



Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica

Jesús-María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios inspiradores de la línea “oficial” de *lex ferenda europea*. 1. Previo: La cuestión de la competencia directa de las Comunidades para la legislación penal. 2. Los principios materiales, en concreto. III. Crítica. Principios de una *lex ferenda europea* “alternativa”. 1. El punto de partida. 2. Los principios. IV. El principio de primacía de la ciencia: hacia la “otra” europeización del Derecho penal.

I. Introducción

En la actualidad no existe todavía una *legislación penal europea* en sentido estricto¹. En realidad, ni siquiera puede aventurarse cuándo existirá², por mucho que se adviertan evidentes tendencias hacia la aproximación del Derecho penal de los países de la Unión Europea. En efecto, ni la *remisión* (en general implícita) de las leyes penales nacionales a normas extrapenales comu-

nitarias; ni la *armonización* de leyes penales de los diversos Estados por medio de directivas³ o, ahora también, mediante los acuerdos o decisiones marco⁴; ni la *asimilación*⁵; ni, mucho menos, la *cooperación*, mecanismos todos ellos utilizados incluso de modo frecuente en los últimos años, autorizan a hablar, salvo en un sentido figurado, de un Derecho penal europeo⁶.

Así, el que determinadas normas penales hayan sido introducidas (así, las de *insider-trading* o

1. TIEDEMANN, Einleitung: *Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, GA 1998, pp. 107 y ss.

2. Sobre esta cuestión hay interpretaciones divergentes. Para unos, tal existencia debe verse lejana (por ejemplo, RIZ, “Unificazione europea e presidi penalistici”, RTDPE 2000, 1/2, pp. 179 y ss., 179). Otros, en cambio, como WEIGEND, “Spricht Europa mit zwei Zungen?”, StV 1/2001, pp. 63 y ss., observan que las modificaciones del Tratado, a las que luego haremos alusión, ponen de relieve que las instituciones europeas empiezan a considerar muy seriamente la opción política del Derecho penal.

3. Cfr. sobre esta vía la amplia exposición de NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, Barcelona 1996, pp. 335 y ss. De modo general, el mismo, “Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español”, *Actualidad Penal* 1995-2, pp. 593 y ss. Es fundamental la instructiva exposición de VOGEL, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea” (trad. Ontiveros Alonso), RP 10, 2002, pp. 112 y ss.

4. ZIESCHANG, “Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts”, ZStW 113 (2001), pp. 255 y ss., pues incluso estos acuerdos dejan a los Estados libertad en cuanto a la forma y los medios de la asimilación.

5. Señalando la idoneidad del procedimiento de asimilación BACIGALUPO, en BACIGALUPO (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid 1998, p. 405, 426 y ss.; CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada 2001, pp. 282 y ss.

6. PRADEL, “Vías para la creación de un espacio judicial europeo único (trad. Richart)”, RP 3, 1999, pp. 42 y ss. Cfr. una detallada caracterización de todos esos procedimientos de aproximación en GRASSO, “La formación de un Derecho penal de la Unión Europea” (trad. Carnevali Rodríguez), PJ 52 (1998), pp. 177 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, “Política y Derecho penal en Europa”, RP 3, 1999, pp. 61 y ss.; asimismo GRASSO, “Prospettive di un Diritto penale europeo”, en BARTONE (a cura di), *Diritto penale europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova 2001, pp. 1 y ss.

blanqueo de capitales) o vayan a introducirse⁷ en los distintos países a partir del tenor de Directivas comunitarias que, por el momento, dejan libertad a los Estados para decidir sobre la naturaleza y medida de la sanción que habría de imponerse en caso de infracción, en nada modifica la consideración efectuada. Podría hablarse aquí, como en los demás casos, de un Derecho penal “europeizado”, pero desde luego no europeo, sino precisamente “nacional”⁸. Ahora bien, ello no obstante, sí es cierto que este último fenómeno merece atención⁹. Pues, en efecto, en absoluto resulta obvia, en lo que a la legislación penal en sentido amplio se refiere, la legitimidad de la incidencia de un órgano —el comunitario— sólo mediata y limitadamente democrático sobre otro que sí lo es —el nacional— al que se obliga a legislar en un marco preestablecido de modo vinculante.

Esta fórmula constituye, en realidad, una “ley en blanco inversa”, en la que la instancia administrativa comunitaria, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales (en virtud de la técnica de la transposición) la concreción de los detalles de la descripción típica y de la clase de sanción.

