



El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo¹

Dr. Moritz Vormbaum Berlín (Alemania)

SUMARIO: La influencia de la UE sobre el Derecho penal de los Estados europeos ha sido enorme. El autor de este artículo hace un resumen de la “unificación” de Europa hasta la creación de la Unión Europea y presenta cómo la UE hoy día lleva a cabo su influencia sobre la legislación penal de sus Estados miembros. Después discute los problemas que conlleva ese tipo de influencia y señala las perspectivas de una solución.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea/Comunidad Europea – legislación penal – principio democrático – “Derecho penal del enemigo” – “Constitución Europea”

SUMMARY: The influence of the EU on Criminal Law of the single European states is enormous. The author of this article gives a summary of the European “unification” until the creation of the European Union and presents, how the EU exerts these days its influence on penal legislation of the member’s states. Further, he discusses the main problems involved with this type of influence and offers possible solutions.

KEY WORDS: European Union/European Community – penal legislation – principle of democracy – “Criminal Law for enemies” – “European Constitution”

I. Introducción

Pese a todos los cambios políticos y sociales que se han vivido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial², ha de reseñarse que por encima de todos estos cambios históricos, el acontecimiento que al final ha ejercido la influencia más importante sobre los Estados europeos, ha sido, a mi juicio, la fundación de la Comunidad Europea y de la Unión Europea. Hoy día, la Unión Europea tiene una enorme influencia sobre la legislación de sus veinticinco Estados miembros en todas las áreas del derecho, incidiendo tanto en su aplicación como en su interpretación.

Por eso, los principales objetivos de este artículo serán explicar cómo se ha llevado a cabo la “unificación” de

Europa, qué tipo de estructura tiene la Unión Europea, de qué manera ejerce hoy día su influencia sobre los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, y hasta que punto se puede calificar esa influencia como positiva o como negativa³.

II. “Europa”

Para entender la influencia que tiene hoy día la Unión Europea sobre el derecho en Alemania y en los demás Estados miembros, es imprescindible, explicar la estructura de dicha institución. Eso resulta más difícil de lo que quizás se podría imaginar. La razón es que se trata de una construcción política y jurídica tan compleja que, aunque

1. Agradezco mucho a Dr. ALFONSO GALAN MUÑOZ de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) por su ayuda al traducir el texto al español.

2. Por ejemplo, a los duros tiempos que siguieron a la guerra, cuando gran parte del continente estaba en cenizas, le siguió la división de Europa en una parte occidental y otra parte oriental, como consecuencia de la “guerra fría”, lo que marcaron un paréntesis en toda Europa que se vio cerrado con la posterior caída del muro de Berlín. Por otra parte, otros países como España, después de la dictadura de Franco, Portugal o Grecia, también vivieron sus particulares momentos de transición.

3. Véase en general Moritz Vormbaum, Schutz der Rechtsgüter von EU-Staaten durch das deutsche Strafrecht, LIT (Münster, 2005).

“Europa” es un tema que tiene una presencia diaria en los medios de comunicación, una gran parte de los propios europeos seguramente tendría serias dificultades a la hora de explicar las estructuras fundamentales de la política europea.

Para comprender la estructura que tiene la Unión Europea, lo mejor será examinar su génesis⁴:

La idea de una Europa unificada tiene una tradición antigua que ya dura varios siglos. Las bases de esta idea han sido aspectos que todavía hoy continúan teniendo actualidad, como son, por ejemplo, el aseguramiento de la paz o la supranacionalidad o libertad del mercado y del tráfico. Estos aspectos ya existían a mediados del milenio pasado, y se los puede encontrar, por ejemplo, en los trabajos del escolástico PIERRE DUBOIS, a principios del siglo XIV, así como en los del gran filósofo alemán IMMANUEL KANT a finales del siglo XVIII.

Pero no fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial cuando se dió el primer gran paso hacia la realización de esta idea. La pregunta básica que se planteó por aquel entonces fue la de cómo se debía tratar a la vencida Alemania.

