



La unificación de la Justicia Penal en Europa

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de las Islas Baleares

1. La cuestión previa

Al abordar el problema de la unificación del Derecho Penal en el ámbito de la Unión Europea –prescindiendo de la forma de unificación y del alcance que ésta haya de tener– es necesario plantearse una cuestión previa: ¿Es conveniente, necesaria, precisa y útil la unificación total o parcial del Derecho Penal?

La respuesta a esa pregunta central y básica es: sí, porque es el tiempo que debe ser afirmativa, y ello por diferentes razones:

- Por el sentido último de la unidad europea, que si bien nació –en el tiempo de la Comunidad Económica Europea– como una alianza inspirada en criterios estrictamente económicos, al menos formalmente, alcanza un grado de desarrollo que aboca, tras un proceso histórico de adquisición de lo que se llama “conciencia europea”, y explica los acuerdos de Maastricht y Amsterdam, en los cuales es visible una transformación del horizonte social y político de Europa, dando paso a una creciente integración en un proyecto político y humano compartido. La Unión Europea, por su sola existencia, rompe la imagen limitadora que lo económico había ejercido sobre la posibilidad de unificación del derecho.
- Porque las políticas comunes (economía, trabajo, libertad, no discriminación, igualdad, energía, etc.) que de acuerdo con ese renovado sentido de la Unión Europea se quieren llevar adelante, dan necesariamente lugar a la aparición y concreción de nuevos bienes jurídicos, los cuales merecen ese calificativo de “nuevos” no tanto por ser desconocidos en los derechos internos de cada nación –en realidad muchos pueden ser objeto de asimilación con bienes tutelados en las leyes penales nacionales y casi todos encontrarían una vinculación en las respectivas Constituciones– sino porque en la medida en que plasman un

interés común de los ciudadanos europeos experimentan una transformación de su significado material, cuya consecuencia más importante se escinde en dos vertientes: la lógica intervención sobre ellos de los organismos ejecutivos y parlamentarios de la Unión, y, en segundo lugar, la exigencia de una tutela jurídica, y jurídico-penal, necesariamente igualitaria, pues otra cosa rompería la coherencia con el sentido común y supranacional de esos bienes.

- Por alcanzar la plena virtualidad del espacio judicial europeo, el cual está siendo objeto de constantes y renovadas decisiones fortalecedoras tanto en lo que suponen para la fluidez de las relaciones entre órganos judiciales como en lo que concierne a las políticas comunes en materia policial y de seguridad, pero que no gozará de esa virtualidad hasta que no haya también un empeño compartido en la aplicación de ciertas normas jurídico-penales comunes.
- Y porque la configuración de una personalidad europea, en la misma medida que exige el sufragio de todos para la elección de un Parlamento común, requerirá antes o después que ese Parlamento actúe con un real poder legislativo, que ciertamente no será pleno si carece de una facultad tan importante como es la de crear normas de contenido penal, prescindiendo del modo –en todo caso necesario– en que esas normas hayan de relacionarse con el derecho interno y con los órganos jurisdiccionales de cada Estado.

Por otra parte, no se duda en afirmar que *ius puniendi* y soberanía van unidos. Pero por la misma razón, y en coherencia, se debiera formular la pregunta de hasta dónde llega la soberanía de la Unión Europea, máxime por parte de aquellos que sueñan en una Europa Federal. Si es así, existe una cierta contradicción entre los anhelos unificadores, que llevan a decisiones tan importantes

como la de la unificación monetaria, y la resistencia, cual cosa inimaginable, a otorgar un grado razonable de *ius puniendi* al Parlamento Europeo, *ius puniendi* que no anticipa quién debe ser el juez destinatario de las normas que produjera, y por lo tanto sería plenamente compatible con que los *tribunales destinatarios* de las normas penales a aplicar fueran directamente los de cada Estado.

Si se aceptara semejante idea surgirían lo que podríamos llamar "delitos federales", no tanto por ser llevados ante una jurisdicción supranacional (federal) —que es defendida en el plano teórico por algunos— cuanto por su regulación jurídica unitaria y metanacional.

Partiendo de estas pequeñas reflexiones previas —que sólo indican ideas tal vez inconexas y en todo caso llenas de problemas— intentaré recorrer las diferentes perspectivas desde las que se puede examinar el problema de la unificación del Derecho Penal, siempre desde el convencimiento de que no existe ni un único camino ni un único modelo de unificación¹. Para muchos penalistas existe un Derecho Penal comunitario por el simple hecho de que el conjunto de reglamentos y directivas de la U.E. determinan con creciente fuerza los contenidos y la interpretación de los derechos nacionales².

Otros prefieren no referirse al Derecho Penal en el sentido clásico (parte del sistema jurídico que establece conductas delictivas y les asocia penas como consecuencias), sino al derecho sancionador en sentido amplio, con lo cual entra lo que en puridad es sanción *administrativa*³. Dado que los organismos comunitarios disponen de esa capacidad estiman que ya es posible, al menos en un sentido amplio, hablar de un Derecho Penal comunitario, y además debe recordarse que hasta ahora la única capacidad represora efectiva de la que ha dispuesto la Comunidad ha sido la de carácter sancionador administrativo.

Por último surge la posibilidad, que hoy no pasa de un mero proyecto o deseo, de llegar a construir un Derecho Penal en sentido propio (delitos y penas) comunitario, cuyas disposiciones —pocas o muchas— fueran vigentes en todo el ámbito comunitario, incluso con un modelo de persecución y de proceso comunes. Esta meta, que hoy parece utópica, es la que en buena medida da sentido a la presente reunión.

