

## Política y Derecho Penal en Europa

J.M.<sup>a</sup> Terradillos Basoco

Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Cádiz

### I. Sistema comunitario y Derecho Penal interno

La búsqueda de las opciones políticas dentro de las que enmarcar los sucesivos intentos de construir un Derecho Penal europeo dista mucho de haber proporcionado soluciones definitivas. Quizá porque, como ha dicho Delmas-Marty, las soluciones armónicas han de ser dialécticas, como dialéctica es la democracia misma, y, como ésta, siempre estarán por reinventar<sup>1</sup>.

Por otra parte, acercarse al significado político del proceso de incipiente pero progresivo acercamiento mutuo entre los sistemas penales propios de cada uno de los Estados que integran la Unión Europea (U.E.) exige pronunciamientos previos sobre el significado político de la propia Unión. Y como esa tarea sobrepasa los límites de este encuentro académico, lo procedente es adoptar una perspectiva interna al propio sistema penal, ciñéndonos al examen de los pasos hasta ahora dados y del *status quo* resultante.

Esa perspectiva, interna pero que no por ello deja de ser política, obliga a adoptar como puntos de referencia los que tradicionalmente se han manejado en el debate en torno al denominado "déficit democrático" de la Comunidad, que no son otros que los principios político-criminales que vienen siendo considerados definidores del sistema penal democrático.

Comoquiera que la mayor parte de esos principios afectan sobre todo al contenido de la propia norma penal, deben ser examinados en relación con los procesos de unificación de la Parte General y de la Parte Especial. El principio de legalidad, sin embargo, remite inevitablemente al tema

de las fuentes y de su articulación recíproca. La ordenación jerárquica entre las diferentes instancias e instrumentos creadores de normas con trascendencia penal supone asunción de decisiones que tienen mucho que ver con el modelo sobre el que se pretende proseguir la construcción europea. Y esa cuestión política, no jurídica, no escapa al axioma de que "los conflictos por las competencias son conflictos por el poder"<sup>2</sup>. De ahí que mientras ese modelo no esté acabado, las propuestas de un sistema normativo penal se van a resentir de la carencia de puntos de referencia sólidos.

Potenciación o preterición del principio de legalidad y, en estrecha relación con ello, de las fuentes específicamente comunitarias o de las intergubernamentales, van a ser, pues, el hilo conductor de las siguientes líneas sobre "Política y Derecho Penal en Europa".

Tradicionalmente se ha considerado que Derecho Penal y Europa son dos realidades antinómicas, como consecuencia de que desde los Tratados de Roma, en 1957, al de Maastricht, en 1992, se viene construyendo un sistema jurídico comunitario que excluye el Derecho Penal<sup>3</sup>. Y es cierto que puede mantenerse con carácter general, como es lugar común en la doctrina, que la Comunidad carece de un poder punitivo propio, ya que sus órganos no gozan de potestad legislativa penal ni pueden imponer sanciones penales<sup>4</sup>.

Pero aunque los Tratados Constitutivos no suponen transferencia expresa de *ius puniendi*<sup>5</sup>, se va agregando paulatinamente un cierto orden jurídico que, junto a las convenciones de coordinación de los sistemas represivos nacionales, y al hilo de la jurisprudencia, sin llegar a alcanzar na-

1. DELMAS-MARTY, M.: "Prospettive sulla procedura penale in Europa": *L'Indice Penale*, 1994 (2), p. 241.

2. HUBER, B.: "La contribución de la integración europea al Derecho Penal nacional": *Cuadernos Jurídicos*, 1996 (39), p. 33.

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

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

5. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: "Derecho Penal y competencias de las comunidades europeas": *Cuadernos de Política Criminal*, 1992 (48), p. 815.

turaliza penal, impone a los Estados miembros una verdadera subordinación de sus políticas penales al orden supranacional<sup>6</sup>.

En primer lugar, y partiendo del dato de que más del 80 por 100 del Derecho económico de los países miembros tiene origen comunitario<sup>7</sup>, es evidente la trascendencia penal que puede tener la nueva disciplina jurídica de determinadas instituciones mercantiles o civiles, nueva disciplina que puede imponer un replanteamiento y una reinterpretación de los conceptos penales.

El principio de primacía —que hace inaplicables las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario y veta la aprobación de otras semejantes en el futuro<sup>8</sup>—, constituye, con el de eficacia o efecto directo, la piedra angular de las relaciones Derecho interno-Derecho comunitario, y juntos impiden al legislador nacional la criminalización de conductas lícitas a la luz de la normativa comunitaria<sup>9</sup>.

Las Comunidades actúan así como legislador negativo en el ámbito de los Estados miembros, al determinar que el Derecho comunitario es incompatible con la propia razón de ser de un tipo penal. Se trata de supuestos que, ordinariamente, deberán ser considerados como de destipificación de la conducta<sup>10</sup>.

Con carácter más general puede afirmarse también la influencia del Derecho comunitario sobre el nacional fundamentándola en el principio de lealtad comunitaria: ni la conminación normativa ni su concreta traducción sancionadora por parte del legislador nacional pueden vulnerar el Derecho comunitario, quedando, en consecuencia, vetadas conminaciones o ejecuciones de pena que por su desmesura resulten contrarias al principio de proporcionalidad comunitario y, por ende, re-

presenten una amenaza para las libertades básicas garantizadas por los Tratados<sup>11</sup>.

Simultáneamente, al consagrar derechos o intereses que definen el contenido de la norma penal interna, el Derecho comunitario amplía el alcance de ésta. Cabe citar, como ejemplos, la vigente Ley de Sociedades Anónimas, fruto en buena medida de requerimientos comunitarios, o la profundización y ampliación de derechos de los trabajadores que en Derecho interno ha producido la preocupación europea, de la que es ejemplo la Directiva 75/129/C.E.E., por evitar el denominado "dumping social"<sup>12</sup>. La comprensión del alcance de los delitos societarios o de los delitos contra derechos de los trabajadores en el Código Penal (C.P.) español no es posible sin la referencia a contenidos definidos en Derecho comunitario.

Son supuestos, entre otros muchos, de remisión, aunque sea implícita, de las normas penales nacionales a las comunitarias<sup>13</sup>. Ya por configurarse aquéllas como leyes en blanco, ya por emplear elementos normativos típicos, es obligado el recurso a éstas.

Aunque se trata de formas embrionarias de penetración del Derecho comunitario en el interno, plantean ya ciertas dificultades de conciliabilidad con el principio de legalidad, por cuanto la norma de remisión integra también el tipo de garantía, de modo que, aunque parezca obvio que debe admitirse la remisión a elementos previamente establecidos, surgen dudas en los supuestos de "remisión dinámica"; en estos casos la doctrina se viene inclinando por no admitir como integrantes del tipo penal los elementos que, con posterioridad a la vigencia de la ley interna, son objeto de alteración por la fuente comunitaria<sup>14</sup>. La cuestión no puede, sin embargo, solventarse sin tener

6. CUERDA RIEZU, A.: "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995; RUIZ VADILLO, E., "La relación entre los ordenamientos penales de los Estados miembros y del Derecho propio de la Comunidad": *Noticias de la Unión Europea*, 1994 (117), pp. 21-22.

7. RABE, H.J.: "Europäische Gesetzgebung—das unbekannte Wesen": *Neue Juristische Woche*, 1993 (1), p. 1.

8. TIEDEMANN, K.: "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht": *Neue Juristische Woche*, 1993 (1), p. 25; DEVEZE, J.: "De la diversité des sources du droit pénal de l'entreprise. Bilan d'un particularisme", en AA.VV., *Bilan et perspectives du Droit pénal de l'entreprise*, Actas del IX Congreso de la Association Française de Droit Pénal, Paris-Aix Marseille, 1989, p. 29.

9. VERVAELE, J.A.E.: "L'applicazione del Diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro?": *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1996 (2), p. 509.

10. CUERDA RIEZU: "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", op. cit., admitiendo la posibilidad de que junto a causas de exclusión del tipo puedan existir causas de justificación.