Para entender el problema se debe tener en cuenta, que Alemania ya entonces era el país con la población más grande de Europa y tenía una capacidad económica enorme. En tal tesitura, se podría haber procedido a realizar una repartición del capital alemán entre los poderes vencedores y a decretar su aislamiento económico, pero, sin embargo, el ministro de asuntos exteriores de Francia SCHUMANN presentó un plan distinto (el famoso “Schumann-Plan”). Según este plan la producción de carbón y acero de Alemania y Francia debería tener una organización común, organización que permitiría la incorporación a la misma de otros Estados europeos.

Ese fue el origen de la fundación en el año 1951 de la llamada “Comunidad Europea del Carbón y del Acero” (también llamada “Montanunión”). Su meta era la creación de una agrupación de los sectores claves militares y económicos bajo la vigilancia de una organización supranacional.

Después de esta experiencia positiva, vino una integración más amplia a través de los “Tratados de Roma” del año 1957, que dieron lugar a la fundación de otras organizaciones en otros sectores, como fueron la Comunidad Europea de la Energía Atómica (la llamada “Euratom”) y la Comunidad Económica Europea. Esta última creó un

mercado interior, o sea, un mercado único europeo. Era la más importante de las comunidades fundadas hasta entonces y ha seguido influyendo hasta hoy día de manera decisiva en los procesos económicos entre sus Estados miembros. Como esta comunidad tiene una importancia mucho más grande que las otras dos, hoy día, cuando se habla de la “Comunidad Europea” siempre se está haciendo alusión a la “Comunidad Económica Europea”.

Más tarde, y poco a poco, fueron fusionados los órganos de las comunidades diferentes, lo que significó una unificación institucional entre los Estados miembros.

Existen desde entonces:

- un Parlamento Europeo con sede en Estrasburgo
- un Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo
- un Consejo Europeo, constado de un ministro de cada Estado miembro, por eso, de vez en cuando, también se usa el nombre “consejo de ministros”, como órgano legislativo
- así como una Comisión Europea, con sede en Bruselas y Luxemburgo, que consiste en representantes de todos los Estados miembros y tiene la función de un órgano ejecutivo

Poco a poco las comunidades han ido creciendo gracias a los ingresos de otros países europeos como Dinamarca, Reino Unido y Irlanda en el año 1973, Grecia en el año 1981 o Portugal y España en el año 1986.

En el año 1992, el proceso de la unificación de Europa llegó hasta una dimensión nueva. En la ciudad de Maastricht (Holanda) fue firmado el “Tratado de la Unión Europea”, que incluía cambios radicales de la estructura entonces existente.

El nombre “Unión Europea” describe una construcción política, que, muchas veces, se intenta explicar con la imagen de una “casa” o un “techo” con “tres pilares”. El primer pilar representa las tres comunidades hasta entonces existentes, o sea, a la denominada “Comunidad Europea” centrada principalmente para la economía europea y el mercado común. Pero con este nuevo tratado, la cooperación se amplió a dos sectores más allá de la economía, es decir, fue creada la base para una cooperación:

- en el ámbito de la política exterior y de seguridad común y
- en el ámbito policial y judicial en materia penal.

4. En general, acerca de la evolución de la Unión Europea, vease por ejemplo EMMERT, *Europarecht*, Beck (Munich, 1996), § 3; SCHWEITZER/HUMMER, *Europarecht*, 5. ed., Luchterhand (Neuwied, 1996), § 2; HERDEGEN, *Europarecht*, 5. ed., Beck (Munich, 2002), pp. 37 y ss.; STREINZ, *Europarecht*, 5. ed., Müller (Heidelberg, 2003), pp. 4 y ss.

Las nuevas cooperaciones políticas fundadas en estos dos ámbitos representan desde entonces el “segundo” y el “tercer” pilar⁵.

Podemos decir, por tanto, a modo de resumen, que en Europa desde de la introducción del Tratado de la Unión Europea, existe ahora una cooperación estructurada en tres ámbitos (tres pilares):

- Economía (a través de la Comunidad Europea)
- Política exterior y de seguridad
- y una cooperación policial y judicial en materia penal.