2. El nacionalismo penal en la actualidad

Bajo la denominación de nacionalismo penal se pueden situar todas aquellas posturas que estiman que el *ius puniendi* del Estado es indeclinable, irrenunciable e incompañable con ningún otro poder extranacional. Para esas posiciones lo que caracteriza a la soberanía misma, además de las notas que corresponden a la personalidad jurídica internacional, es, entre otras cosas —moneda, fuerzas armadas, etc.— la capacidad exclusiva y excluyente para dictar leyes penales que rijan plenamente en el propio territorio y que, con las limitaciones que correspondan, puedan extenderse a hechos cometidos incluso fuera del propio espacio territorial (los supuestos de extraterritorialidad por razones reales o personales).

Tal potestad de punir no admite la injerencia de una potestad superior por la simple razón de que el *ius puniendi* es la expresión misma de la independencia y la soberanía, y por ello, aquella organización social que carezca de ese poder carecerá de esa soberanía.

Sin entrar en la diferencia que media entre ejercer del poder de crear leyes penales y compartir esa potestad con un poder supranacional *del que también se participa y por lo mismo no es un poder ajeno o externo al Estado*, la apuntada manera *nacionalista* de entender el *ius puniendi* conduce a la conclusión de que toda renuncia o limitación o corresponsabilidad en su ejercicio acarrea una análoga reducción de la soberanía misma.

Ello no obstante, y aun cuando es preciso reconocer que, con mayores o menores matices, el nacionalismo penal es una actitud intelectual y política muy extendida, convive con la aceptación de una serie amplia de transformaciones. Afortunadamente hoy es difícil encontrar defensores de un aislacionismo penal a ultranza, decimonónico e intransigente en todo lo que atañe al acercamiento entre los Estados en materia penal y político-criminal. La interpretación cerrada de la relación *ius puniendi*-soberanía no es defendida por nadie, pues cuando menos se acepta sin reservas la obligatoriedad de trasladar al Derecho Penal interno las obligaciones adquiridas por Tratado.

Desgraciadamente, aun cuando esa obligación de cumplir con los compromisos asumidos en tra-

1. JEAN PRADEL, en "Voies pour la création d'un espace judiciaire européen unifié", en este mismo seminario, agrupa los modelos hasta ahora seguidos como vías de unificación, de armonización, de asimilación, y de colaboración o cooperación.

2. Por ejemplo, en materia medioambiental. Sobre ello, DE LA MATA, *Protección penal del medio ambiente y accesoriad administrativa*, Barcelona, 1996, *passim*.

3. Vid. ARROYO y BERNARDI.

tados internacionales sea formalmente indiscutible, y sea sincera la promesa de traducir en normas las indicaciones y recomendaciones recibidas o asumidas, no pasa de ahí y ni siquiera llega a la inclusión de cláusulas que garanticen el obligatorio cumplimiento. La capacidad de los organismos de la Comisión europea y del Tribunal de Justicia para reprochar a un Estado miembro el incumplimiento de lo convenido cuando incide en materia penal es, todavía, limitada.

Pero sería cerrar los ojos a la realidad el olvidar que, pese a esos pequeños signos de unificación, durante mucho tiempo la única vía de homogeneización del Derecho Penal ha sido el *derecho de la extradición*. Efectivamente, a partir del Convenio Europeo de Extradición de 21 de abril de 1982, se establece un marco que obliga, a través de la virtualidad del principio limitador de la doble incriminación, a adquirir la conciencia de que el derecho interno, si quiere aspirar a ser eficaz en los casos en los que el autor del hecho no se encuentre en España, ha de asimilarse al derecho de los demás Estados presentes en el Convenio. Ciertamente que eso no es la unificación del Derecho Penal en Europa sino sólo, y no es poco, la asimilación u homologación de los derechos penales nacionales, pero indudablemente proporciona una base de acercamiento que necesariamente facilitaría la intervención legislativa supranacional (por ejemplo, estableciendo una relación expresa de los delitos que pueden ser tenidos por "europeos" y por lo tanto susceptibles de un procedimiento de detención y entrega mucho más simple que el de la extradición).

Pese a la indudable prevalencia del derecho interno, va adquiriendo cada vez mayor nitidez una perspectiva unificadora. Lo que podemos llamar el tradicionalismo nacional, tema al que volveré en el epígrafe siguiente, en materia penal se está revisando por diferentes razones:

a) La aceptación de que estamos generando una historia común que a su vez, pese a diferencias indudables, puede enlazar con un pasado común mucho más patente conforme se establece la comparación entre los países de la U.E. y el resto del mundo.

b) La convicción de que los países de la U.E. han producido y asumido una importante cantidad de valores y principios comunes que se traducen en :

- la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- la creciente fuerza de la legalidad y la justicia comunitarias
- la visible proximidad entre los sistemas constitucionales (comparemos, por ejemplo, la Constitución española con la Constitución alemana) y,

simultáneamente una línea de proximidad en las jurisprudencias constitucionales en relación con los problemas penales.

c) La evidente existencia de un *lenguaje dogmático cada vez más común*. De ello se desprende que en la U.E. es posible decir que se está alcanzando antes la *unión científica* que la unificación legal.

En relación con este fenómeno es de destacar que algunos penalistas cualificados consideran que es de *importancia superior a la unificación de leyes penales*. Desde ese punto de vista se considera más tangible, más seguro y más arraigado el compartir una ideología jurídica común, pese a diferencias puntuales en las leyes, que el conseguir leyes uniformes, desde la convicción de que la realidad operativa del Derecho la marcan en mayor medida los juristas en general que los legisladores. Es fácil comprobar cómo los penalistas de diferentes naciones europeas pueden dialogar sobre las instituciones penales sin problema alguno, utilizando métodos de análisis y de razonamiento también comunes. En ello ha tenido una decisiva influencia la trascendencia que en el pasado siglo tuvo el clasicismo italiano y, desde finales de ese siglo y a lo largo de éste, la dogmática que va de Liszt hasta nuestros días. No se trata, como algunos piensan con cortedad de miras, de la asunción como lenguaje común el propio de la dogmática alemana, pues en cada país se ha producido una propia dogmática, sino simplemente de la aceptación de dos ideas centrales: que el Derecho Penal está al servicio y sometido a los derechos del hombre y limitado por principios irrenunciables (tutela de bienes jurídicos, culpabilidad, intervención mínima, etc.) y, en segundo término, que las normas penales, expresión y garantía del principio de legalidad, han de ser estudiadas mediante el método dogmático.

