiste el objetivo garantista, puede variar el medio para su consecución.

## 2. El principio de legalidad y su contenido fundamental

Si se observa con detenimiento, el principio de legalidad presenta un doble espíritu, es decir, un doble y diferenciado contenido garantista. De una parte, expresa la exigencia de una necesaria predeterminación de la conducta prohibida, lo cual, unido a la garantía que representa el principio de culpabilidad, representa una constante del modelo de responsabilidad penal que ha arraigado en nuestra cultura jurídica. Por otro lado, mediante el principio de legalidad se manifiesta la distribución de la potestad punitiva entre determinados órganos, a los que confiere un cierto equilibrio. Esa distribución debe conciliar la adecuada valoración de la demanda tutelar de intereses sociales con la salvaguardia de las libertades cívicas, ámbito éste en el que pueden observarse fácilmente las transformaciones que ha sufrido el principio a lo largo de la historia, debido a la configuración que en cada momento han tenido esos órganos titulares de la potestad punitiva. Tras la superación del Estado absolutista, la legalidad penal se cohesiona con el principio político democrático, que es la base legitimadora del poder punitivo. La posterior evolución de nuestros ordenamientos, al menos de los continentales, ha llevado a identificar dicho principio democrático con el de representación parlamentaria y, en consecuencia, con la regla de la mayoría, que explica su funcionamiento.

La presencia del "doble espíritu" mencionado en la tradición de la legalidad penal puede contrastarse observando la inclinación que adoptan los diferentes ordenamientos hacia una u otra de las vertientes; contraste que adquiere hoy particular énfasis, cuando se asiste a una auténtica crisis de la legalidad como expresión del principio democrático, al tiempo que se reafirma la necesidad de predeterminar la conducta prohibida. En este sentido, resulta sumamente significativo que las escasas sentencias del Tribunal de Estrasburgo relativas al artículo 7 de la C.E.D.H. se refieran mayoritariamente a inobservancias de la predeterminación de la conducta, mientras que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano ha

sido más variada, habiéndose pronunciado con frecuencia sobre el problema de la integración de fuentes legislativas con otras de rango inferior. Ello demuestra que la primera de las garantías inherentes a la legalidad tiene vocación universal, en consonancia con el papel asignado al Tribunal de Estrasburgo en defensa de los derechos fundamentales. Por el contrario, la segunda garantía se halla muy condicionada por la configuración socio-política de los órganos estatales creadores de normas y, sobre todo, por su grado de "legitimación democrática", de cara a ser controlados por un Tribunal Internacional.

Desde una perspectiva distinta, la evolución del Derecho Penal inglés y sus rasgos actuales son exponente de una especial atención a la primera vertiente del principio de legalidad. En efecto, mientras la Parte General se mantiene estrechamente ligada al *common law*, la evolución del *statute law* en la configuración de la Parte Especial demuestra que la exigencia de una clara predeterminación de la conducta prohibida es una aspiración básica del principio de legalidad en Inglaterra. La original idea, expuesta por el profesor Robinson, de codificar el Derecho Penal en dos textos diferentes, uno para tipificar las conductas prohibidas y otro para las normas de enjuiciamiento, expresa con claridad la misma preocupación de fondo.

## 3. La crisis del principio de legalidad como monopolio de la ley

Pasando ahora a analizar la segunda vertiente de la legalidad penal, se aprecia aquí una progresiva infravaloración de la ley como fuente única o suprema del Derecho Penal, así como la reaparición de rasgos marcadamente clásicos —por no decir superados— del principio de legalidad.