La Unión Europea representa el “techo” de estos tres pilares. Eso quiere decir, la Unión Europea establece las conexiones entre estos distintos ámbitos políticos, económicos y jurídicos. Por tanto, en Europa existe ahora una cooperación en los ámbitos políticos y jurídicos más importantes, cooperación que sigue siendo intergubernamental, con lo que no va unida a la pérdida de derechos de soberanía.

III. Influencias de la unificación europea en el Derecho penal

Después de esta mirada a la estructura de la U.E., el siguiente objetivo es mostrar, como el cambio de la política europea ha tenido una influencia sobre el derecho de sus Estados miembros.

En efecto, la influencia “europea” sobre la legislación de los distintos Estados miembros ha sido enorme. Y eso, a pesar de que ni el Tratado de la Unión Europea, ni el de la Comunidad Europea, prevén expresamente una armonización del derecho de los mismos. En sus preámbulos y en muchas ocasiones más los tratados hablan, de una manera general, del proceso de “integración”, que se quiere proseguir.

Esta integración se considera un proceso progresivo y dinámico, que tiene lugar en niveles distintos, que no sólo no se puede separar el uno del otro, sino que más bien se superponen. Si bien el acercamiento de los Estados europeos, como hemos visto, desde el principio, tenía principalmente como meta intereses económicos, es evidente, que eso no se puede realizar sin la creación de un marco jurídico para sus Estados miembros. Por eso las prescripciones jurídicas de sus Estados miembros tienen, desde el punto de vista de la U.E., la obligación de favorecer el

proceso de la integración, y de no bloquearla, ya que eso sería contrario al desarrollo de acercamiento de los Estados miembros previsto por el Tratado de la Unión Europea⁶.

La tarea de que las prescripciones jurídicas de los Estados miembros respeten la finalidad de la integración europea, corresponde de modo genérico al Consejo Europeo. Este órgano se compone de un ministro de cada Estado miembro y es el único órgano que puede decidir actos legislativos de la Unión Europea, por eso ocupa una posición parecida a un parlamento. Aunque se pudiera pensar, que el Parlamento Europeo de Estrasburgo podría tener derecho a tomar parte en dicho proceso legislativo, en realidad apenas lo tiene. Sólo en pocos casos tiene el derecho de evitar una resolución del Consejo. Por eso, en el caso del Parlamento Europeo casi no está justificado hablar de un parlamento verdadero.

Por supuesto, este reparto del poder legislativo significa un gran déficit democrático. De eso hablaremos más adelante, por ahora hay que enfatizar, que sólo el Consejo Europeo, es decir la asamblea de los ministros, tiene el poder legislativo para poder influir sobre el derecho de estos con vistas a la consecución de la deseada política de la integración de la Unión.

El Consejo ha hecho uso de ese poder durante los últimos años, cada vez con más frecuencia. Independientemente de qué área de derecho se trate, el proceso de legislación es el siguiente: el Consejo Europeo, después de una propuesta de la Comisión Europea, manda normas respecto a una nueva ley a los Estados miembros, quienes tienen la obligación de transformar esas normas en leyes del propio país, que se puedan aplicar dentro del mismo. Debe quedar claro por tanto que el Consejo Europeo y, en general, la U.E., no tiene la competencia de promulgar ninguna ley directamente dentro de los Estados miembros. Así, por ejemplo, en Alemania, en el año 2002 se produjo la reforma más amplia del derecho de obligaciones desde 1900, reforma que tenía como razón de ser la de hacer compatible el derecho alemán vigente con la directiva de la Unión Europea referida a la defensa del consumidor.

En el ámbito del Derecho penal, dentro del tercer pilar, de la cooperación policial y judicial en materia penal, la Unión Europea tiene la posibilidad de adoptar “decisiones marco”⁷. Desde el punto de vista jurídico, la decisión marco tiene el carácter de una mezcla de una directiva europea y de un tratado de derecho internacional. La semejanza a la directiva europea se demuestra en la misma

5. Véase PERRON, *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea en Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2005), p. 730.