Por esas razones puede hablarse de una línea de pensamiento que entiende que ha sido y es *más importante continuar en la línea de aproximación intelectual* entre los modos de concebir el Derecho y el proceso penal (que podrían cristalizar en documentos ideológicos comunes) que la obtención de un texto articulado cuya comprensión e interpretación, entregada a culturas jurídicas absolutamente diferentes, podría ser muy variable.

Esa idea de la unificación cultural es respetable e inobjetable. Pero lógicamente no excluye la posibilidad de alcanzar un grado razonable de leyes penales comunes. Al contrario, si es posible pensar en esa meta es precisamente porque contamos con un patrimonio intelectual común como posiblemente no sea posible hallar entre otros grupos de Estados.

3. La configuración constitucional del Poder Legislativo de los Estados

Si pensamos en un Derecho Penal supranacional, prescindiendo de su extensión y contenido, producido por el Parlamento Europeo, y destinado a adquirir automática vigencia en todo el territorio de la Unión, nos encontraremos, además de los muchos problemas de carácter técnico-jurídico y político-criminales, de los que luego trataré, con una problemática cuestión previa: la compatibilidad de las normas constitucionales internas sobre las fuentes del Derecho y la pretensión de un Derecho Penal supranacional.

En el panorama comparado se aprecia que muchas Constituciones no reconocen ningún otro poder creador de leyes por encima del Parlamento propio, al que se otorga, de acuerdo con la lógica distribución de funciones en el Estado de Derecho, la competencia exclusiva en la producción de leyes. Por el contrario, algunas Constituciones europeas sí hacen reconocimiento expreso de la existencia de la fuente comunitaria y la incorporan a las fuentes propias del derecho.

La Constitución española no proclama la fuerza directa del derecho comunitario. Pero el artículo 96 C.E. declara que los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno. Los efectos automáticos del Tratado de la Unión son indiscutibles, pero también es cierto que el Tratado no creó tipos penales. ¿Y si lo hubiera hecho, qué habría sucedido? El artículo 96, C.E. no contiene ninguna excepción, por lo cual no hay razón aparente válida para cerrar el paso a Tratados creadores de normas penales, siempre y cuando se haya producido la ratificación.

Por otra parte cabe plantearse la misma duda, siempre en clave de hipótesis, respecto de lo que pasaría si en un cierto momento —y operando con la regla de la mayoría como indica el Tratado de Amsterdam, no con la de la unanimidad— la U.E. acordara a través de un nuevo Tratado conferir al Parlamento europeo la potestad de dictar una "ley penal"; habría que enfrentarse de pleno con la duda: ¿podrían esas normas emanadas del Parlamento europeo ser automáticamente vigentes en todo el territorio de la Unión y vincular a los jueces de todos los Estados miembros? La respuesta formal es sencilla: si eso en último extremo se derivase de un Tratado de la Unión y éste fuese debidamente ratificado se habría producido una modificación material del sistema de fuentes del Derecho establecido por la Constitución, hasta el punto de que no sólo podría un Tratado o el Parlamento europeo crear figuras de delito, sino que además quedaría vedada al Parlamento nacional

la posibilidad de modificar esas leyes penales. Con ello se produciría una efectiva reducción de la capacidad que constitucionalmente corresponde al Poder Legislativo.

De una lectura simple del artículo 96, C.E. habría que deducir que en teoría no hay obstáculo para que todo eso pudiera llegar a suceder. Es más, desde tiempo viene siendo reconocida la preeminencia de las normas comunitarias sobre las normas nacionales, incluso en la interpretación de las leyes penales. Mas concurren una serie de obstáculos que hacen que en estos momentos sea poco imaginable ese automatismo. De ello me ocupo seguidamente.

4. Viejos y nuevos obstáculos para la unificación del Derecho Penal

La viabilidad de decisiones unificadoras generadas por Tratado o acordadas por el Parlamento europeo, tal como se acaba de señalar, tropieza con obstáculos políticos, ideológicos y técnicos, que hasta ahora han sido muy sólidos.

Al principio me he referido al supuesto carácter meramente *económico* de la U.E. Tal como se indicó antes, indudablemente eso se podía decir de la C.E.E., pero no así de la U.E., máxime después de los pasos dados en los últimos cinco años (ampliación de la comunidad, Tratados de Maastricht, Amsterdam, Dublín). Pero pese a ello los primeros pasos que se han dado en la dirección unificadora (así, por ejemplo, el *Corpus Iuris*) no contempla otra cosa que la lesión a los intereses económicos de la U.E. Evidentemente eso se puede explicar en nombre de una prudencial limitación de los objetivos unificadores que tiene el *Corpus* citado, de cuyo análisis no me ocupo pues ya se dedican a ello otras brillantes intervenciones de este mismo Seminario, pero no deja de ser significativa la inercia "económica", que puede producir una perseverancia de ideas en torno al limitado alcance de la unificación de Europa.

Con mucha mayor nitidez se percibe el indiscutible hecho de la *real ausencia de una efectiva competencia del Parlamento comunitario para producir leyes penales*. Lo cierto es que hasta el momento, pese a la aceptación del compromiso de trasladar al Derecho interno las directivas comunitarias que generen obligaciones penales, no se ha planteado siquiera la posibilidad de que el Parlamento europeo pueda producir auténticas leyes con vigencia inmediata en todo el territorio de la U.E., y ni siquiera es prudente suponer que esa vaya a ser una prioridad de la U.E. en el momento siguiente a la definitiva ratificación del Tratado de Amsterdam, hoy todavía pendiente.