1. En cuanto a lo primero, entra en crisis el carácter democrático-representativo de la ley, y también el principio de la mayoría, por múltiples razones. Desde que los derechos fundamentales son una realidad indiscutible en los ordenamientos constitucionales de nuestros Estados, la ley ha ido perdiendo su omnipotencia, superponiéndose a la legalidad "legislativa" una especie de "legitimidad constitucional" que altera profundamente las relaciones entre los órganos encargados de crear Derecho Penal. Al hallarse el control de constitucionalidad en manos de órganos de carácter eminentemente judicial, se observa un desplazamiento de la base democrático-parlamentaria de la garantía legal en favor de la garantía material de los derechos fundamentales. Ello ocurre incluso en Inglaterra, donde a pesar de la fuerte tendencia actual hacia la

potenciación del papel de los *statutes* en la creación del Derecho Penal, la próxima ratificación de la C.E.D.H. ofrecerá al juez una ulterior base normativa que se hallará en tensión con la ley parlamentaria. La creciente complejidad y la expansión de las materias a regular convierte a ésta en un instrumento cada vez más inadecuado, al tiempo que ganan terreno fuentes subordinadas a la ley, que son técnicamente más precisas y de elaboración menos dificultosa. El legislador procura salvar los obstáculos recurriendo a cláusulas generales, con lo que delega en el juez buena parte de su genuina potestad. El poder judicial, gracias a la independencia que ha conquistado y al carácter "individual" y "personal" de su ejercicio, resulta ser el más distante de la lógica del partidismo político, auténtico enemigo del principio de legalidad. Por último, aunque parezca paradójico, la inflación legislativa en materia penal acaba favoreciendo un método de interpretación y de aplicación de la ley cada vez más alejado del modelo de la "subsunción", que preside la idea clásica de legalidad. La dificultad que plantea al juez esa inflación le empuja a adoptar técnicas interpretativas basadas en el papel prevalente de los principios normativos o —al otro extremo— en el carácter particularmente significativo del hecho concreto. En definitiva, la evolución histórica del principio de legalidad penal demuestra una transformación de su segunda vertiente, que se caracteriza por un progresivo retroceso de la garantía democrático-parlamentaria en beneficio de la garantía jurisdiccional.

2. La reaparición de rasgos "clásicos" del principio de legalidad, a la que se aludía antes, puede comprobarse observando la tendencia existente en gran parte de Europa hacia la promulgación de códigos penales. En primer lugar, resulta sorprendente que mientras en el plano científico se duda de la posibilidad de poner a punto un sistema penal unitario —como necesariamente lo es el reflejado en un código— frente a una variada fenomenología criminológica, el legislador sea capaz, en muchos países, de elaborar un nuevo código. Sin embargo, esa tendencia no desmiente en absoluto la erosión del componente democrático-parlamentario de la legalidad. Así, gran parte de esos nuevos códigos, entre ellos el francés, pero también el español, incluyen buen número de cláusulas abiertas que confieren al juez una amplia discrecionalidad. En segundo lugar —y fundamentalmente—, casi todos los recientes códigos de la Europa occidental parecen animados, no por una voluntad de "refundación democrática" del Derecho Penal, sino más bien por una creciente exigencia de dotar al sistema de un nuevo orden y de racionalidad, orientándose en una dirección ideológica que se corresponde con la primera vertien-

te del principio de legalidad (la que predica la predeterminación de la conducta prohibida). En esa línea se sitúan los intentos codificadores ingleses, así como el reciente Código Penal francés de 1994. Incluso el español de 1995, aún animado por una corriente política más comprometida, se propone igualmente recoger los principios y valores de la Constitución de 1978, que indudablemente son de signo democrático, pero que por su rango constitucional han de quedar sustraídos a la potestad parlamentaria, pudiendo considerarse, en este sentido, "metalegislativos". Por el contrario, el proyecto italiano de 1992, aparte de que intenta racionalizar un sistema viejo y desarticulado, expresa una clara voluntad de contención del poder judicial.