11. TIEDEMANN, K.: "Derecho Penal económico en la Comunidad Europea", en ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., (edit.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Cuenca 1994, p. 239.

12. Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Derecho Penal de la empresa*, Madrid, 1995, pp. 18-19.

13. DANNECKER, G.: "Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità Europea": *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 1993 (4), pp. 974 a 980. También GRASSO, G.: *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, (trad. García Rivas), Cuenca, 1993, pp. 53 a 57.

14. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales": *Actualidad Penal*, 1997 (31), p. 690.

en cuenta las diferencias existentes entre los elementos típicos. Cuando entre ellos se encuentra la remisión expresa a lo definido por la normativa extra-penal –por ejemplo, la infracción de disposiciones de carácter general como elemento del delito ecológico– se evidencia la voluntad del legislador nacional de que esa normativa se integre en la penal. Por tanto no habrá obstáculos a la integración, siempre, claro está, que no actúe retroactivamente.

## II. Asimilación

Además de los supuestos de remisión, las Comunidades cuentan con ciertas posibilidades de incidencia positiva directa en el campo de la criminalización y penalización: en efecto, si bien las fuentes originarias no imponen a los Estados una obligación explícita de penalizar o de cómo hacerlo, el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (T.C.E.) –artículo 10 en la versión consolidada por el Tratado de Amsterdam (T.A.)– sí ordena que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad”; principio de lealtad comunitaria, en cuya virtud, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (T.J.E.), los Estados “deben recurrir a su potestad sancionatoria, y si fuere preciso, también a sanciones penales”<sup>15</sup>.

La asimilación<sup>16</sup> –cuya partida de nacimiento jurisprudencial suele identificarse con la sentencia del maíz griego de 29 de septiembre de 1987<sup>17</sup>–, fue consagrada de modo expreso por el

artículo 209-A del T.C.E., en términos que hoy recoge el artículo 280.2 T.A.<sup>18</sup>.

La asimilación supone que la defensa de los intereses comunitarios se acomete mediante la remisión a la norma penal nacional que tiene por objeto la tutela de intereses nacionales semejantes<sup>19</sup>. Pero se trata de una técnica –calificada como “estrategia de descentralización mediante reenvío”<sup>20</sup>– que implica renuncia a la creación por parte de las Comunidades de un Derecho Penal propio, y presenta el inconveniente añadido de la desigualdad, ya que la defensa de intereses nacionales propios no es idéntica en los distintos países, con lo que conductas punibles en uno de ellos pueden no serlo en otros, ni tampoco es equivalente la pena que a las mismas conductas se impone<sup>21</sup>.

La eficacia lograda tampoco parece satisfactoria, lo que pone sobre el tapete la necesidad de incrementar la aproximación. Con lo que se abre el debate básico en torno a las ventajas de la cooperación intergubernamental –subrayadas tradicionalmente por los Estados miembros, por el Consejo y por la Comisión– o las propias del recurso a la armonización, a través del Derecho comunitario<sup>22</sup> y, específicamente, a través de las Directivas, preferidas por el Parlamento. Lo que supone volver al debate sobre el protagonismo de los Estados o de las instancias específicamente comunitarias.

Dejando para más tarde un más detenido tratamiento de ese debate, conviene resaltar ahora que cuando el Derecho comunitario amplía el campo abarcado por el tipo penal, por ejemplo, en el caso de la extensión del falso testimonio a los supuestos de actuación ante la justicia extranjera o supranacional, la asimilación, que no es mera indicación al legislador nacional sino auténtica remisión, puede entrar en conflicto con el principio de

15. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales”, op. cit., p. 682.

16. Existe asimilación cuando “la norma comunitaria prevé que los preceptos penales de los Estados miembros, protectores de determinados intereses nacionales se apliquen igualmente a la tutela de los correspondientes intereses de la Comunidad”: GRASSO, G.: *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, op. cit., p. 160.

17. Al entender que así lo impone el art. 5 (hoy 10) T.C.E.

18. “Art. 280.2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.” Tiene importancia resaltar que se prevé además la posibilidad de coordinación inter-estatal con intervención de instituciones comunitarias, lo que da entrada a la interpretación de normas por parte del T.J.E., y permite una mejor tutela de los intereses comunes: véase CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales”, op. cit., pp. 684 a 685.

19. GRASSO, G.: *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, op. cit., pp. 160 a 163.

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

21. DELMAS-MARTY, M.: “Verso un Diritto penale comune europeo”, op. cit., p. 546. Vid. los numerosos ejemplos aportados por DANNECKER (“Armonizzazione del Diritto penale all’interno della Comunità Europea”, op. cit., pp. 966 a 970); GRASSO, G.: “Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea”, Prefazione a AA.VV., *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 8.

22. GRASSO, G.: “Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea”, op. cit., pp. 8-9.

legalidad, ya que, en definitiva, la materia de prohibición la definen las instituciones comunitarias, carentes, a estos efectos, de legitimidad democrática<sup>23</sup>.

La interpretación extensiva de los tipos penales por parte de los jueces –por ejemplo, extendiendo el concepto de fondos públicos a las subvenciones pagadas directamente por la Comunidad– quedaría, sin embargo, amparada, según la autorizada opinión de Tiedemann, por el principio de lealtad comunitaria<sup>24</sup>. Se trata, no obstante, de una opinión matizable, por cuanto si esa interpretación no viene autorizada por el tenor literal del precepto interno –en cuyo caso no será extensiva–, entraría en colisión con el principio de legalidad. Obsérvese que la situación es distinta de la examinada a propósito de elementos extra-penales a los que se remite la ley penal sin definirlos. Aquí hay una definición penal que no puede ampliar directamente el Derecho comunitario.

### III. Armonización

#### 1. DIRECTIVAS

Los inconvenientes de orden político y práctico de la asimilación han determinado la primacía de la técnica de armonización, fundamentalmente a través de Directivas, que ordenan la creación de nuevas normas de Derecho interno con criterios compartidos que aseguren la igualdad necesaria para el funcionamiento mismo de las Comunidades<sup>25</sup>. A su vez, el principio de lealtad comunitaria impone la interpretación del Derecho nacional conforme a las Directivas<sup>26</sup>. De este modo se intenta reforzar la protección por el Derecho nacional de los intereses de la C.E.E., homogeneizar las características de campos que son competencia del Derecho comunitario, y eliminar obstáculos y desigualdades en el comercio internacional.

No se trata, por tanto, de imponer una unifica-

ción cultural o axiológica entre los distintos países; más modestamente los artículos 100 y 189 del T.C.E. –94 y 249 en el texto consolidado por el T.A.– se limitan a intentar la creación de condiciones uniformes en el mercado interior europeo<sup>27</sup>.

Pero incluso esa limitada armonización a través de Directivas no se ha logrado sino fragmentariamente y sólo en los sectores en los que es posible lograr un acuerdo entre Estados que responden a tradiciones diferentes<sup>28</sup>. En el específico ámbito de la protección de los intereses financieros de la C.E., por ejemplo, se ha podido sostener que los sistemas jurídicos nacionales presentan diferencias tan importantes que impiden hablar, hoy por hoy, de una auténtica armonización de la protección jurídico penal<sup>29</sup>, de modo que, tal como reconoció la *Resolución del Consejo de 6 de diciembre de 1994 relativa a la protección jurídica de los intereses financieros de las Comunidades*, fue necesario para establecer unos requisitos mínimos comunes de protección penal, optar por la vía del convenio.

Si, desde el punto de vista de los resultados armonizadores, la Directiva tropieza con obstáculos, también pueden oponerse objeciones de naturaleza política, que afectan, en primer lugar, al procedimiento de adopción.

Cuando, tal como ha sucedido en el proceso armonizador de materias tan relevantes como son el blanqueo de capitales y las operaciones con información privilegiada, se sigue el procedimiento previsto en el artículo 100 A del T.C.E.<sup>30</sup>, se potencia al máximo el componente democrático, por cuanto esta disposición se remite al sistema de co-decisión –del artículo 189 B del T.C.E.<sup>31</sup>–, en el que se consagra la participación activa del Parlamento Europeo (P.E.). El nivel inmediatamente inferior en la escala “democrática” lo constituye el *iter* del artículo 100 –94 en la versión consolidada aprobada por el T.A.–, que requiere unanimidad del Consejo. Pero ni siquiera esa unanimidad es exigida en las denominadas Directivas de armoni-

23. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales”, op. cit., p. 687.