En ocasiones –siempre en el plano de la especulación teórica– se ha hablado de una supuesta *falta (relativa) de legitimidad democrática del Parlamento europeo*, pues la distancia respecto de los electores, y, con ella, la concreción del principio de representación entre los eurodiputados y los electores de cada Estado dificulta trazar un paralelismo exacto con la representatividad que puedan tener las cámaras legislativas nacionales. Ése es un argumento inadmisibles, pues sólo conduce a denunciar defectos en el sistema electoral del Parlamento europeo, o bien a una conclusión mucho más peligrosa, por lo que tiene de muestra de incompreensión de lo que significa el proyecto político de la U.E.: la tesis de que el Parlamento europeo puede llegar a aprobar una ley en contra de la cual se hayan pronunciado, por ejemplo, la mayor parte de los eurodiputados de un Estado. En verdad que eso crearía un conflicto, pero es sólo una especulación sin base.

Sin base, porque, en primer lugar, para que el Parlamento europeo dispusiera de esa clase de competencias legisladoras haría falta un nuevo Tratado que ampliara lo acordado en Amsterdam, y, en segundo lugar, los diferentes Estados podrían introducir las reservas que estimaran oportunas para evitar precisamente la imposición de una norma rechazada por sus ciudadanos de modo mayoritario.

Tampoco han de desdeñarse las tradiciones de cada país, culturales, políticas, ideológicas y, so-

bre todo, jurídico-penales. Posiblemente los obstáculos derivados de la cultura penal, a causa de la estrecha vinculación histórica entre la cultura de una sociedad y su Derecho represivo sean los más difíciles, pero, paradójicamente, son los que a mayor velocidad se acercan a la superación.

La supuesta vinculación no pasa de ser un postulado teórico que el tiempo se ha encargado de desmoronar. La vieja idea carrariana conforme a la cual la lectura de las leyes penales vigentes en una nación permiten al historiador detectar con certeza su grado de desarrollo social y cultural, no pasa de ser una imagen propia del tiempo de la codificación decimonónica. Cuando un Código Penal persevera en el tiempo va alejándose inexorablemente de la sociedad en la que rige. Como ejemplo basta pensar en los antiguos delitos (españoles) de adulterio y amancebamiento, o en el escándalo público, o en tantos otros. Por lo tanto, la aludida “tradicción penal” se corresponde más con los hábitos e ideas preconcebidas que se mantienen en la “sociedad de los juristas” de cada país.

En todo caso es notable el problema de la diferencia radical entre los sistemas de *civil law* y de *common law*.

Por otra parte, el sistema de *common law* ha influido visiblemente en la configuración del llamado *Derecho Penal internacional* cuyo contenido y función es cuestión que nada tiene que ver con la unificación penal⁴.

4. En el Derecho Penal internacional hoy en día el centro de la atención lo ocupa sin duda las vicisitudes que están acompañando al nacimiento del Tribunal Penal Internacional, tras los constituidos para juzgar los crímenes de guerra o genocidio cometidos en distintos lugares del mundo. Los T.P.I., en cuanto problema y en relación con el Derecho aplicable, no tienen nada que ver con la unidad de la legislación penal, sino que son una importante muestra de solidaridad humana que se encuadra en el ámbito normativo del Derecho internacional público, con sus consecuencias en orden al relajamiento del principio de legalidad y su obligada limitación a unos muy precisos hechos (genocidio, crímenes contra civiles en tiempo de guerra, tráfico de seres humanos con ocasión de conflicto armado). Los T.P.I. son perfectamente compatibles, en cuanto jurisdicción supranacional y excepcional, con cualquier proyecto de unificación total o parcial de la legislación penal. La posibilidad de una legislación penal metanacional *destinada a ser aplicada por los Tribunales de cada estado* es la única vía real de unificación de la justicia penal.

En concreto, y en relación con la reciente polémica sobre la instauración y funcionamiento del T.P.I., proyecto al que España se ha sumado al igual que otras muchas naciones, hay que reconocer que las dificultades son grandes. El ideal de una justicia supranacional es viejo, y alcanzarlo fue uno de los propósitos más sinceros de la Sociedad de Naciones. Los Tribunales de justicia internacional, ante los que pueden ser emplazadas las propias naciones, han llegado así hasta nuestros días (el Tribunal de la Haya). En otro orden de funciones se sitúa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, cuyo objetivo es el control del cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados que suscribieron los documentos continentales sobre la materia, y que inciden en el reconocimiento efectivo de derechos subjetivos (libertades, no discriminación, seguridad jurídica, respeto a la dignidad, derecho a procesos justos, etc.) de los ciudadanos europeos en sus relaciones o conflictos con los Estados.

Pero el Tribunal Penal Internacional aspira a otros objetivos más precisos, que presuponen la previa aceptación de una relación de hechos que han de merecer el calificativo de crímenes internacionales, cuyos autores, prescindiendo de la nacionalidad de agresor y de víctimas, y aunque ostenten la misma y todo proceda en teoría de un conflicto civil –lo cual es particularmente importante si se piensa en dramas como los que se viven en Kosovo o en algunas naciones africanas– deberán ser sometidos a la jurisdicción del Tribunal con el auxilio de todas las naciones que sostengan a ese órgano, y sin que se puedan atrincherarse en invocaciones de la calificación de “cuestión interna”.