#### 4. La reciente evolución de la Unión Europea en el campo penal

¿Es posible hablar también de una legalidad penal en la producción jurídica de la Unión Europea? Si dejamos pendiente por ahora la cuestión de una eventual competencia penal de la Comunidad y, más en general, el papel que les corresponde desempeñar a los actos jurídicos de la Unión Europea en la creación del Derecho Penal, es evidente que la exigencia de la legalidad penal condiciona la actividad normativa de las instituciones europeas en un doble sentido. Por una parte, en la actual situación, habría que aclarar si las fuentes comunitarias se apoyan en una base legal suficiente que legitime su competencia penal. Por otra, en la perspectiva de un futuro Derecho Penal europeo, habría de comprobarse cuál debería ser la concreción de esa legalidad en el ámbito de un ordenamiento necesariamente distinto de los nacionales. Los parámetros que sirvan de referencia al principio de legalidad no serán iguales en ambos casos, ya que en el primero será determinante la tradición constitucional de los Estados y el contenido que el principio ha adoptado en Estrasburgo, mientras que en el segundo lo serán las peculiares características del ordenamiento europeo. El reciente Tratado de Amsterdam marca el comienzo de una evolución que se orienta, por otro lado, a potenciar la base de legitimación democrática de los actos normativos de la Unión y, por otra, a reforzar su actuación en el campo de la criminalidad.

1. Por lo que respecta al *Tercer Pilar*, se persigue sobre todo su afianzamiento, cosa que puede colegirse, en particular, de lo siguiente:

- Ampliación de competencias en materia judicial: habiéndose alcanzado el objetivo de "adoptar

progresivamente las medidas necesarias para establecer las reglas mínimas aplicables a los elementos constitutivos de la infracción penal y a las sanciones en lo referente al crimen organizado, al terrorismo y al tráfico de drogas" (art. 31 [ex. Art. K.3]).

- Alteración del modelo original de actuación intergubernativa, característica del *Tercer Pilar*, debido al nacimiento de un nuevo tipo de acto jurídico, constituido por las "decisiones-marco" (art. 34.2, letra b [ex. Art. K.6]). Básicamente se trata de directivas comunitarias y, aunque expresamente se dice que "no podrán tener efectos directos", influirán seguramente en la decisión que adopte el juez nacional, aunque ello dependa de lo detallado y preciso de su formulación. Así lo confirma indirectamente la nueva competencia atribuida al Tribunal de Justicia (subordinada a la expresa aceptación de los Estados miembros) consistente en "dilucidar prejudicialmente la validez y la interpretación de las 'decisiones-marco', ante el requerimiento de cualquier juez que estime necesaria una decisión del Tribunal para su resolución" (art. 35 [ex. Art. K.7]).

Mayores dificultades presenta el logro del objetivo consistente en la potenciación democrática, pese a tratarse de competencias sobre materias relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales. A este respecto, cabe decir que la "vertiente garantista" del *Tercer Pilar* queda asegurada, extramuros del sistema, porque se mantiene el papel atribuido a los parlamentos nacionales en lo que se refiere a la ratificación de los actos normativos europeos y, en el propio seno del sistema europeo, mediante la nueva competencia asignada al Tribunal de Justicia.

En la perspectiva comunitaria se pretende potenciar la base democrática y, al tiempo, reforzar la actuación contra la criminalidad. Respecto a lo primero, resulta significativa la ampliación sufrida por el procedimiento de *codecisión*, acogiendo buen número de nuevas materias. Como es sabido, se trata de un procedimiento que involucra intensamente al Parlamento Europeo, lo que valoran positivamente muchos observadores por su idoneidad para reducir el déficit democrático de la Comunidad, sin que ello comporte –pese a las previsiones más pesimistas– una insoportable lentitud en el procedimiento de decisión. Lógicamente, la ampliación del procedimiento de *codecisión* se ha llevado a cabo por "materias", más o menos especificadas. Sin embargo, el terreno en el que se mueve el Derecho Penal tiene que ver más con las "formas" en que se tutela una materia que con la materia misma. Así pues, la ampliación de la *codecisión* obedece más a las especiales caracterís-

ticas y exigencias (¿legislativas?) de las materias, que a su tutela penal. Debido a ello, el objetivo de dotar de una base democrática a la competencia sancionadora de la Comunidad se alcanza sólo indirectamente; aun así, no deja de tener importancia el hecho de que bastantes materias sometidas ahora al procedimiento de *codecisión* constituyan un campo abonado a la sanción punitiva. Tal es el caso, en particular, de "la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Comunidad" (art. 280 [ex art. 209 A]).