24. TIEDEMANN, K.: “Derecho Penal económico en la Comunidad Europea”, op. cit., p. 240.

25. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Derecho Penal y competencias de las Comunidades Europeas”, op. cit., p. 817.

26. TIEDEMANN, K.: “Derecho Penal económico en la Comunidad Europea”, op. cit., pp. 238-239.

27. TIEDEMANN, K.: “Derecho Penal económico en la Comunidad Europea”, op. cit., p. 237.

28. DELMAS-MARTY, M.: “Verso un Diritto penale comune europeo”, op. cit., pp. 548-549.

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

30. Art. 95 en el texto consolidado por el T.A. El procedimiento del art. 95 es el previsto para la consecución de los objetivos enunciados en el art. 14: establecimiento progresivo de un mercado interior que “implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”.

31. Art. 251 en el texto consolidado por el T.A.

zación del artículo 101 del T.C.E. -96 en el T.A.-<sup>32</sup>, pues se trata de Directivas que se adoptan por mayoría del Consejo, lo que supone una comunitarización más intensa que la del artículo 94, pero también una más intensa posibilidad de colisión con el principio de legalidad, ya que se obliga al Estado discrepante a la introducción de modificaciones legislativas a pesar de la discrepancia de sus representantes en el Consejo<sup>33</sup>.

Desde el punto de vista de los contenidos también pueden detectarse reservas a la conciliabilidad de la armonización mediante Directivas con el principio de legalidad.

En efecto, dado que la Directiva no usurpa a los parlamentos nacionales parcelas de su *ius puniendi*, puede entenderse que respeta escrupulosamente la reserva de ley<sup>34</sup>. Y así se viene admitiendo que no parece problemática la definición de las conductas prohibidas por incompatibles con los objetivos comunitarios. Por más que sea innegable que instancias supranacionales están predeterminando el contenido de la prohibición y el círculo de autores, lo que autoriza a afirmar cierto recorte de la autonomía de los parlamentos, se entiende que esa tarea de definición de conductas prohibidas entra dentro de las competencias comunitarias. Pero cuando ese recorte se hace evidente es cuando la Directiva decide sobre la naturaleza penal de la sanción a imponer, pues aunque debiera deducirse de la finalidad misma de las Directivas que, al detectar que una ausencia de tratamiento penal por parte de algunos Estados miembros incidiría negativamente en el funcionamiento de la Comunidad, podrían imponer el recurso a las penas, ello vulneraría el principio de legalidad, a tenor de la jurisprudencia del T.J.E., que "al pronunciarse sobre el artículo 5 del T.C.E. ha señalado que lo importante es que la sanción sea

*lo suficientemente eficaz, sin indicar cuál debe ser su naturaleza*"<sup>35</sup>.

Evitar este efecto exige que la armonización se reduzca a lo indispensable para lograr el objetivo de fijar un mínimo sancionador común a todos los Estados, sin predeterminedar la naturaleza penal de las sanciones. De otro modo, se admitiría que los ejecutivos de los países miembros -el Consejo- junto con la Comisión pudieran establecer unas sanciones penales y que, además, obligaran a los respectivos Parlamentos a introducirlas en el Derecho interno mediante la promulgación de una ley, so pena de imponer una sanción al Estado. Parece evidente que todo ello no cuadra muy bien con el principio de reserva de ley penal<sup>36</sup>.

Por otra parte, en virtud del principio de primacía, una vez impuesta por el Derecho comunitario la criminalización, se produciría el efecto denominado de "petrificación legislativa", lo que perpetuaría la sustracción de competencias a las asambleas legislativas, lo que tampoco parece de recibo<sup>37</sup>.

Por el contrario, se estima beneficioso, en aras de la eficacia armonizadora, respetar a los parlamentos nacionales un margen de discrecionalidad que les permitiera decidirse libremente por la vía sancionadora más adecuada a cada conducta, de acuerdo con su autónoma valoración, reservando a la Directiva un mayor grado de detalle a la hora de determinar las conductas sancionables<sup>38</sup>.

## 2. EL T.J.E.

Otra posibilidad comunitaria para incidir armonizadamente en el ámbito penal es el recurso ante el T.J.E., por violación del Tratado de

32. El art. 6.1.54 del T.A. modifica el art. 101 del T.C.E. y lo sustituye por el art. 96 en el texto consolidado: "En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el Mercado Común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Si tales consultas no permitieren llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará, por mayoría cualificada, las directivas necesarias a este fin". La importante diferencia entre el texto actual y el originario del T.C.E. es la sustitución de la anterior fórmula "por unanimidad en la primera etapa y por mayoría cualificada después", por la de "mayoría cualificada".

33. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales", op. cit., p. 693.

34. GRASSO, G.: "Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea", op. cit., p. 11; CUERDA RIEZU, A., "¿Ostentan Ius Puniendi las Comunidades Europeas?", op. cit., pp. 11 a 12.

35. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales", cit., p. 700.

36. NIETO MARTÍN, A.: "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro": *Actualidad penal*, 1995 (34), p. 634.

37. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales", op. cit., p. 701.

38. NIETO MARTÍN, A.: "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", op. cit., p. 634.

Roma<sup>39</sup>. A ello hay que añadir que el artículo 177 T.C.E. –art. 234 en el texto consolidado por el T.A.– establece que cuando, en el transcurso de un procedimiento administrativo, civil o penal, exista controversia sobre la interpretación de la normativa comunitaria, de modo que tal interpretación pueda influir sobre la decisión del juez nacional, éste puede pedir al T.J.E. que se pronuncie sobre este punto, en vía prejudicial y vinculante<sup>40</sup>.

Como es obvio, esa capacidad interpretativa del T.J.E. se centra en el Derecho comunitario, no en el nacional, que es el que establece delitos y sanciones. De ahí que se mantenga que se trata de una influencia indirecta, pero influencia relevante, por cuanto puede decidir la inaplicación de la norma interna por contrariedad con la comunitaria<sup>41</sup>.

### 3. REGLAMENTOS

Ante las limitaciones de Directivas y resoluciones del T.J.E., el proceso armonizador puede potenciarse mediante el recurso a los Reglamentos, manifestación del verdadero poder europeo, en cuanto que con ellos la Comunidad legisla directamente sobre los ciudadanos sin la intermediación de las instancias nacionales. Se constata así una auténtica cesión de soberanía<sup>42</sup>, que puede servir como primer paso a otras formas de cesión que facilitarían el proceso unificador.

Pero no hay Reglamentos con contenido penal propio. Aunque se han buscado asideros en el De-

recho originario para justificar la competencia penal comunitaria, señaladamente en los artículos 172<sup>43</sup> y 235<sup>44</sup> del T.C.E., perviven dificultades insalvables para construir por esta vía un modelo penal comunitario. En efecto, admitir que el artículo 172 atribuye al Consejo la posibilidad de introducir penas en los Reglamentos, violaría el principio de legalidad, porque el Consejo, a pesar de la tendencia impuesta por el Tratado de la Unión, carece de legitimación democrática suficiente y evidencia el déficit democrático de las Comunidades<sup>45</sup>. Por otra parte, si bien es cierto que el 235 del T.C.E. permite a las instituciones comunitarias auto-atribuirse competencias no expresamente previstas en los Tratados originarios, con lo que podría llegarse a un auténtico *ius puniendi*, formal y directo<sup>46</sup>, el consenso generalizado entiende que, entre las posibles medidas que permite adoptar dicho precepto, no se encuentran las penas<sup>47</sup>.

Si en el orden penal las vías de penetración supranacional son, pues, limitadas, y provocan lagunas lamentables, en el administrativo se ha utilizado el recurso a sanciones comunitarias, impuestas ya por las instituciones europeas<sup>48</sup>, ya por las autoridades nacionales.