6. CALLIESS en CALLIESS/RUFFERT, *EUV/EGV Kommentar*, Luchterhand (Neuwied, 1999), Art. 1 EUV, Rn. 8; BLECKMANN, *Europarecht*, 5. ed. Heymanns (Colonia, 1990) § 4 XIV; STUMPF en *Schwarze EU-Kommentar*, Nomos (Baden-Baden, 2000), Art. 1 EUV.

7. Véase Art. 34 2. b) del Tratado de la Unión Europea.

finalidad, es decir en la meta de la aproximación legal de los Estados miembros. Las decisiones marco tampoco tienen influencia directa sobre el ciudadano europeo, y no serán aplicadas por autoridades y jueces hasta que el legislador nacional las transforme en derecho nacional vigente. Sin embargo, no necesita ninguna ratificación, así que la decisión marco puede entrar en vigor en el momento, que fije el consejo europeo.

Para el Consejo, la decisión marco es un instrumento con que él puede ejercer influencia sobre el Derecho penal nacional, fácilmente y sin grandes obstáculos.

Desgraciadamente, muy pocas de las medidas adoptadas por la Unión Europea en el ámbito de Derecho penal, tienen como meta mejorar la integración europea de una manera dogmática. Lo que sí se intenta, de vez en cuando, es proteger bienes jurídicos de la misma Unión Europea y de las Comunidades, especialmente su presupuesto económico ante el fraude y el soborno. Pero en la gran mayoría de los casos, las medidas de armonización se limitan a problemas actuales como el terrorismo, el tráfico de seres humanos, el blanqueo de dinero, el narcotráfico y otras formas de la criminalidad organizada, que se intenta conseguir dominar a través de una armonización de Derecho penal en los Estados miembros.

Esa política de armonización en el ámbito del Derecho Penal, ha tenido como consecuencia, que existan ahora en ciertos ámbitos penales de los Estados miembros normas armonizadas respecto a los requisitos del tipo y a las penas mínimas. Sin embargo, la reorganización, o digamos, el “saneamiento” dogmático y estratégico del Derecho penal de los Estados miembros no ha sido llevado a cabo hasta ahora.

Pero este punto es sólo uno de los aspectos por los que se podría criticar la influencia europea sobre el Derecho penal, o, por lo menos, sobre el modo en que se ha realizado la misma.

IV. Problemas en la armonización del Derecho penal

Los puntos de partida para criticar la armonización son varios y se pueden plantear desde distintas perspectivas.

1) El carácter del Derecho penal

Algunos representantes de la dogmática alemana son de la opinión, de que un “Derecho penal europeo” en general

es imposible. Según ellos, Derecho penal es siempre una consecuencia de la soberanía del Estado, mejor dicho, es la parte esencial del monopolio de poder del Estado. Pero donde no existe ningún poder estatal monopolizado, y eso es justamente el caso de la Unión y de la Comunidad Europea, no se puede promulgar normas penales⁸. Por eso la soberanía del legislador nacional en el ámbito penal debe quedar intacta ante las intervenciones de la U.E.

En mi opinión, respecto a la política criminal, hoy día común dentro de la U.E., una discrepancia entre las concepciones de valores de los Estados miembros, no representará, por el momento, ningún problema. Es cierto, que si existen distintas concepciones de valores dentro de Europa. Pero como las decisiones marco, que adopta la U.E., casi sólo sirven para proteger bienes jurídicos, que son reconocidos dentro de todos Estados miembros, (por ejemplo, narcotráfico, terrorismo etc...) dicho problema sólo se plantearía en los casos en los que el Consejo Europeo adoptara decisiones marco para todos los Estados miembros en áreas, influidas *fuertemente* por el orden del Estado, de la economía o de la sociedad del mismo Estado miembro.