Pero antes de detenernos en esta competencia comunitaria en materia de fraude, conviene advertir sobre un posible "efecto perverso" subyacente a la ampliación del procedimiento de *codecisión*. El afianzamiento de la base democrática constituye un presupuesto para la expansión de las competencias comunitarias, probablemente también en el campo sancionador, de manera que algunos Estados podrían ver en ello una amenaza a las condiciones básicas de su soberanía, como lo demuestra la decisión del Consejo constitucional francés, en diciembre de 1997, a propósito del Tratado de Amsterdam. Por consiguiente, no es del todo correcto pensar que la democratización interna del ordenamiento comunitario sea suficiente para superar el límite externo que representa la soberanía de los Estados miembros, incluso aunque su reivindicación no pueda basarse ya –como antes ocurría– en el déficit democrático de la Comunidad.

### **5. En especial: competencia de la Comunidad Europea en materia de fraude**

En el plano de la intensificación de la lucha de la Comunidad contra el fenómeno criminal, destaca especialmente el tema del fraude, campo tradicionalmente abonado a la acción represiva de aquélla.

No cabe ninguna duda de que el nuevo artículo 280 T.C.E. supone un progreso respecto al precedente artículo 209 A T.C.E., ya que la Comunidad asume una competencia directa, abandonándose el principio de asimilación y la consiguiente adopción de medidas por parte de los Estados miembros. Ahora bien, el artículo 280 T.C.E. no llega a declarar expresamente la competencia comunitaria en materia penal, *strictu sensu*; la formulación literal podría interpretarse quizá más como una exclusión que como una afirmación de la misma. En efecto, cuando se habla de "una protección efectiva y *equivalente* en los Estados miembros", ello podría entenderse como coexistencia de normas no idénticas y, por tanto, propias de cada Estado miembro, asegurándose al fin y al cabo la

equivalencia por estar inspiradas todas en un mismo modelo comunitario.

Sin embargo, esa interpretación literal puede superarse recurriendo al brillante razonamiento expuesto por Tiedemann, según el cual la fuente comunitaria podría integrar y completar directamente el Derecho nacional, al objeto de que, en efecto, fueran "equivalentes" los diversos sistemas nacionales de tutela. Estaríamos, pues, ante una competencia directa, pero subsidiaria. A nuestro modo de ver, esta argumentación parece sostenible, máxime si tenemos en cuenta que el párrafo 4 del artículo 280 advierte que "estas medidas no afectan a la aplicación del Derecho Penal nacional", lo cual carecería de sentido si no sirviera para confirmar la exclusiva competencia nacional a la hora de elaborar normas penales.

Pese a todo, el carácter subsidiario de la competencia penal de la Comunidad, justamente por serlo, podría provocar resultados negativos en el momento de su ejecución, pues la "combinación" de los distintos sistemas nacionales de tutela y la integración comunitaria comporta cierta complejidad debido a la heterogeneidad de ambos componentes; una heterogeneidad que no dejará de estar presente, aun atenuada, dado el elevado número y la consiguiente diversidad de los sistemas nacionales implicados.

### **6. El principio de legalidad europeo, entre el principio democrático y los derechos fundamentales**

La última palabra sobre una eventual competencia de la Comunidad en materia penal no puede extraerse simplemente de una interpretación aislada del artículo 280 T.C.E. Su ambigüedad textual puede ser eludida contrastando adecuadamente la base democrática asignada hoy a los actos del Consejo mediante el procedimiento de co-decisión, por un lado, y la tradición constitucional de los Estados miembros en materia de legalidad penal, por otro. Visto así, la citada ambigüedad no puede calificarse en absoluto como un defecto, ya que la tradición viene siendo cambiante, condicionada históricamente, lo que obligaría a dotar a la competencia comunitaria de la necesaria elasticidad para asimilar los cambios que puedan producirse en dicha tradición constitucional.

A este respecto, conviene recordar cuanto se dijo al inicio sobre la evolución del principio de legalidad penal.