El sistema del *civil law* es mayoritario en Europa continental, y se acomoda mejor a la idea de garantismo predominante en nuestro entorno. Pero de ese hecho cierto no debe extraerse una conclusión exagerada cual sería la de que solamente la comprensión de la legalidad como base y fundamento de la dogmática en la manera en que la conocemos permite una convergencia en pro de unas leyes penales comunes. Alcanzar la concordia en torno a cuáles debieran ser las características de las fuentes del Derecho Penal europeo (fuentes escritas) es tarea relativamente sencilla, máxime si se la compara con las enormes dificultades de fondo que concurren.

Somos conscientes de que el Derecho Penal de las naciones europeas ha estado muy influenciado por factores de tradición y de orden político hasta hace muy poco tiempo, y eso se tradujo en apreciables diferencias en los principios generales del Derecho Penal, en las instituciones de la

parte general, en el sentido, fundamento, fin y dureza de las penas, y, visiblemente, en los concretos tipos de delito, de los que en modo alguno podría decirse que fueran iguales en cada Derecho nacional.

Ese distanciamiento se ha producido incluso entre los que nos consideramos más cercanos (Italia, Francia, Alemania, España, Portugal, por ejemplo.) Es fácil imaginar las conclusiones que se extraerían de la comparación con otras naciones y con las que aspiran a incorporarse a la U.E.

5. Imposibilidad de un Código Penal único

Muchas son las razones que se alzan en contra de la pretensión de alcanzar un Código Penal único, pretensión que, por otra parte, *no ha sido defendida por nadie*.

En la actualidad muchas naciones persiguen ciertos delitos, como el de genocidio, con independencia de que se hayan cometido en otro lugar. Se trata de una extensión de la jurisdicción nacional fruto de un compromiso internacional. Pero un Tribunal Internacional Penal, con independencia de cuáles son los crímenes cuyo enjuiciamiento se le atribuya, es algo diferente. Indudablemente, en un plano estrictamente formal, el país que suscribe el compromiso de creación de un Tribunal de esa especie acepta una tácita reducción de su jurisdicción penal, en cuanto que los crímenes que se remitan a la competencia internacional quedan sustraídos de la jurisdicción nacional en el momento en que intervenga la jurisdicción supranacional.

Pero a punto de entrar en el siglo XXI resulta casi anacrónico aferrarse a ideas enmohecidas sobre los conceptos de soberanía y exclusividad del poder punitivo del Estado, como si ceder una competencia en esa materia fuese poco menos que renunciar a la independencia del Estado, cuando es solo un acto de solidaridad y de fe en valores y principios que pertenecen a la humanidad en su conjunto.

Claro está que en la letra menuda de la creación de un órgano de esa clase deben ser resueltos problemas concretos y prácticos que no son pequeños, pues la forma en toda creación democrática debe merecer el respeto que corresponde a la garantía de defensa, así como las cuestiones relativas a la inhibición de los Tribunales nacionales, la detención, la prisión preventiva, la necesaria colaboración de las jurisdicciones nacionales, y tantas otras materias. Todas ellas son perfectamente resolubles técnicamente si de verdad existe la voluntad política de que el Tribunal nazca.

Pero esas cuestiones se transforman en valladar insuperable cuando no existe esa voluntad. Y eso es lo que sucede con la oposición norteamericana. El argumento, en el que le acompañan naciones igualmente cuestionables en su decencia respecto de los derechos humanos, de que no puede exigirse a ningún país que cercene la competencia de sus propios Tribunales si ya han comenzado a conocer del crimen internacional, y ceda la competencia a un Tribunal supranacional, es presentado como una defensa a ultranza de la independencia y de la soberanía nacional, cristalizando en la exclusividad e irrenunciabilidad del *ius puniendi* esa soberanía, con argumentos propios del siglo XIX.

Pero nadie se puede engañar, en primer lugar porque Estados Unidos, con su descomunal población penitenciaria y un frecuente recurso a la pena de muerte, con un sistema judicial en el que todo es pactable, repetible, cambiante, con una sociedad que ve indiferente el gasto de miles de millones de dólares sólo en averiguar la vida privada del Presidente, y con una larga historia de protección a los dictadores más desalmados y sanguinarios del planeta, no están en condiciones de hablar —otra cosa es que cuenten con el poder de imponer su parecer, al menos por el momento— de principios jurídicos irrenunciables ni de invocar el respeto a las soberanías nacionales.

Esa es una idea muy cara a todo dictador que se precie. Una transición llega antes o después, y para entonces nada mejor que un pacto de exoneración de responsabilidad ratificado por los propios Tribunales —es innecesario traer aquí ejemplos que son sobradamente conocidos— sin que pueda obstaculizar tan cómoda solución ningún organismo supranacional. En eso están de acuerdo los dictadores de cualquier ideología. A eso se añade, como otra excepción aún más abusiva si cabe, que ningún Tribunal Internacional podría intervenir, según Estados Unidos, si un Tribunal norteamericano ha empezado a hacerlo —y es ciertamente sencillo encontrar una excusa para abrir un proceso, basta con decir que han golpeado a un ciudadano norteamericano—, con lo cual se dejaría a la voluntad de un solo Estado la llave de acceso a la jurisdicción supranacional.

El resultado final, y eso es lo que de verdad merece reflexión, es que la nación más poderosa, que no la más digna, no está dispuesta a perder el control sobre cómo nacen, perduran y se extinguen las dictaduras y las brutalidades que llenan nuestro mundo, y no está dispuesta por la sencilla razón de que en cualquier momento esas atrocidades pueden ser coincidentes con los intereses estratégicos norteamericanos. Que hayan llegado a tanta y tan cruel hipocresía los descendientes de los autores de la primera Constitución democrática de la historia es algo que tal vez sólo puede explicarse mediante un combinado de militarismo, imperialismo, puritanismo y, sobre todo, desprecio por el resto de la humanidad.