Por dar un ejemplo común para uno de esos casos, podría hablar del delito de negación de crímenes, realizados por el régimen nazi durante el tiempo de su dictadura entre 1933 y 1945. Así, la negación, por ejemplo del holocausto, o sea, del asesinato en masa a los judíos en Alemania es un delito⁹, mientras que en otros ordenes jurídicos, por ejemplo en Inglaterra, no es, lo que demuestra que la relación entre la libertad de expresión y la gravedad de la conducta mencionada se valora de manera diferente dentro de cada Estado miembro, dependiendo, por supuesto, de su historia.

Así pues, y mientras estos casos no sean incluidos a la armonización de la U.E., no considero que la naturaleza del Derecho penal plantee un grave problema a la armonización del mismo.

2) Falta de democracia

Un problema mayor se deriva de las faltas respecto al principio democrático que se puede apreciar en la adopción de decisiones marco por el Consejo Europeo. Estrictamente hablando, la legislación de la U.E., no tiene ninguna legitimación democrática¹⁰. La “legislativa” está dominando, en cuanto al contenido, por los representantes

8. BRAUM, *Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?*, en *Strafverteidiger* 2003, p. 576; ALBRECHT/BRAUM, *Kontingenzen ‚Europäisches Strafrecht‘ in actio*, en *Kritische Vierteljahresschrift* 2001, p. 312.

9. Véase § 130 3. del código penal alemán.

10. Según SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, en *Goldtdammer's Archiv* 2004, pp. 193, 200 el déficit de democracia es „gigante“ e „inaguantable“.

gubernamentales de los Estados miembros, que forman el Consejo Europeo. Una discusión parlamentaria no existe. Los parlamentos de los Estados miembros no tienen más remedio que transformar los contenidos de las normas europeas, como han sido decididos a nivel europeo. Se desacata, por tanto, de manera normativa y efectiva la reserva parlamentaria.

Sin embargo, de vez en cuando, también se presentan argumentos a favor de la legislación europea. Así, por ejemplo, se afirma la existencia de una cierta base democrática, atendiendo al hecho de que los representantes del Consejo Europeo tienen su propia legitimación democrática por el hecho de que han sido elegidos democráticamente en sus respectivos países. Bueno pues, para mí, este argumento no tiene ninguna fuerza persuasiva. Si se tiene en cuenta, que son 25 ministros los que forman el Consejo Europeo, tendremos que entender que cada uno de ellos no estará popularmente legitimado desde el punto de vista de 24 de los Estados miembros. Por lo menos yo no me puedo recordar que en Alemania se haya votado sobre el mandato de, digamos, Tony Blair, Zapatero o de los representantes de Letonia o de Malta.

Exigir tal legitimación democrática, tampoco es un formalismo exagerado. Precisamente en el ámbito de Derecho penal, aún más que en otros ámbitos del derecho, es imprescindible, una legitimación democrática. Se debe considerar, que el Derecho penal es una materia, donde el Estado interviene sobre los derechos del ciudadano de manera muy intensiva y extensa. Por eso, siempre hay que exigir una legitimación del nivel más alto posible. Pero eso sólo puede partir de un parlamento que haya sido votado en elecciones libres, iguales, universales y secretas. Eso mismo debe regir respecto a las votaciones de los representantes en el Consejo Europeo¹¹.

3) Las normas de competencia

Otro problema se plantea en relación con las normas, que permiten al Consejo Europeo, adoptar decisiones marco. Muchos son de la opinión, que esas reglas fueron formuladas de forma demasiado imprecisas y parecían fórmulas de compromisos políticos¹².

Si se analizan las normas de competencia del Tratado de la U.E., hay que admitir esta opinión. Según sus términos,

el Consejo tiene la competencia de adoptar medidas “en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”¹³. Pero ya el término “delincuencia organizada” es un término bastante vago y apenas delimitable. Además, por lo menos, causa una mala impresión la formulación de este concepto en forma de enumeración junto con las palabras “terrorismo” y “tráfico ilícito de drogas”, precisamente, estos hechos aparecen en general como una forma organizada. Eso tiene como consecuencia, qué, sólo de manera insegura y poco limitada, se determinarían los ámbitos delictivos que pueden ser organizados por decisiones marco en todo Europa. En el Tratado de la U.E. se encuentran otros ejemplos parecidos, lo que causa una cierta inseguridad respecto a los límites de la competencia del Consejo Europeo¹⁴.