- La competencia comunitaria debe respetar a ultranza, sin ninguna duda, el límite que representan los derechos fundamentales, límite que

opera externamente, desde las Constituciones de los Estados, como una especie de contralimitación respecto a su soberanía. Así, el artículo 114 del Proyecto de Reforma de la Constitución italiana, actualmente en curso, pretende subrayar ese límite con mayor nitidez al afirmar que "Italia participa en el proceso de unificación europea respetando los principios superiores del ordenamiento y los derechos inviolables de la persona". Una limitación que opera hoy de igual modo en el seno del ordenamiento comunitario, desde el momento en que el respeto a los derechos fundamentales constituye exigencia ineludible para la legitimidad de sus actos jurídicos.

- Nadie pone en duda que la legalidad penal pertenece al catálogo de derechos inviolables, ni tampoco que se mantiene un cierto déficit democrático en las instituciones comunitarias, pero debe añadirse que dicho déficit no es sino la continuación del que está erosionando el principio de legalidad en los propios ordenamientos nacionales, pues "la necesidad de gobernar obliga a confiar al poder ejecutivo cierta responsabilidad en un terreno habitualmente reservado a instancias legislativas. Por el contrario, el Tratado de Amsterdam reconoce al Tribunal de Justicia la facultad de controlar el respeto a los derechos fundamentales por parte de las instituciones comunitarias (por extrañamiento que pueda resultar un control sustraído al Tribunal de Estrasburgo)". En definitiva, pues, la situación que se observa en el Derecho comunitario se corresponde con la que está presente en la mayor parte de los Estados, donde la garantía de la legalidad democrática no se apoya tanto en el origen parlamentario de la norma como en el control jurisdiccional de su legitimidad. Por el contrario, se mantiene firmemente asentada la exigencia de predeterminación de la conducta prohibida como un aspecto sustancial de la legalidad, esto es, como un elemento insoslayable de ese derecho fundamental.

- A la luz de ese contenido esencial del principio es justamente como debe examinarse el problema de la competencia penal de la Comunidad. Asumiendo que no estamos ante una competencia directa, habrán de perpetuarse soluciones de tipo integrador o subsidiario, basadas necesariamente en la conflictiva relación entre fuentes internas y fuentes comunitarias. La dificultad que existe para articular en cada caso dicha relación convierte en pura ilusión la garantía de predeterminación de la conducta penalmente prohibida, cuya observación sólo sería posible si la Comunidad estuviera facultada para regular directa e integralmente la materia punible.

- Por último, lo cierto es que, en los actuales sistemas políticos, la exigencia de un apoyo de

mocrático parlamentario para definir la orientación criminalizadora sirve más a la satisfacción de una valoración plural y pública de los intereses en juego que para garantizar realmente la libertad individual. Siendo ello así, quizá debiera concretarse cuál es la "legalidad necesaria" para una tutela adecuada en función de los intereses en juego; en efecto, pues si bien algunos de ellos demandan para su protección una amplia base democrática parlamentaria -típica de la legalidad nacional-, otros se contentan con el componente democrático existente en las normas comunitarias "derivadas", tras las modificaciones de Amsterdam. Por otra parte, los intereses teñidos de una fuerte connotación ideológica se ven influenciados de manera decisiva por la tradición cultural (como ocurre, sin ir más lejos, con la bioética), siendo oportuno que el debate legislativo tenga lugar entonces en la sede que garantiza la máxima publicidad, el mayor pluralismo, en fin,

la más intensa y cercana participación de los ciudadanos. Asimismo, parece conveniente que las decisiones sobre criminalización relativa a ciertos intereses tengan lugar en aquellos foros que son menos sensibles y permeables a la intensa presión de los *lobby*, y no cabe duda de que esa presión puede encontrar mayor resistencia allí donde exista una amplia base democrática parlamentaria. No faltan, en fin, intereses que no presentan peculiares características respecto a los protegidos en el ámbito nacional, a no ser precisamente su dimensión internacional (tal como ocurre, por ejemplo, con los afectados por el blanqueo y la corrupción internacionales) o comunitaria (como los relativos al fraude contra el presupuesto de la Comunidad). En relación con ellos predomina la exigencia de una regulación absolutamente uniforme sobre la de una legalidad plenamente dotada de su componente democrático parlamentario. ●