En primer lugar, la integración sistemática del Código Penal en el conjunto de las leyes del Estado, conformando un Ordenamiento jurídico con aspiración de coherencia, dentro del cual se distribuyen las funciones, reservando al Derecho Penal la intervención fragmentaria y de *ultima o extrema ratio*, dentro a su vez de una coherencia conceptual, se presenta como un lógico, comprensible e infranqueable obstáculo para la existencia de un Código enteramente supranacional.

La *política criminal* de cada país puede requerir actuaciones legislativas concretas, determinadas por las características de la criminalidad en cada sociedad. La necesidad, por lo tanto, de una política legislativa penal específicamente estatal queda fuera de toda duda, al igual que es preciso reconocer la diferencia de mentalidad con que pueden ser afrontados los más variados problemas en los distintos países que componen la U.E. Aceptado pues que solo la propia legislación es capaz de ofrecer un marco sistemático al Derecho Penal positivo se desprende con facilidad que un Código Penal único y metanacional sería inviable.

6. Viabilidad de un catálogo de "delitos comunes europeos"

Cuestión diferente y que debe enjuiciarse con otros criterios es la posibilidad de aceptar como norma común supranacional, una *relación reducida de infracciones penales a cuya concreción y descripción se llegara en virtud de Tratado*, o, segunda posibilidad, *dotando, mediante los oportunos tratados, de capacidad legislativa penal al Parlamento europeo*.

Surge aquí la delicada cuestión de la concreción básica del carácter que hayan de tener los *bienes jurídicos* tutelables, y ahí son dos las líneas posibles:

a) Reducción a intereses "comunitarios". Sería ésta la opción elegida por el *Corpus Iuris*⁵, y supondría una limitación de los "delitos europeos" exclusivamente a aquellas conductas que afectarían a intereses (financieros) de la U.E. Por ese camino se refuerza la imagen de que la U.E. tiene un sentido casi exclusivamente económico, descartando cualquier pretensión de construir un patrimonio subjetivo del ciudadano europeo que vaya más allá de eso. Pero como al principio dijimos esa reducción es poco compatible con la imagen deseada de la U.E. que se desprende del Tratado

de Amsterdam, que determina un salto cualitativo en el sentido y objetivos de la U.E.

b) Ampliación a todo aquello que pueda considerarse patrimonio fundamental de los ciudadanos europeos. Ésa sería la opción unificadora que iría más allá de lo puramente económico y formalmente viene avalada por el hecho indudable de que existe una intervención creciente de la U.E. en materias no estrictamente financieras (por ejemplo medio ambiente, alimentos, libre circulación, no discriminación, libertad de trabajo, etc.), que da lugar a importantes indicaciones que se proponen a los Estados advirtiéndoles de la obligación de suministrar la necesaria tutela penal a concretas transgresiones o ataques a esos bienes y valores. Eso compondría un elenco de bienes jurídicos mucho más amplio y mucho más capaz de producir una cultura jurídica común.

El inconveniente es también fácil de imaginar. Entre naciones de sociedades parecidas es posible encontrar muchas analogías en cuanto a las escalas de valores, pero de lo que se trata no es de eso, sino de formular una escala de valores de la que *necesariamente dependa la personalidad europea*, y ésta no puede ser tan amplia si se cumple la idea penal general de sometimiento al principio de intervención mínima y éste a su vez se conecta con el mínimo necesario para caracterizar una confluencia de valores que exprese la vertebración de Europa. Por lo tanto, ir más allá de lo económico nunca puede ser una puerta para pretender exagerar, ni siquiera en el terreno teórico, el volumen de bienes jurídicos comunes.

Desde esa prudente limitación sería posible hablar de un catálogo de bienes jurídicos *europeos* y sobre ellos construir una propuesta de normas incriminadoras/tuteladoras comunes. Eso, por supuesto, quedaría muy lejos de la pretensión de elaborar un "Código Penal común", a todas luces inviable.

7. La unificación de la proporcionalidad de la pena

Con frecuencia, cuando se habla de la unificación o de un Derecho Penal europeo por pequeño que sea su alcance, incluso si se reduce, como hace al *Corpus Iuris* prácticamente a una sola figura delictiva, se relega a un segundo plano el problema de la pena imponible a esos hechos. La respuesta teórica es tan simple como poco practicable: si una ley europea crease un delito debería

5. Sobre el *Corpus Iuris* Vid. los comentarios de TIEDEMANN y GALLO.

señalársele pena, privativa de libertad, pecuniaria o privativa de derechos, y, si se deseara cerrar la totalidad de condiciones de una ley penal completa tendría que alcanzar también a su ejecución, el control de ésta, y hasta el sistema penitenciario que en su caso, si era pena de privación de libertad, debería seguirse.

Una lógica igualitaria apunta a que la pena debería ser de gravedad análoga, cualquiera que fuera el Estado de la U.E. en que se cometiera ese hecho delictivo "europeo". Mas los problemas son múltiples, y casi tan graves que parecen obstáculos insalvables para cualquier proyecto unificador:

a) Los Códigos Penales de los países europeos pueden ser más o menos parecidos en cuanto a lo que castigan, pero desgraciadamente las reacciones penales no son las mismas ni en calidad ni en cantidad. La pena que mereciera el "delito europeo" podría resultar más o menos grave que la asignada a otros delitos "internos" con los que fuera comparado, y hasta podrían darse situaciones inadmisibles, como que, por ejemplo, el fraude a las finanzas europeas fuese penalmente más o menos grave que el fraude a las finanzas propias.

b) Es preciso que el delito "europeo" no resulte un cuerpo extraño en el contexto de los demás delitos. Para ello cabe imaginar diferentes soluciones. La primera sería confiar la gravedad de la pena a la decisión de cada Estado, como en la actualidad se hace cuando cumpliendo una resolución internacional se incorpora una infracción penal al Código común (por ejemplo, el blanqueo de capitales procedentes de delitos relativos al narcotráfico), supuestos en los que la pena asignada es libremente decidida por el legislador nacional aunque se haya recibido alguna indicación desde el correspondiente Convenio o Tratado como pueda ser la de disponer en todo caso la privación de libertad.

c) Otra solución sería la de la *asimilación* con la infracción análoga que contemple el Derecho interno. Por esa vía se evita el desajuste, pero se abre la posibilidad de que en unas zonas del territorio de la U.E. sea menos grave ofender a los intereses comunitarios que en otras partes de la Unión.

d) Otra vía sería indicar un mínimo de pena dejando en libertad al legislador nacional para decidir el máximo. Pero lo cierto es que señalar míni-

mos y máximos a los que haya de ajustarse un sistema penal nacional es inviable en la práctica.