Hay que notar, que este tipo de indeterminaciones dentro de la regulación del Tratado de la Unión Europea causan mala impresión, especialmente, en el ámbito del Derecho penal con su principio de certeza respecto a normas penales. Además, la competencia casi ilimitada del Consejo Europeo significa una nueva vulneración del principio democrático.

4) Aplicación por la Unión Europea

Estos tres aspectos que acabo de presentar derivan, de la compatibilidad de la armonización y los principios básicos del derecho. Junto a esto, se hace necesario criticar la *aplicación* de las normas del Tratado de la U.E. por el Consejo Europeo.

Como ha sido aludido antes, las decisiones marco, adoptadas por el Consejo Europeo durante los últimos años, están relacionadas con temas como el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de seres humanos, la criminalidad mediante sistemas informáticos, la pornografía infantil o conductas realizadas por motivos racistas. Analizando los temas tratados por la U.E., se percibe que el Consejo Europeo casi exclusivamente reacciona ante problemas actuales y muy publicitados. En ningún caso se plantea la pregunta de si la lucha contra la criminalidad en estos ámbitos era antes insuficiente, precisamente, por las deficiencias que presentaban las legislaciones de los Estados miembros; es decir, no se cuestiona si, a lo mejor, la propia legislación de sus Estados miembros ya resultaba su-

11. Vease HIRSCH, *Derecho penal y derecho procesal penal en la Unión Europea en Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto (Buenos Aires, 2005), pp. 657, 669.

12. ALBRECHT/BRAUM, *Kritische Vierteljahresschrift* 2001, pp. 312, 347.

13. Vease Art. 31 Nr. 1 e) del Tratado de la Unión Europea.

14. Vease por ejemplo Art. 31 1. c) del Tratado de la Unión Europea: “la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación”; expresión que según SCHÜNEMANN, en *Goldammer's Archiv* 2004, pp. 193, 196, es “schlicht ominös” (simplemente dudoso).

ficiente. Por eso, se da la impresión de que el Consejo Europeo se deja llevar por la política actual y usa selectivamente el Derecho penal para realizar su política o, por lo menos, para presentarla al público.

Así que entre penalistas y políticos en todo el mundo se plantea una pregunta muy discutida, es decir, la pregunta de si el Derecho penal tiene también una función política o si un Derecho penal funcionalizado debe ser rechazado.

Otra polémica presente en relación con la armonización del Derecho penal, que durante los últimos años ha sido discutida entre penalistas en todo el mundo, viene referida a la famosa tesis del penalista alemán, GÜNTER JAKOBS, sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”¹⁵. Según ésta tesis, existen dos formas de Derecho penal distintas: Un Derecho penal para el ciudadano, conteniendo todas las garantías del Derecho penal común; y otro Derecho penal para los “enemigos” – aunque queda indefinido, a quienes se tendría que tener por tales –; derecho éste en el cual no existen garantías o por lo menos estarán limitadas.

JAKOBS ha recibido muchas críticas de penalistas de todo el mundo por esta tesis. Sin embargo, se debe resaltar, que ninguna de las críticas se ha referido a la pura observación de JAKOBS de dicho fenómeno, ya que dicho “Derecho penal del enemigo” existe en la realidad y su aplicación es común. Sobre ello, nadie ha mencionado dudas en ninguna ocasión. Estas características del “Derecho penal del enemigo” pueden encontrarse también en la armonización del Derecho penal por la U.E.