El Reglamento 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, es hoy el más importante documento de esta naturaleza. En aplicación del artículo 235 del T.C.E., el Reglamento adopta una normativa general sobre medidas y sanciones administrativas (art. 1), que habrán de ser "eficaces, proporcionadas y disuasorias", ajustadas, además, a los

39. Aunque es jurídicamente discutible si se puede llegar a la armonización de las sanciones por una vía distinta a las Directivas o los Reglamentos como es el recurso ante el T.J.E. por violación del Tratado. TIEDEMANN, K.: "Derecho Penal económico en la Comunidad Europea", op. cit., pp. 242-243.

40. CONTE-GIACOMINI: "Un caso de pregiudiziale comunitaria in Diritto penale tributario", en MISCALLI, M., (edit.), *Diritto penale dell'impresa*, Padova 1988, p. 3.

41. TIEDEMANN, K.: "Derecho Penal económico en la Comunidad Europea", op. cit., pp. 238-239.

42. ADRIÁN ARNAIZ, A.J.: "Reglamento", en BIGLINO CAMPOS, P., (coord.), *Diccionario de términos comunitarios*, Valladolid, 1997, p. 383.

43. Art. 172 (229 en el texto consolidado por el T.A.): "Los Reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos".

44. Art. 235 (308 en el texto consolidado por el T.A.): "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

45. GRASSO, G.: "Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea", op. cit., p. 5.

46. CUERDA RIEZU, A., y RUIZ COLOME: "La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho Penal español: algunas reflexiones": *La Ley*, 1989, 2, p. 361.

47. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales", op. cit., p. 680.

48. Estas sanciones han merecido a algún sector de la doctrina, aunque el propio Reglamento y los Estados miembros sustenten opinión contraria, el calificativo de auténticas penas por su fundamento, contenido y fines. De este modo, afirma SPREUTELS, J. P. ("Vers un droit pénal international des affaires?": *Journal des Tribunaux*, 14-may-1981, número 5161, p. 188), "el Derecho comunitario de la competencia constituye el más cumplido ejemplo de un Derecho Penal transnacional, aplicado por jurisdicciones internacionales".

principios de irretroactividad, proporcionalidad y culpabilidad (art. 2). Partiendo de que "la eficacia de la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades exige el establecimiento de un marco jurídico común a todos los ámbitos cubiertos por las políticas comunitarias" (Considerando 4), establece un régimen sancionatorio administrativo que atribuye "a las autoridades competentes de los Estados miembros la total aplicación del comportamiento de los agentes económicos de que se trata desde el punto de vista penal" (Considerando 9), con la advertencia expresa de que el Reglamento "se aplicará sin perjuicio de la aplicación del Derecho Penal de los Estados miembros".

#### IV. Cooperación

La búsqueda de medios para hacer converger las normas sancionadoras internas, ante las limitaciones de los procesos de asimilación y armonización, ha llevado, sobre todo tras la aprobación del T.U.E., a potenciar los mecanismos de cooperación entre los Estados a través de Tratados de Derecho internacional que, aunque como tales no necesitarían del marco comunitario, se lucran de las estructuras de la Comunidad y de la estrecha colaboración política que reina entre sus miembros.

El Tratado de Maastricht, en efecto, se ocupa de la materia penal, pero lo hace en su Título VI -"Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal"-, el llamado "tercer pilar", que se sitúa fuera del pilar comunitario y se sustrae a la elaboración del sistema jurídico propiamente europeo. Se configura así un procedimiento de colaboración intergubernamental que no incide en la soberanía nacional. Pero tampoco se trata de una cooperación internacional ordinaria ya que "comporta, tanto por razones formales (participación de las instituciones europeas en el proceso de cooperación) como sustanciales (necesidad, para hacer posible y eficaz la cooperación, de armonizar, si no unificar, ciertas definiciones),

elementos de integración en un sistema jurídico supranacional"<sup>49</sup>.

En el campo de la investigación criminal se han dado pasos muy significativos, ya que el Título VI del Tratado de Maastricht establece que los Estados miembros cooperarán en áreas de interés común de Justicia e Interior: política de asilo, inmigración exterior, lucha contra la toxicomanía, defraudación, terrorismo, el tráfico de drogas, etc. Por el contrario, ni siquiera se mencionan ámbitos tradicionales de delincuencia económica, ni se emplean criterios valorativos ponderados. Tanto es así que, de hecho, se equipara la inmigración ilegal o clandestina a formas de gravísima delincuencia<sup>50</sup>.

En materia estrictamente penal, la cooperación ha sido la vía seguida para proteger los intereses financieros de la Comunidad<sup>51</sup>. Sobre la base del artículo K.3 del T.U.E., que permite establecer acciones coordinadas en el campo de la cooperación judicial penal, los Estados miembros, vía convenio -"Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas"-, se comprometen a modificar sus leyes penales, una vez producida la ratificación por parte de todos los Estados miembros, para dotarlas de sanciones y tipos penales (art. 2) homogéneos y adecuados para castigar eficazmente las infracciones contra la Hacienda comunitaria y diseñar el reparto de competencias punitivas entre los diversos Estados<sup>52</sup>.

La aproximación se ha buscado, pues, a partir del "tercer pilar", lo que implica notables desventajas, como la incertidumbre acerca de la entrada en vigor del propio Convenio o las dificultades aplicativas que provoca el que el T.J.E. sólo pueda actuar cuando alguna de las partes lo solicite<sup>53</sup>. También se ha puesto doctrinalmente de relieve que las propuestas de los Estados miembros han venido siendo menos innovadoras e imaginativas que las de la Comisión o el P.E.<sup>54</sup>.

Se configura así, para la protección de los intereses financieros comunitarios, una estrategia

49. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., pp. 543-544.

50. Sobre los avances en materia de cooperación policial desde el T.U. hasta el T.A., véase REINARES NESTARES, F.: "De Maastricht a Amsterdam: avances en la cooperación policial europea", en OREJA AGUIRRE, M., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, I, Madrid, 1998, pp. 277 a 286.

51. NIETO MARTÍN, A.: "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", cit., pp. 634-635.

52. GRASSO, G.: "Il Corpus iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea", cit., pp. 12-13.

53. Art. 8 del Convenio, y 8 y 13 de los Protocolos primero y segundo respectivamente.

54. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", texto dactilografiado de la conferencia pronunciada en el "I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal económico", Universidad de La Coruña, abril 1998, p. 12.

que, por un lado, se fundamenta en el Reglamento 2988/1995, instrumento jurídico comunitario que establece controles y sanciones de tipo administrativo, y por otro, en la cooperación intergubernamental prevista por el T.U.E., para intervenir en un sector, el del Derecho Penal, reservado aún a la competencia estatal. Se trata, pues, de un entramado jurídico que, apoyado sobre ambos pilares, puede producir ciertas disfunciones si no se coordinan adecuadamente las normas procedentes de cada sector. Amén de que resulte sorprendente que se haya comunitarizado, a través de Directivas, la lucha contra el lavado de dinero o el abuso de información privilegiada y no contra los ataques a los intereses financieros de la Comunidad<sup>55</sup>.

### V. El Tratado de Amsterdam

El Tratado de Amsterdam (T.A.), firmado el 2 de octubre de 1997, supone la revisión del T.U.E., en términos más extensos que los inicialmente previstos en el propio T.U.E., por cuanto sucesivos Consejos Europeos, fundamentalmente el celebrado en Turín en marzo de 1996, ampliaron el proyecto reformador.

El Acta Final consta de tres diferentes apartados: el T.A., por el que se modifican el T.U.E., los Tratados de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos; los Protocolos, anejos a uno o varios Tratados y con el mismo valor jurídico; y las Declaraciones, instrumentos interpretativos de Tratados y Protocolos, algunas de las cuales no han sido firmadas por todos los Estados miembros. Todo ello constituye un innovador *corpus*, con trascendencia en la materia que nos ocupa.

La transformación que, en el juego recíproco de los "pilares" europeos, provoca el T.A. tiene especial interés.