Así pues, la decisión relativa a la cantidad de castigo imponible aparece como un obstáculo prácticamente insalvable, salvo que nos contentemos con apelar al buen sentido y esperar que si ese día de la unificación llegara, los Estados fueran capaces de acordar un tipo de reacción represiva razonablemente homogéneo, que además tuviera expresamente garantizada la persecución ante cualquier Tribunal nacional (*fuero penal europeo*).

8. Otras vías unificadoras: la profundización del sentido del espacio judicial común y la revisión de la extradición

El espacio judicial europeo, cuya virtualidad es sin duda creciente⁶, debe alcanzar unas metas efectivas.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 276 a 278) establece la obligación de los jueces y tribunales españoles de prestar colaboración a los jueces y autoridades extranjeras. A su vez los jueces españoles pueden hacer lo propio, pero además de la poco específica regulación de los mecanismos de solicitud de esa colaboración, está descartada la relación directa desde el órgano judicial español al órgano judicial europeo, puesto que la petición de ayuda la debe elevar el juez a través de la correspondiente Presidencia (Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, Audiencia) al Ministerio de Justicia, para que a su vez éste la tramite a través de la correspondiente vía diplomática o consular (art. 276, L.O.P.J.).

El excesivo ritualismo administrativo de la colaboración entre los jueces de la UE ha ido evolucionando, desde los primeros pasos dados en el Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal, hacia una simplificación que llega al punto máximo en el Convenio de Schengen, que prácticamente abre la puerta a la comunicación directa de juez a juez, aunque sea con ciertas cautelas y limitaciones⁷. De otra parte, el acuerdo de Schengen implica enormes avances en la actuación policial transfronteriza, aunque no alcance a todos los delitos y se someta a condiciones previas⁸.

6. En relación con ello, Vid., extensamente, *Política común de justicia e interior en Europa*, en AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, XXIII, 1995.

7. Vid.: SALCEDO, "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en *Política común de justicia...*, op. cit.

8. Vid., en la misma obra colectiva, MORENO CATENA, V., "El espacio judicial y penal en el marco del convenio de Schengen".

En suma, puede percibirse un movimiento imparable en pro de la consecución de un espacio judicial europeo efectivo, en el que pueda desarrollarse la actividad jurisdiccional –en cuanto realización de la justicia penal– de todos los jueces de la UE, que a su vez podrán llegar a contar antes o después con una suerte de policía judicial europea. Bien es verdad que todo ese proceso, ciertamente veloz en el tiempo, no afecta necesariamente a la unificación del Derecho Penal. Pero en la medida en que todas las normas de colaboración implican homogeneidad de criterios penales (se han de comparar las normas de cada Estado), es comprensible que es un proceso que cuando menos, propicia la unificación.

9. La revisión de la extradición desde una perspectiva unificadora

La Unión Europea se ha esforzado, y ello es positivo, de un modo continuado por hacer más fácil el procedimiento de extradición. El 10 de marzo de 1995 (D.O.C. 78-30.3.95) nació el *Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea*⁹.

En cuanto la extradición tiene una dimensión histórica atada a las fronteras y a la soberanía oponible a la justicia de otro Estado, se presenta como una institución que parece más de un tiempo de separación que de un propósito unificador. Pero, pese a eso, sería absurdo plantear una supresión radical de la institución de la extradición entre los Estados de la U.E., con la pretensión simultánea de que absolutamente todos los delitos son objeto de extradición. Las limitaciones esenciales (gravedad, doble incriminación, perseguibilidad y especialidad) deben merecer una respuesta ajena al voluntarismo irreflexivo.

En ámbitos doctrinales y comunitarios hace ya tiempo que se discute sobre la conveniencia de revisar la Convención Europea de Extradición, acuerdo que en su momento (21 de abril de 1982) supuso un importante paso en la construcción de una política judicial compartida y continental, en unión de otros acuerdos, como el Tratado de Asis-

tencia Judicial en Materia Penal (14 de julio de 1982). El ideal que presidió el nacimiento de esas normas es fácil de comprender: si Europa persigue la unificación de los mercados y las políticas económicas, medio-ambientales, culturales, o militares; si también se pretendía un estatuto de ciudadano europeo, compuesto de derechos, libertades y deberes, común y tutelado por instancias supranacionales, será igualmente preciso que progresivamente los aparatos judiciales sean una misma cosa en orden a la preservación de lo esencial, entendiéndose por esencial aquello que para todos es la regla mínima de convivencia, que consiste en no cometer delitos.

La plasmación de ese ideal sería la consecución *profunda del espacio judicial europeo*, de modo tal que los realmente jueces de los países de la U.E., en el ejercicio de sus competencias fueran un conjunto orgánico competente sobre la totalidad del espacio físico de los países de la Unión. Si se llegara a poder afirmar que en el territorio de la Unión Europea *no hay frontera que salve de la obligación de responder por hechos delictivos cometidos en cualquier país*, la realidad de ese “espacio único” comenzaría a ser tangible. Naturalmente, la única vía para llevar a la práctica ese ideal, y que es compatible con el respeto a la soberanía territorial de cada nación, es la extradición, pues a nadie se le oculta que sería intolerable para esa soberanía el que la detención y entrega de presuntos o convictos delincuentes pueda llevarla a cabo por sí sola la Policía y que fuera ésta la que decidiese a qué juez y de qué país se hacía esa entrega. Si eso sucediera tendríamos un espacio “policial”, que indudablemente es preciso, pero siempre que esté subordinado a un control judicial superior, pues otra cosa sería inaceptable.