En otras palabras, nos hallamos ante una ley nacional “condicionada” por la autoridad administrativa comunitaria. El hecho de que un modelo que, en principio, resulta tan discutible¹⁰, haya sido asumido sin mayores objeciones, más aún, que sólo se pongan de relieve sus “insuficiencias” como mecanismo uniforme de protección de determinados intereses, pone de relieve hasta qué punto se está *institucionalizando un modelo burocrático de “conducción” de la legislación (penal)*. En este marco de los “mandatos comunitarios de protección represiva” (y, eventualmente, “de criminalización”)¹¹ debe situarse también la pretendida obligación de los órganos judiciales nacionales de interpretar las disposiciones legales estatales de modo *prioritario* conforme a la normativa comunitaria¹² y, en particular, “conforme a las directivas”¹³, incluidas las no transpuestas por el Estado.

Como es sabido, lo que sí existe, dejando al margen el Derecho administrativo sancionador europeo, que no constituye nuestro objeto, son iniciativas para la configuración de un cierto Derecho penal unificado en el marco de la Unión Europea¹⁴, ceñido a un número reducido de infracciones¹⁵. En lo que sigue se analizarán críticamente los principios y significado político-criminal general de esas

7. Cfr. por ejemplo el Proyecto de directiva sobre protección penal de los intereses financieros de las Comunidades. El origen de éste (de 23 de mayo de 2001) se halla en el Tratado de 26 de julio de 1995 para la protección de los intereses financieros de las Comunidades. Precisamente han sido las dificultades que está teniendo el proceso de ratificación las que han conducido a que exista el proyecto de Directiva sobre esa materia. Cfr. al respecto SATZGER, “Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrecht”, ZRP 2001, pp. 549 y ss.

8. Cfr. PRITTWITZ, “Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa”, ZStW 113 (2001), pp. 774 y ss., 788-789, distinguiendo entre “Derecho penal europeo” (cuestión de futuro) y “Derecho penal europeizado” (nacional) así como “Derecho penal en Europa”.

9. Cfr. la referencia de TIEDEMANN, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1401 y ss., señalando que como mínimo debe plantearse la pregunta de “si el principio de legalidad tradicional cubre una actividad legislativa con base en la orden vinculante de una instancia supranacional integrada por representantes de los gobiernos”. Cfr. también VOGEL, *RP* 10, 2002, p. 128; el mismo, “Política criminal y dogmática penal europeas” (trad. Nieto Martín), *RP* 11, 2003, pp. 138 y ss., 143 y ss., 145, donde acoge, sin embargo, como elementos de legitimación en materia de Política criminal, los “criterios de razonabilidad que emanan del consenso alcanzado en un proceso de negociación entre las distintas delegaciones nacionales”.

10. De acuerdo en la crítica, JUNG, “Konturen und Perspektiven europäischen Strafrechts”, *JuS* 2000, pp. 417 y ss., 424. Cfr. también TERRADILLOS, *RP* 3, 1999, p. 65, si bien la crítica es matizada en tanto en cuanto las Directivas no establezcan la modalidad de la sanción, adquiriendo toda su intensidad en los casos en que tal establecimiento sí se diera, lo que a su juicio recortaría de modo inadmisiblemente la autonomía de los Parlamentos nacionales. En cambio, favorable al empleo de Directivas en las que, en ciertos casos, se imponga el recurso a sanciones penales, EISELE, “Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft”, *JZ* 2001, pp. 1157 y ss., 1162.

11. Crítico, PERRON, “Strafrechtsvereinheitlichung in Europa”, en Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, Baden-Baden 1997, pp. 135 y ss., 141.

12. Sobre esta cuestión, con detalle, SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln etc. 2001, pp. 518 y ss. En particular, pp. 551 y ss., rechazando la imperatividad absoluta o prioridad de la interpretación conforme al Derecho comunitario y ubicándola en el marco general de los métodos de interpretación convencionales.

13. Cfr. las referencias al debate en PERRON, en Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, p. 139; DANNECKER, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo* (trad. Bascón Rodríguez), Madrid 2001, pp. 67 y ss.

14. Básicamente, el denominado Corpus Iuris de regulaciones jurídico-penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, en sus dos versiones (la de 1997, y la última, denominado “Proyecto de Florencia”, del año 2000), así como el proyecto de “eurodelitos” (Europa-Delikte), este último coordinado por TIEDEMANN. Sobre este último, cfr. TIEDEMANN (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*, Köln, etc., 2002, *passim*.