Desde 1951 el "primer pilar" –basado en el ejercicio de competencias soberanas por parte de las

instituciones comunitarias– ha venido asumiendo el peso de la integración, hasta la reforma del Acta Única Europea de 1987<sup>56</sup>. Pero, como ya se analizó, no se trata de la vía idónea para la adopción de disposiciones finales.

Al primer pilar se añade, en el T.U.E. de 1992, el tercero: una estructura intergubernamental de cooperación que no comporta ni integración ni, en consecuencia, cesión de soberanía<sup>57</sup>. Más modestamente, se acepta que los asuntos de Justicia e Interior son de interés común, lo que habilita la cooperación de los Estados miembros, pero sin comunitarizar estas materias, ya que los gobiernos simplemente se obligan a alcanzar acuerdos entre ellos<sup>58</sup>. El inevitable fruto recuerda más los parámetros del tradicional Derecho internacional público que los del Derecho comunitario en sentido estricto<sup>59</sup>.

Las diferentes opiniones sobre el protagonismo que corresponde al primer o al tercer "pilar" tienen un evidente calado político. Optar por el tercero supone reducir significativamente el papel de las instituciones comunitarias (Comisión, P.E. y T.E.J.) y confiar la materia penal a los Estados, cuyas reticencias a la hora de incluir las materias penales dentro de la estructura propiamente comunitaria estarían en el origen de esta forma de cooperación<sup>60</sup>. Estas reticencias, a su vez, han encontrado una coartada perfecta en el "déficit democrático" de los procesos legiferantes comunitarios, que pueden llegar a obligar al legislador nacional, en detrimento del principio de legalidad, a criminalizar ciertas conductas y a castigarlas con determinadas penas<sup>61</sup>.

Pero, en sentido contrario, también se ha podido denunciar que el tercer pilar supuso, en Maastricht, un auténtico expediente no democratizador, ya que al confinar materias penales al área de la cooperación intergubernamental, se las excluyó del ámbito propiamente comunitario, evitando la posibilidad de intervención por parte del T.J.E. o del Parlamento<sup>62</sup>.

55. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., pp. 12-13.

56. MANGAS MARTÍN, A.: "El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la Unión Europea y la perspectiva de su reforma en 1966", en SALCEDO VELASCO, A., Política común de Justicia e interior en Europa, Madrid, 1995, p. 67.

57. MANGAS MARTÍN, A.: "El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la Unión Europea y la perspectiva de su reforma en 1966", op. cit., p. 67.

58. VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", en AA.VV., *La nueva delincuencia*, II, Madrid, 1993, p. 330.

59. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Una unión al servicio del ciudadano: (II) un espacio de libertad, de seguridad y de justicia", en OREJA AGUIRRE, M., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, I, Madrid, 1998, p. 257.

60. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., pp. 10-11.

61. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., pp. 12-13.

62. GRASSO, G.: "Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea", op. cit., p. 16; VERCHER NOGUERA, A.: "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", op. cit., p. 330.



Antes de la entrada en vigor del T.A., las disposiciones del Título VI privan, por ejemplo, a la Comisión de capacidad de iniciativa en ámbitos tan importantes como la cooperación judicial en materia penal, la cooperación aduanera y policial (art. K.3.2). Aún más reducida es la actuación del Parlamento cuya opinión se solicita casi por cortesía. Asimismo, los países miembros pueden optar por que el T.J.E. no sea competente para la interpretación del Convenio suscrito (K.3.2.c). Queda abierta, además, la posibilidad de que los Estados no ratifiquen los Tratados, sin que ello suponga incumplimiento de obligación internacional alguna –lo que sí ocurre cuando no se traspone una directiva– o que formulen las reservas que estimen pertinentes. Finalmente ha de tenerse presente que, hoy por hoy, la no ratificación de un Convenio por un solo Estado supone su no entrada en vigor<sup>63</sup>.

Se ha intentado, sin embargo, abrir cauces al pilar comunitario argumentando que el contenido de la letra K del T.U.E. debe ponerse en relación con el artículo 209.A del T.C.E. En él se proclama que, para lograr los fines de la U.E., los Estados miembros habrán de considerar materias de interés común la lucha contra la defraudación a escala internacional (n.º 5) y la cooperación en materia penal (n.º 7) y aduanera (n.º 8). De lo que se deduciría que el ámbito de cooperación intergubernamental queda enmarcado en el Derecho comunitario, abriendo la posibilidad de que la coordinación se plasme en normas comunitarias –Reglamentos o Directivas– con la consiguiente afirmación de competencias del T.J.E. para interpretarlas, y la posibilidad de intervención de la Comisión en los procesos penales nacionales en los que se examinen supuestos de fraudes al erario comunitario<sup>64</sup>. Lo que, entre otros argumentos, lleva a GRASSO a preconizar el recurso prioritario al 209 A, entendiendo que el Título VI del T.U.E., por sus notorias limitaciones, debe ser utilizado “sólo cuando el recurso a instrumentos propiamente comunitarios se revela imposible”<sup>65</sup>.

La cuestión también es para VERVAELE si los artículos 209 A y 100 A del T.C.E. constituyen una base jurídica suficiente para la armonización, pre-

gunta cuya respuesta queda condicionada, entre otros motivos, por la irrupción del tercer pilar. En su opinión la Comisión está íntegramente implicada en los trabajos del tercer pilar (art. K.4.2), aunque privada formalmente de un derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal. Y dado que los artículos K1 y M dejan intacto el acervo comunitario y que el artículo B –de las disposiciones sobre el tercer pilar (Título I)–, pone entre los objetivos de la U.E. la salvaguardia y el desarrollo de ese acervo, queda abierta la posibilidad de que el T.J.E., como guardián de ese acervo, decida sobre la legalidad de las decisiones del tercer pilar, aunque su competencia no esté expresamente prevista.

La realidad desmiente los pronósticos optimistas sobre las posibilidades de esta vía<sup>66</sup> pero, en el plano normativo la separación entre pilares no parece indiscutiblemente insuperable.

Con estos antecedentes, el T.A. modifica el artículo 209 A, que se introdujo en Maastricht para recordar a los Estados la obligación de asimilación *ex* artículo 5. La modificación consiste en la adición de un cuarto párrafo que otorga capacidad al Consejo para adoptar, previa consulta al Tribunal de Cuentas, y a través de la codecisión –el *iter* legislativo más democrático, en cuanto que atribuye al P.E. la condición de colegislador– las medidas necesarias para la prevención y lucha contra el fraude, si bien con la advertencia explícita de que esas medidas no podrán afectar nunca “ni a la aplicación de la legislación penal nacional, ni a la administración nacional de justicia”<sup>67</sup>.

En el T.A., una parte del Título VI del T.U.E. (visados, inmigración, asilo, fronteras externas e internas, y cooperación judicial en materias civiles) pasa al pilar comunitario, pero enmarcado, como contrapartida al impulso integrador, en un régimen especial. La cooperación policial y judicial en materia penal permanecen en el terreno intergubernamental, pero incorporando, esta vez como contrapartida al freno integrador, ciertos caracteres –“muy suavizados”– del pilar comunitario<sup>68</sup>.

En concreto, el artículo 1.12) T.A., que incorpora el artículo 43 del T.U.E., texto consolidado, introduce, como importante novedad respecto a

63. NIETO MARTÍN, A.: “La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación”, *op. cit.*, pp. 10-11.

64. NIETO MARTÍN, A.: “Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro”, *op. cit.*, pp. 617 a 619; GRASSO, G.: “Prospettive di uno spazio giudiziario europeo”: *L'Indice Penale*, 1996 (1), p. 113.

65. GRASSO, G.: “Prospettive di uno spazio giudiziario europeo”, *op. cit.*, pp. 118-119.

66. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Una unión al servicio del ciudadano: (II) un espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, *op. cit.*, p. 260.

67. Véase NIETO MARTÍN, A.: “La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación”, *op. cit.*, pp. 14-15.

68. ALONSO GARCÍA, R.: “Estudio Preliminar” a *Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*. Civitas, Madrid 1998, pp. XXI-XXII.