La solidaridad en la persecución de los delitos obliga a que los Estados constriñan a sus propios nacionales a cumplir con los requerimientos de los jueces extranjeros, haciendo que presten declaración en la forma debida, suministren las informaciones que se les pidan, y todo aquello que sea preciso para la investigación que sobre un delito se siga en otro país. Si se impone una condena a un extranjero ausente –en los pocos casos en que eso es posible– o se le emplaza para ser juz-

9. El art. 2 de este nuevo Convenio de 1995 preceptúa que los Estados de la U.E. se obligan a entregarse, por *procedimiento simplificado de extradición* a las personas buscadas que hubieren sido objeto de detención preventiva, mediante el consentimiento de las personas afectadas y el acuerdo del Estado requerido. En este sentido el art. 6 del Convenio de 1995 indica que la persona buscada a efectos de extradición, que fuere detenida en el territorio de otro Estado miembro, será informada por la autoridad competente de la solicitud de que ha sido objeto, así como de la posibilidad que se le ofrece para consentir en su entrega al estado requeriente, según el procedimiento simplificado. El Estado requerido comunicara al Estado requeriente el consentimiento de la persona. En el caso de que esta se hallase en detención preventiva y al objeto de que el Estado requeriente pueda presentar, en su caso, una solicitud de extradición, el Estado requerido le notificará en el plazo de 10 días desde la detención, si la persona ha otorgado o no su consentimiento.

gado, es evidente que su país no lo va a entregar, pero sería de desear una actitud solidaria, lo que se debiera traducir en que ese país le obligará a cumplir la condena que se le haya impuesto o le juzgue, y si procede le condene, por lo que hizo en otro lugar.

Si se mantienen los principios rectores de la extradición que se derivan del actual Convenio Europeo tácitamente aceptamos la preservación de los procesos de extradición dentro de la U.E. Por eso, desde una *perspectiva unificadora* debe cuando menos denunciarse la inviabilidad de la actual concepción de la extradición: la superación de la técnica de la doble incriminación en cuanto que descansa en el presupuesto de la diferencia. Tal vez la solución más prudente sería la formulación de un *catálogo de delitos que permiten la entrega automática del autor, en virtud de una lista única de descripciones, en todos los idiomas de la unión, y que lleve aparejada la simultánea especialidad y, además, con un tiempo expreso de prescripción común a toda la relación de infracciones "europeas"*.

10. La posibilidad de un Código Penal tipo o modelo para los países de la Unión Europea

Llegamos por fin al último punto que quería abordar en mi intervención: la utilidad y el indudable interés que tendría la formulación de un *Código Penal modelo o tipo*.

Para llegar a esa conclusión de utilidad se han de tener en cuenta diferentes razones o argumentos:

a) La cultura penal común. Antes decía que los penalistas de Europa hemos llegado afortunadamente a componer un pensamiento unitario, que ya no se agrupa por nacionalidades, sino exclusivamente por opciones metodológicas que pueden ser asumidas por juristas de diferentes lugares. No hay, como es lógico, y no sería deseable otra cosa, unanimidad en la manera de entender el contenido y fundamento de las instituciones penales, pero las diferencias de visión son relativamente pequeñas en comparación con la realidad de un lenguaje penal común.

b) La aceptación de unas ideas comunes en torno a los caracteres del Derecho Penal en un Estado de Derecho democrático es una de las condiciones necesarias para que esa unidad de lenguaje no sea un fenómeno exclusivamente intelectual o académico, sino algo que presupone el respaldo y concurrencia de una ideología mínima en torno a cuáles son los límites de la potestad punitiva de un Estado democrático y los condicionamientos bajo los que se tiene que desarrollar la aplicación de la justicia penal en ese Estado.

c) La necesidad de obtener un rendimiento máximo de ese patrimonio cultural y jurídico es la que nos lleva coherentemente, en esta hora de deseo de unidad europea, a la búsqueda de alguna vía en la que pueda cristalizar todo aquello que los penalistas europeos, después de muchos años de reflexión compartida, pueden declarar como *mínimos comunes del Derecho Penal*. De ese modo, un Código Penal modelo no sería un "modelo ideal de Códigos", sino el texto que recogería las paredes maestras del pensamiento penal contemporáneo, plasmadas en principios de la Parte General, aunque la Parte Especial pueda reducirse a las pocas infracciones que merezcan la denominación de delitos "europeos". Con ello se lograría simultáneamente la concreción de principios que son patrimonio común y la precisión de los bienes jurídicos que en su día debieran merecer una tutela penal comunitaria.

d) La referencia que un texto de esa clase constituiría para los legisladores de toda Europa es fácilmente comprensible, y sería mayor cuanto mayor fuera el número de penalistas que se sumaran al proyecto.

e) La potencial construcción de una primera Ley Penal Común requiere, como paso previo, esa concreción de los principios que queremos declarar como consubstanciales al Derecho Penal democrático, sea nacional o sea supranacional.

Por ello, el proyecto de un Código Penal Modelo para Europa, lejos de ser un simple juego académico, ha de tomarse como una convocatoria a la ciencia penal europea para que sea capaz de poner en un documento común todo aquello que la une en el ideal de una convivencia mejor. Es, sin duda, la parte de la tarea unificadora que nos corresponde a los cultivadores del Derecho Penal. ●