15. Aunque sin jurisdicción propia. Cfr. PRADEL, *RP* 3, 1999, p. 43; TERRADILLOS, *RP* 3, 1999, p. 71, con múltiples referencias.

propuestas de una *lex criminalis ferenda*¹⁶ europea, sin descender a los detalles dogmáticos de éstas. Para ello, en primer lugar se procederá en el plano descriptivo, exponiendo cuáles *son* las líneas rectoras político-criminales que guían a las propuestas de construcción de un Derecho penal europeo. Ahora bien, por otro lado es posible también exponer, en contraste con los principios que parece que va a seguir efectivamente la construcción de un Derecho penal europeo, cuáles *deberían ser* los principios que la inspiraran. Naturalmente, esto último requiere partir de un *modelo normativo* de Derecho penal, sobre el que precisamente en este momento tampoco existe consenso. Esto significa, por lo demás, que la toma de posición que cada uno adopte ante los principios de un Derecho penal "europeo" está significativamente condicionada por la postura que haya adoptado ante los principios del Derecho penal "tout court"¹⁷.

II. Principios inspiradores de la línea "oficial" de *lex ferenda* europea

1. Previo: La cuestión de la competencia directa de las Comunidades para la legislación penal¹⁸

La premisa mayor de las propuestas "oficiales" de un futuro Derecho penal europeo es la afirma-

ción de que las Comunidades disponen ya de una competencia para dictar normas penales¹⁹. En efecto, en el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, se atribuyó un nuevo contenido al art. 280 del Tratado de las Comunidades, que, en su apartado IV, pasaba a atribuir al Consejo una competencia expresa para adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros.

Un sector importante de la doctrina acoge, en efecto, la tesis de que aquí se trata de la introducción de una competencia específica²⁰, si bien subsidiaria²¹, de la propia Comunidad (ejercitable mediante el procedimiento de *codificación*) en materia de Derecho penal²², y que podría dar lugar, por tanto, al dictado de reglamentos en esta materia. Ahora bien, lo cierto es que el propio artículo establece que las medidas que puedan adoptar las Comunidades habrán de dejar intacta la aplicación del Derecho penal de los Estados miembros. Partiendo de esto, otros entienden que una lectura literal y sistemática del art. 280 en su conjunto no puede conducir más que a afirmar que en él se alude a las normas propias de cada Estado, inspiradas en su caso en un modelo común europeo²³.

En contra de esta última posición, es notable el esfuerzo interpretativo que TIEDEMANN proyecta sobre el art. 280 IV. A partir de una interpretación "te-

16. Un resumen de las críticas formuladas por la doctrina alemana puede hallarse en WEIGEND, *StV* 1/2001, pp. 65-66.

17. Lo ha expresado con toda claridad PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), pp. 791 y ss.

18. Cfr., de modo general, TIEDEMANN, *Festschrift für Roxin*, pp. 1406 y ss.; MUSIL, "Umfang und Grenzen europäischer Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam", *NStZ* 2000, pp. 68 y ss.

19. Categórico, TIEDEMANN, *Festschrift für Roxin*, p. 1406, aludiendo, con referencias, a la coincidencia con su punto de vista de BACIGALUPO, DELMAS-MARTY, PALAZZO, PICOTTI y SPINELLIS. Al respecto, puede confrontarse especialmente DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les États membres*, vol. I, Antwerpen 2000, pp. 387 y ss., donde también se contienen las opiniones contrarias de GRASSO y SPENCER.

20. Cfr., por ejemplo, aunque con alguna reserva sobre la voluntad política de los Estados miembros, BACIGALUPO, *Curso*, pp. 434 y ss.; el mismo, en Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *La mise en oeuvre*, I, p. 389; PALAZZO, "La legalidad penal en la Europa de Amsterdam" (trad. García Rivas), *RP* 3, 1999, pp. 36 y ss. 39-40; ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), pp. 259 y ss.; todos con referencias.

21. PALAZZO, *RP* 3, 1999, p. 40 se muestra incluso crítico respecto del hecho de que dicha competencia se conciba como subsidiaria, por no evitarse así, a su juicio, la heterogeneidad y diversidad de los sistemas implicados. Asimismo en favor de la aplicación directa, DELMAS-MARTY, en Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *La mise en oeuvre*, I, p. 394.

22. Cfr. la crítica en GRASSO y SPENCER, en Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *La mise en oeuvre*, I, pp. 397, 400; de modo radical en ALBRECHT/BRAUM/FRANKENBERG/GÜNTHER/NAUCKE/SIMITIS, 11 "Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts", *KritV* 3/2001, pp. 279 y ss., 287.