Maastricht, quizá para asegurar la homogeneidad de un sistema que se desdibuja con las sucesivas ampliaciones, y lo hará más con las que se produzcan en el futuro, la cooperación reforzada. En su virtud, y para lograr una mayor integración sectorial, los Estados que lo deseen en materia penal podrán hacer uso "de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en el presente Tratado y en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

Los principios a que responde esta cooperación reforzada se traducen, básicamente, en "1) permitir que parte de los Estados miembros -parte que como mínimo debe incluir a la mayoría de ellos- avancen en la integración utilizando para ello el aparato institucional europeo; 2) que dicho avance tenga lugar respetando los Tratados y los intereses de los Estados no participantes, a los cuales se les debe permitir acceder a la cooperación reforzada; y 3) que la cooperación reforzada (también conocida como cláusula de flexibilidad) se active como último recurso"<sup>69</sup>.

La autorización para establecer una cooperación reforzada entre, al menos, la mayoría de los Estados miembros, la da el Consejo por mayoría cualificada. Si por razones importantes y explícitas de política nacional un miembro del Consejo tiene la intención de oponerse a la concesión de la autorización por mayoría cualificada, no se procederá a la votación, aunque el Consejo puede pedir, por mayoría cualificada, remitir el asunto al Consejo Europeo para que decida por unanimidad. La institución se aleja, pues, de la idea de unanimidad, por cuanto, en ausencia de veto, bastará para iniciar una cooperación reforzada con el acuerdo de la mayoría de Estados, aunque no tengan mayoría cualificada en el Consejo, si cuentan con el apoyo de otros Estados partidarios de permitir la cooperación reforzada sin entrar en ella<sup>70</sup>.

La iniciativa corresponde a los Estados miembros, y la decisión acerca de posibles incorporaciones, al Consejo, previo dictamen de la Comisión. Al P.E. ha de remitírsele la petición dirigida al Consejo sobre dicha autorización.

Importante es observar que, una vez autorizada la cooperación reforzada, el papel del P.E., de la Comisión y del Consejo es el mismo que el que les

correspondería al margen de la cooperación. Y que tanto la autorización para la cooperación reforzada como su ulterior desenvolvimiento quedan sometidos al control del T.J.E.<sup>71</sup>

Si puede entenderse que todo lo anterior supone penetración del primer pilar en el tercero, el art. 2 del T.A. se orienta por los mismos criterios.

En efecto, se incorpora al T.C.E. el Título IV -3.<sup>a</sup> Parte-, en cuyo artículo 61 -antes del T.A., 73.I- se declara: "A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: a) en un plazo de cinco años... medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea<sup>72</sup>... e) medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal destinadas a garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia dentro de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea". Dejando al margen el régimen transitorio que ha de regir durante los cinco primeros años a partir de la entrada en vigor del T.A., el artículo 67 prevé una especie de pasarela, dentro del propio terreno comunitario, en cuya virtud el Consejo "por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por este Título se rijan por el procedimiento previsto en el artículo 251 (codecisión) y a adaptar las disposiciones relativas a las competencias del Tribunal de Justicia", con lo que se provoca el sometimiento de las acciones propias del Título a "reglas de procedimiento y de control jurisdiccional típicamente comunitarias"<sup>73</sup>.

Aunque se haya podido mantener que, a partir del T.A., y por imposición de los artículos 29 y 31 del T.U.E. (antes K.1 y K.3) "no cabe duda de que se ha decidido que las relaciones entre derecho penal y Unión Europea se desarrollen esencialmente a través de la cooperación intergubernamental"<sup>74</sup>, no es menos cierto que las posibilidades de integrar en esa cooperación mecanismos netamente comunitarios ha quedado también reforzada.

El T.A., en efecto, no sólo ha potenciado la comunitarización del tercer pilar, sino que ha intro-

69. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., p. XXIV.

70. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., pp. XXV-XXVI.

71. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., p. XXVII.

72. Art. 31: "La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá...e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y de las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas".

73. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., pp. XXX-XXXI.

74. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., p. 13.

ducido modificaciones en las instituciones comunitarias que apuntan, en la misma dirección, a su fortalecimiento. Si las que afectan al Parlamento son, desde nuestra perspectiva, irrelevantes, puede apuntarse como dato democratizador el de que los Parlamentos nacionales resultan reforzados por cuanto se establece por Protocolo lo que en Maastricht era mera Declaración: la obligación de que la Comisión les transmita sus propuestas legislativas con antelación suficiente a su negociación en el seno del Consejo. Y se abre, matizadamente, la vía al control por el T.J.E. del Título VI del T.U.E. (art. 35), control excluido en Maastricht con la salvedad de las facultades interpretativas a propósito de las cuestiones prejudiciales, cuando así lo dispusieran los convenios intergubernamentales celebrados en el contexto de dicho Título<sup>75</sup>.

## VI. Unificación

El profundo deslizamiento entre los clásicos pilares que provoca el T.A. permite pensar con fundamento en que la cooperación reforzada, con introducción de elementos específicamente comunitarios, puede potenciar el avance hacia un sistema penal único. Pero no puede olvidarse que se trata, todavía, de un perfeccionamiento del sistema de cooperación que comporta el riesgo, constatado experimentalmente, de fracasar como los intentos anteriores ahogado en "un proceso que, a base de protocolos adicionales en convenios firmados pero no ratificados, consiste en levantar un muro de papel frente a una criminalidad muy real y en plena expansión"<sup>76</sup>.

Se ha generalizado, en efecto, la idea de que "la asimilación no garantiza ni la eficacia, ni la justicia que supondría una represión igual para todos los operadores económicos; que la cooperación, concebida para acrecentar la eficacia aumenta inevitablemente la complejidad; y, por último, que la armonización, destinada a reforzar la justicia y la eficacia, contribuye a la complejidad del conjunto"<sup>77</sup>. Por ello, en aras, precisamente, de la justicia, la simplicidad y la eficacia, se ha buscado otra alternativa, la unificación, que, observada du-

rante tiempo como irreal, parece cada día más próxima, hasta el punto de que se ha podido afirmar que "la utopía ya ha tomado forma"<sup>78</sup>: el denominado *Corpus iuris*<sup>79</sup>.

Con él no se pretende la implantación de Códigos penales o procesales nuevos, sino la tutela de los intereses financieros de la .U.E. en un espacio europeo unificado<sup>80</sup>.

Como alternativa a la cooperación/armonización, la idea básica de la unificación que busca el *Corpus iuris*, está próxima al modelo penal de USA: creación de una serie de delitos comunitarios, semejantes a los delitos federales, cuya investigación y enjuiciamiento se regularía por normas comunes y se llevaría a cabo con intervención de una autoridad comunitaria<sup>81</sup>.

Entre los rasgos definidores del contenido del *Corpus iuris* se destaca que supera el concepto de espacio judicial común, con un grado más o menos alto de cooperación, para llegar a un auténtico espacio judicial único, basado en el principio de territorialidad europea. Sobre ese espacio único actúa, bajo el control de un "juez de libertades" designado por cada país miembro, un Ministerio Público Europeo, competente para denunciar y ejercer la acusación pública, dirigir la instrucción y vigilar la ejecución de las penas en el conjunto del territorio europeo<sup>82</sup>.

El artículo 28 prevé la posibilidad de un recurso ante el T.J.E., recurso que tendrá el efecto de unificación de doctrina, y que pueden plantear los jueces nacionales como cuestión prejudicial, cualquier Estado miembro o la Comisión cuando existan diferencias sobre la aplicación, y el Ministerio Público Europeo en los casos de conflicto de competencias.

Por su parte, la Comisión, a tenor del artículo 30, podrá constituirse en parte civil cuando haya habido perjuicio patrimonial.

El *Corpus iuris* pretende, además, dar respuesta a uno de los más importantes problemas de la Unión en materia penal —el del déficit democrático— en cuanto que, a pesar de ser un proyecto de ley de aplicación sectorial, realiza un importante esfuerzo de adecuación a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad<sup>83</sup>.

75. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., pp. XL y XXII-XXIII.

76. *Corpus iuris*, Exposición de Motivos.

77. *Corpus iuris*, Exposición de Motivos.

78. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., p. 549.

79. V. el texto del *Corpus iuris*, publicado en este mismo número de Revista Penal.

80. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., p. 550.

81. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., p. 43.

82. NIETO MARTÍN, A.: "La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación", op. cit., p. 49.

83. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., p. 550.

### VII. Significación política

Los impulsos unificadores en materia penal empujan a las instituciones comunitarias, y a los Estados miembros, a afrontar el re-examen de los principios del modelo político comunitario.

Desde el punto de vista político, no se estima suficientemente democrático que los Parlamentos nacionales presten, en términos generales, su aceptación a decisiones tomadas por órganos cuya composición no deciden libremente los ciudadanos. El tradicional modelo de división de poderes queda traicionado, y con él, el principio de legalidad<sup>84</sup> en un contexto caracterizado por un Parlamento sin funciones legislativas en materia penal, con lo que las sanciones penales podrían terminar siendo establecidas por un órgano (el Consejo), no surgido de la elección popular, y aplicadas por otro (la Comisión), que no tiene naturaleza jurisdiccional<sup>85</sup>.

Esa constatación obliga a plantearse la lucha contra el delito de ámbito comunitario precisamente en el ámbito comunitario. Lo que, desde luego, parece empeño problemático.

Existe consenso, por ejemplo, en torno a la idoneidad del procedimiento de extraer de la doctrina del T.J.E. principios comunes sobre los que construir unos rudimentos de parte general aplicables a los hechos criminalizables en apreciación generalizada. Aquellos rudimentos y estos hechos podrían ampliarse a medida que se lograra ampliar las zonas de consenso. Pero entonces el problema es decidir a qué instituciones confiar estas tareas, lo que requiere reforzar profundamente el papel del Parlamento —como exigencia material del principio de legalidad— e instituir una jurisdicción supranacional que pudiera actuar como segunda instancia de las nacionales aplicadoras, amén de las actuales facultades para entender en cuestiones prejudiciales.

Un auténtico Derecho Penal europeo ha de nacer, pues, de un Parlamento democrático<sup>86</sup>, como poder legislativo propio de una estructura federal, o al menos de una confederación de Estados, con la posibilidad de que, como suele ser norma en las

estructuras federales, esa función fuese compartida por un Consejo integrado por representantes de los Estados miembros, elegidos por los respectivos Gobiernos<sup>87</sup>.

Hoy por hoy, sin embargo, a pesar de los intentos doctrinales de atribuir competencia penal al Parlamento<sup>88</sup>, no parece que haya demasiado entusiasmo político en esa dirección. Y es posible que tampoco la situación previsible a medio plazo cambie demasiado. La U.E. afronta un continuado proceso de ampliación, con la inevitable consecuencia de seguir acumulando elementos de heterogeneidad y polos de tensión. Por lo demás, al margen de las tensiones inherentes a la ampliación del marco comunitario, tampoco parece existir una pacífica aceptación de la necesidad de avance hacia la unificación.

Y no sólo en lo atinente a opciones político-criminales. Se sigue debatiendo en torno al alcance del principio de subsidiariedad, es decir, en torno a la posibilidad de recortar los poderes comunitarios para re-nacionalizar competencias, en un intento, político, de acercar Europa a los ciudadanos. Se recuerda al efecto que el artículo 3 B del T.C.E. —artículo 5 en la numeración del T.A.— consagra el principio de subsidiariedad, que veta la intervención comunitaria en los ámbitos en que los objetivos pretendidos puedan “ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros”<sup>89</sup>. Parece innegable que de ahí se deduce una obligación de manejar criterios restrictivos a la hora de delimitar el ámbito del primer pilar.

A lo que debe añadirse la constatada voluntad de los Estados miembros de integrar el Derecho Penal en la cooperación europea, pero voluntad también de excluir a la Comunidad<sup>90</sup>. Las razones pueden ser muchas, y entre ellas la formal afirmación de la propia, y no compartible, soberanía, incompatible con una política de dejación en materia de *ius puniendi*. Para solventar esta objeción se ha propuesto rebajar el nivel sancionador: ya que la imposición de penas privativas de libertad constituye la manifestación más genuina de soberanía, deben quedar sustituidas por un sistema de penas

84. FERRÉ OUVÉ, J.C.: “Derecho Penal y competencias de las comunidades europeas”, op. cit., p. 829.

85. FERRÉ OUVÉ, J.C.: “Derecho Penal y competencias de las comunidades europeas”, op. cit., p. 815.

86. SIEBER, U.: “Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal económico europeo”, en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 619.

87. GRASSO, G.: “Il Corpus Iuris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione Europea”, op. cit., pp. 21-22.

88. RIONDATO, S.: “Profili di rapporti tra Diritto comunitario e Diritto penale dell’economia”: *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 1997 (4), p. 1159.

89. Véase MOLINA DEL POZO, C.F.: “Subsidiariedad y medio ambiente en la Unión Europea”, en AA.VV., *II Conferencia europea de ecología y medio ambiente*, Madrid, 1997, p. 265.

90. VERVAELE, J.A.E.: “L’applicazione del Diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro?”, op. cit., p. 514.

que pudiera equipararse a las sanciones administrativas o penales-administrativas, como las que ya impone la U.E.<sup>91</sup>. La propuesta no responde a la cuestión, puesto que, además de creer ingenuamente que sólo en la imposición de determinadas penas, y no en otras manifestaciones del *ius puniendi*, se refleja el ejercicio de una faceta irrenunciabile de soberanía, comporta aceptar que, ante las dificultades de lograr un verdadero Derecho Penal europeo, hay que conformarse con un sucedáneo.

Por otra parte, y éste debe ser un argumento de peso, un concepto de soberanía tan intangible debe estimarse definitivamente desterrado en un contexto en el que, amén de haber desaparecido monedas o fronteras propias, impera el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional<sup>92</sup>.

Aunque quizá la afirmación de una soberanía tan profundamente reivindicada sea pretexto que oculta otras pretensiones. Así se ha mantenido que los Estados miembros, a través de sus representantes en el Consejo, no estarían dispuestos a tolerar un desarrollo amplio de un Derecho Penal comunitario que, una vez desplegado en el campo económico y, por tanto, afectando a la criminalidad de cuello blanco, terminaría por extenderse a la delincuencia propia de los cargos políticos, con lo que pondría bajo control comunitario a los detentadores de la soberanía estatal. De lo que se concluye que "el argumento de la democracia no está en situación de enmascarar que la oposición a la competencia penal comunitaria deriva de intereses distintos y no tan nobles"<sup>93</sup>. Quizá sea un juicio presidido por la suspicacia, pero es compatible con el dato constatado del recelo gubernamental hacia la expansión de las competencias penales de la Unión. Gubernamental porque no se han aportado datos empíricos que permitan afirmar ese recelo en las poblaciones de los Estados miembros. O al menos no se ha constatado que en este punto sea superior al que pueda suscitar el avance comunitario en otros ámbitos.

Junto a las razones políticas se han esgrimido, frente al proceso unificador, las técnicas.

La más importante objeción a la que han tenido que hacer frente sus defensores es la de que ni el legislador, en el sentido europeo, ni el juzgador, a quien corresponde la elaboración de la jurisprudencia, manejan un lenguaje común a los Estados miembros, un *corpus* doctrinal aceptado que es condicionante de todo proceso de unificación normativa<sup>94</sup>. A pesar de que la unidad cultural y política europea posibilita avanzar en el camino de la unificación<sup>95</sup>, parece evidente la existencia de puntos de discrepancia político-criminal (principio de legalidad, ley penal en el espacio, relevancia del error de Derecho, sistema sancionador, valores sociales con reflejo en figuras delictivas concretas como aborto, eutanasia, etc.)<sup>96</sup>, que reflejan a su vez discrepancias culturales profundas, con el riesgo expresamente admitido por Delmas-Marty, de que se provoque una antidemocrática hegemonía de unos sistemas jurídicos sobre otros. Para superarlo, propone la misma autora la sustitución del binomio identidad-conformidad (propio de la lógica argumentativa unitaria) por el binomio proximidad-compatibilidad, que sería el idóneo para explicar la lógica argumentativa pluralista, y para lograr la necesaria flexibilidad. El problema, no obstante, sigue siendo el de fijar el umbral mínimo exigible a todos, tarea para la que parece imprescindible la organización y potenciación de un espacio de debate, en el que definir, inicialmente, los valores penales guía, mediante el aporte de sectores de opinión que no pueden ser monopolio de los juristas<sup>97</sup>.