Esto se nota, por ejemplo, cuando la U.E. usa su competencia respecto a la adopción de decisiones marco, para crear normas penales bastante duras. De este modo, se da la impresión de que la U.E. quisiera presentarse como una organización muy severa ante la criminalidad¹⁶. Así, la introducción de penas mínimas desproporcionadas y la ampliación de la penalización son caracteres típicos de la adopción de decisiones marco por parte de la U.E. Pero en esto, no se toma en cuenta, que un “espacio de libertad, seguridad y justicia” (la creación de un espacio así es la meta según el mismo Tratado de la U.E.), no sólo debe garantizar seguridad *a través* del Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal. La armonización del Derecho penal por la U.E., que originalmente debería ser una armonización de las normas y estándares dentro de los Estados miembros, al final ha llegado a ser una pura ampliación de la penalidad en todos los casos. No existe, por tanto, ningún concepto de la Unión Europea que permita crear desde sus fundamentos un sistema equilibrado, que

sirva para la protección de la U.E., sus órganos, sus ciudadanos y del mercado libre. Sólo se opera de manera puntual y con medidas draconianas. Esto, ciertamente, no es una armonización en un sentido jurídico.

V. Principios de una solución

¿Cómo se puede, entonces, resolver estos problemas? El año pasado parecía que existía la probabilidad, por lo menos, de mejorar el primer problema, es decir, la falta de la legitimación democrática.

En la primavera del año 2005, fue presentado en Roma, después de años de negociaciones duras y largas entre los Estados miembros, el proyecto de una llamada “Constitución Europea”. Por supuesto, no era una constitución en un sentido jurídico estricto, puesto que la U.E. no es un Estado y por ello no puede darse una Constitución. Pero el título “constitución” sí está justificado en un cierto sentido. Se trata de un nuevo tratado, que contiene un catálogo de derechos básicos y valores comunes. Además se prevé una reforma básica de la estructura, entre otros puntos, concediendo más derechos al Parlamento Europeo. Aunque tampoco con la “Constitución Europea” se hubieran resuelto todos los problemas respecto a la falta de elementos democráticos, este tratado habría significado un paso en dirección a una participación más amplia de los ciudadanos europeos en el proceso de la legislación y aportando, en general, a más seguridad jurídica.

Pero cómo sabemos esta “Constitución Europea” hasta ahora no ha sido ratificada. Después de los resultados negativos en Francia y Holanda, se ha especulado mucho sobre los motivos por los que los ciudadanos europeos han rechazado la idea de una “Constitución Europea”. Se sospechaba que la U.E., durante los últimos años, se volvió demasiado poderosa, pero, al mismo tiempo, demasiado alejada de sus ciudadanos. Éstos tenían la impresión, que todas decisiones eran tomadas en Bruselas, es decir, lejos de su tierra, y que los mismos ciudadanos europeos, en el fondo, no tenían ninguna posibilidad de participar en los procesos. Encima, muchos franceses y holandeses estaban descontentos sobre la situación económica y laboral dentro de sus mismos países y echaban la culpa de dicha situación a la U.E.

Paradójicamente, cambiar eso, o por lo menos mejorarlo en parte, era justamente la meta de la “Constitución Europea”. Bajo este punto de vista, no se puede entender la votación, y sólo se explica por la frustración de los ciudada-

15. Vease sobre esta temática también MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi (Buenos Aires, 2005).

16. SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, en *Goldtdammer's Archiv* 2004, pp. 193, 197.

nos sobre la situación dentro de sus propios países, que les habría llevado hasta una actitud anti-europea. Pero tal vez, esta situación también se deba a que los políticos desaprovecharon la ocasión de hacer suficientes campañas informativas respecto a los fines de la “Constitución Europea”.

En cualquier caso, las faltas respecto a los principios democráticos en la adopción de decisiones marcos, provisionalmente se mantienen. Sólo queda, esperar que la “Constitución Europea” algún día sea ratificada, o si no, que se fortalezcan los elementos democráticos dentro de la U.E. a través de cambios en los tratados de la U.E. y de la Comunidad Europea¹⁷.