Al tiempo que se realiza ese importante esfuerzo doctrinal por encontrar las vías más idóneas de unificación, determinadas formas de delincuencia se extienden progresivamente. Y en esa situación, la peor política es la de mirar hacia otro lado.

En el empeño por construir una política criminal europea se acepta que el punto de llegada debe ser atribuir al P.E. competencia legislativa y reconocer la facultad de interpretar sus normas al T.J.E.<sup>98</sup>. Pero no es ése objetivo que se pueda lograr de modo inmediato. Y ese dato obliga a tener presente que reforzar la cooperación intergubernamental garantiza el origen democrático de los

91. PAGUARO, A.: "Limiti all'unificazione del Diritto penale europeo": *Rivista di Diritto Penale dell'Economia*, 1993 (1-2), pp. 202 a 204.

92. BACIGALUPO, E.: "El Corpus Iuris y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea", en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998, p. 11.

93. RIONDATO, S.: "Profili di rapporti tra Diritto comunitario e Diritto penale dell'economia", op. cit., p. 1159.

94. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., p. 551.

95. PAGUARO, A.: "Limiti all'unificazione del Diritto penale europeo", op. cit., pp. 199-200.

96. PAGUARO, A.: "Limiti all'unificazione del Diritto penale europeo", op. cit., pp. 200 a 203.

97. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., pp. 553-554.

98. DELMAS-MARTY, M.: "Verso un Diritto penale comune europeo", op. cit., p. 550.

preceptos penales y, en consecuencia, el respeto al principio de legalidad. La progresiva penetración del primer pilar en ese tejido de origen pactado puede, simultáneamente, garantizar la presencia unitaria europea, trascendiendo la eficacia de lo que, sin ella, serían meras convenciones entre Estados soberanos.

La cooperación, sin embargo, no es ya suficiente en determinados sectores. Si el propio art. 280.4 del T.C.E., en la numeración y contenido que impone el T.A., supone la necesidad, subrayada por TIEDEMANN, de utilización similar de los tipos penales supranacionales e internos, está obligando a la positivización de los principios comunes a todos ellos<sup>99</sup>. Está obligando a la unificación.

Parece pues necesario el recurso a la doble vía de la cooperación y de la unificación. Aquella como recurso consagrado y conocido. Ésta como instrumento que debe empezar a funcionar sin esperar a la completa conformación de un sistema federal, que parece su marco natural, o, cuando menos de una asunción global de competencias legiferantes por el P.E. Pero buena prueba de que esta situación no es la inmediatamente esperable la da el propio *Corpus iuris*, cuyos redactores pasan de puntillas sobre la cuestión de la fuente generadora de lo que se pretende Derecho Penal europeo. La síntesis elaborada por DELMAS-MARTY, afirma expresamente lo siguiente: "El principio de legalidad puede ser considerado como principio común del espacio judicial europeo. Este principio obliga a establecer una base legal al conjunto del *Corpus* propuesto y, consecuentemente, a que el Parlamento Europeo tome parte, de una u otra forma en el procedimiento de adopción de este *Corpus*. Sin pretender entrar aquí en la discusión sobre los diferentes procedimientos posibles —porque no es ésta nuestra misión— nosotros distinguimos las consecuencias del principio de legalidad relativas a la cualidad de la ley, por utilizar la formulación del T.E.D.H., es decir, independientemente de su base formal, lo esencial reside en las cualidades intrínsecas del texto y, en particular, la precisión, que exige la posibilidad de prever la aplicación que se podrá hacer de la ley"<sup>100</sup>. La importancia de este posicionamiento no puede ser relativizada: en cumpli-

miento de su misión, los redactores del *Corpus iuris* ponen el énfasis en la *lex certa*, sugiriendo simplemente un mayor protagonismo del Parlamento Europeo.

Pero desde la perspectiva política que aquí nos ocupa la naturaleza de ese protagonismo, cuestión abierta para los inspiradores del *Corpus iuris*<sup>101</sup>, es cuestión nuclear. Y no parece que, hoy por hoy, como se reconoce implícitamente, exista voluntad política de dotar a ese Parlamento de auténtico *ius puniendi*.

A pesar de que, desde la doctrina, se haya aclarado que la progresión hacia un espacio judicial europeo, en el más completo sentido de las palabras, no es incompatible con el ejercicio de su soberanía por parte de los Estados miembros, el ámbito penal sigue jugando el papel simbólico de último reducto de una soberanía, o de unas peculiaridades hondamente arraigadas en el cuerpo social, a las que no se quiere, o no se puede aún renunciar.

De ahí la doble opción propuesta, como alternativa operativa frente a una criminalidad con capacidad para haber creado una crisis económico-financiera que no consiente más dilaciones o retrasos en la actividad de impulso y propuestas legislativas por parte de los propios organismos comunitarios<sup>102</sup>.

Desde el punto de vista no ya de las fuentes normativas sino de los contenidos es preciso tener en cuenta otro dato de la mayor importancia política: en el Preámbulo T.U.E., el artículo 1.1) del T.A. introduce la adhesión expresa a los derechos sociales fundamentales, "tal como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989". Y en el Título I del T.U.E., cuyo artículo F modifica el 1.8) del T.A., se proclama que "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros". Es más, en el mismo artículo 1.9) del T.A. se incorpora al T.U.E. un artículo F.1 (art. 7 en la numeración de la versión consolidada) que prevé un mecanismo de control de las Instituciones políti-

99. TIEDEMANN, K.: "Gründerfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionsrecht Generalbericht": *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998 (2), p. 500.

100. En *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, op. cit., p. 39.

101. SIEBER, U.: "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht", Introducción a *Corpus iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU*, p. 8.

102. MEZZETTI, E.: "Riconoscimento sui recenti sviluppi delle tecniche di contrasto delle frodi comunitarie": *Rivista trimestrale di Diritto penal dell'economia*, 1998 (1), p. 129.

cas de la Unión sobre los Estados miembros, susceptible de acarrear, de constatarse "una violación grave y persistente" de los mencionados principios, la suspensión de derechos derivados del Tratado, incluido el derecho de voto en el Consejo<sup>103</sup>.

Hay que recordar al respecto que, con anterioridad, las sentencias Stauder (12 nov. 1969) y Nold (14 may. 74), ya habían perfilado la protección de los derechos fundamentales<sup>104</sup>.

El T.A. presta, pues, respaldo específico a los derechos fundamentales y libertades públicas que constituyen la base de la Unión (art. 1.8 a). A la vez, el *Corpus iuris*, a pesar de limitarse a la tute-

la de sus intereses financieros, se nos presenta como embrión de un espacio judicial europeo unificado. Un "caballo de Troya", como ya ha sido denominado, que, una vez admitido pueda desplegar, en su condición de modelo, una eficacia que ahora no se le atribuye<sup>105</sup>. El reto es, pues, avanzar en la tutela penal colectiva de aquellos derechos y libertades fundamentales, que también integran los objetivos comunitarios, trascendiendo los aspectos limitadamente económicos y afrontando la tarea de llegar a un Derecho Penal propio de una Europa no sólo mercantil, sino progresivamente democrática. ●

103. ALONSO GARCÍA, R.: "Estudio Preliminar", op. cit., p. XIX.

104. GRASSO, G.: "La protección penal de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en el ordenamiento de los Estados miembros", en ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., (edit.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Cuenca 1994, p. 296.

105. SIEBER, U.: "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht", op. cit., p. 9.