Los problemas respecto a la práctica de la adopción de decisiones marco por la U.E., sólo pueden ser resueltos por los representantes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea. Ellos deberían ser conscientes de que el Derecho penal, ya por naturaleza, contiene la función de la “ultima ratio”, por lo que no puede servir como instrumento de la política. Desgraciadamente, casi no hay esperanzas de que en el futuro se trate de forma más responsable la materia del Derecho penal. No sólo en Europa, sino en todo el mundo, el Derecho penal se ha establecido cómo instrumento político. La aparición de normas penales en el sentido de un “Derecho penal del enemigo”, o como parte de una política de la “tolerancia cero” es frecuente. Por eso, parece necesario realizar una llamada de atención a los responsables para que reflexionen y vuelvan a la base, es decir, a los principios básicos y a las garantías del Derecho penal, aunque dicha llamada se realice sin demasiadas esperanzas.

VI. Reflexiones finales

El desarrollo de la U.E., especialmente, su influencia creciente en el derecho de los Estados miembros, no se puede ni celebrar completamente, ni maldecir. Por su parte, las opiniones que se dan respecto a este tema varían en la ciencia, la política y en la opinión pública:

Por un lado, se encuentra las visiones de una Europa unificada, como un espacio económico floreciente, con garantías de seguridad y libertad. Claro que esas visiones en muchas ocasiones han sido difundidas por los mismos políticos y representantes gubernamentales. Sin embargo, la pertenencia a la U.E. sigue siendo una meta importante para muchos países, especialmente de Europa occidental. Se promete con esa pertenencia un auge económico y un apoyo respecto a la solución de problemas en el mismo Estado. Actualmente, incluso está en cuestión la posible

futura pertenencia de Turquía a la U.E., y ello aunque incluso se puede dudar sobre si ese país geográficamente y culturalmente pertenece a Europa.

Por otro lado, se presenta la imagen de una Europa que se transforma, por causa de la U.E. y sus medidas, casi en un Estado policial, parecido a lo de la famosa novela “1984” del escritor GEORGE ORWELL: sin derechos de participación democráticos, ajena al ciudadano y con normas penales draconianas. De hecho, muchos ciudadanos comparten esa opinión, como lo demuestran los resultados negativos en Francia y Holanda.

Respecto a las influencias de la U.E. sobre el Derecho penal, el problema se plantea, en mi opinión, en las tendencias contrarias, entre las metas de la U.E. y las características que tiene el Derecho penal: Es decir, la U.E., cómo explica en su preámbulo, tiene cómo meta la creación de la libertad, la caída de fronteras, la simplificación de la convivencia entre los Estados de Europa. Por supuesto, todo eso son metas que valen la pena, y por las cuales merece luchar. Pero hay que tener cuidado que la pertenencia a la U.E. no signifique también un paso atrás respecto al Derecho penal de los Estados miembros. Falta de legitimación democrática, abuso político del Derecho penal y expansión exagerada no tienen nada en común con las metas de la U.E. que acabo de exponer.

Por eso, la U.E., pero igual cualquier otra organización supranacional que ejerce una influencia a las órdenes del Derecho penal de sus Estados miembros, debería tener en su mente, de forma especial, la parte jurídico-estatal y protectora del Derecho penal, y no sólo limitarse a la función represiva. La U.E. tiene que intentar, eliminar sus carencias democráticas y presentarse, en general, más transparente. En el ámbito de Derecho penal es urgente realizar una limitación atendiendo en su uso a la “ultima ratio”.

Nada está contra un “saneamiento” Del Derecho penal. Por supuesto, el Derecho penal también debe amoldarse a la nueva realidad existente, pero eso debe ser llevado a cabo con cuidado y ponderación, tal y como merece una materia como la penal.

Aún no es demasiado tarde, para realizar esos cambios. Quizas, al final se pueda sacar incluso algo positivo de los citados resultados negativos; por lo menos, el haber contribuido a que los altos representantes de la U.E. reflexionen sobre su propia estrategia. En definitiva, hay que esperar que algunos de aquellos dirigentes europeos, a quienes les gusta referirse al hecho histórico de que en Europa nació la idea de democracia, recuerden de nuevo sus propios orígenes democráticos.

17. Vease HIRSCH, Derecho penal y derecho procesal penal en la Unión Europea” en *Homenaje a Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, (Buenos Aires, 2005), pp. 657, 669.