23. Así, Musil, *NStZ* 2000, p. 69; aparentemente DANNECKER, *Evolución*, pp. 196 y ss., criticando la postura favorable de TIEDEMANN (aunque lo cierto es que DANNECKER, *Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Wissenschaft*, en *Festschrift für H.J. Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin 1999, pp. 141 y ss., 144, señala que, en todo caso, el tenor literal del artículo permite esa interpretación extensiva); con más claridad, CARNEVALI, *Derecho penal y Derecho sancionador*, p. 438. De hecho, que las cosas se interpretaban así por la propia Comisión se desprende del hecho de que ésta presentó a la cumbre de la UE, celebrada en Niza en diciembre de 2000, el proyecto de un nuevo art. 280 a del Tratado, en cuyo apartado (3) (a) se atribuía expresamente al Consejo la competencia para dictar preceptos para la determinación de los elementos típicos de la es-

leológico-objetiva” y sistemática²⁴, que lleva a aplicar restrictivamente las excepciones a un principio fundamental del Tratado (como sería el de protección efectiva e igualitaria), concluye que “allí donde el Derecho nacional, según el Consejo y el Parlamento Europeo en tanto que órganos competentes de la CE, sea deficitario y se encuentre por detrás de otros ordenamientos jurídico-penales efectivos (o de un modelo efectivo como el *Corpus Juris*), la CE puede prescribir la aplicación de normas penales adicionales, complementarias. El modelo de Derecho penal de la CE es, en tal concepción, complementario y subsidiario”²⁵. A su entender, por tanto, la Comunidad Europea tiene, desde el Tratado de Amsterdam, en virtud del tenor del art. 280, IV, una auténtica competencia para el dictado de normas penales que sólo se contrae ante un Derecho penal nacional configurado de forma efectiva²⁶.

La legalidad penal, sin embargo, se ha vinculado en la tradición europea post-ilustrada al principio parlamentario democrático²⁷. Frente a ello, en el ámbito comunitario las funciones legislativas siguen todavía hoy recayendo fundamentalmente sobre el Consejo Europeo, que carece de legitimidad democrática directa. La limitada participación del Parlamento Europeo en los procesos legislativos no permite afirmar que los déficits de legitimación se hayan subsanado. Por tanto, más allá del tenor del art. 280 IV del Tratado de la Unión, está claro que la determinación de si es legítima la atribución de

competencia directa a la Comunidad en materia de Derecho penal depende de la medida en que se esté dispuesto a admitir matizaciones en la idea parlamentaria democrática como presupuesto esencial de la legitimación de las normas penales²⁸. Si se admitiera la posibilidad de matizar la referida idea, también sería posible entender que los reglamentos o, al menos, las directivas o acuerdos marco que establecieran tipos penales, incluso eventualmente con cierto detalle, serían legítimos²⁹, pese a tratarse de la manifestación de una “legislación gubernativa”³⁰.

Frente a este modo de ver las cosas, PALAZZO ha señalado que “la situación que se observa en el Derecho comunitario se corresponde con la que está presente en la mayor parte de los Estados, donde la garantía de la legalidad democrática no se apoya tanto en el origen parlamentario de la norma como en el control jurisdiccional de su legitimidad”³¹. En esta línea, se advierte que en los ordenamientos nacionales se ha producido ya “un desplazamiento de la base democrático-parlamentaria de la garantía legal en favor de la garantía material de los derechos fundamentales”³², a la vez que “la exigencia de un apoyo democrático parlamentario para definir la orientación criminalizadora sirve más a la satisfacción de una valoración plural y pública de los intereses en conflicto que para garantizar realmente la libertad individual”³³.

tafa y de cualquier otra conducta antijurídica dirigida contra los intereses financieros de la Comunidad, así como de las penas para todos los tipos penales (cfr. TIEDEMANN, *Festschrift für Roxin*, p. 1413). La falta de claridad del art. 280 IV, para tratarse de un tema tan importante, le había sido objetada a TIEDEMANN por JESCHECK y GRASSO y, de hecho, que la crítica es relevante lo pone de relieve el hecho de que TIEDEMANN acepte que la “prudencia política” quizá debería llevar a que el Consejo no dictara reglamentos en materia penal sino que se sirviera de las directivas y de las decisiones-marco, a pesar de la muy inferior fuerza armonizadora de éstas. Esta última es la postura de GRASSO, en *Diritto penale europeo*, pp. 26 y ss., 28-29, si bien no basándola en la “prudencia política”, sino en la ambigüedad del tenor del art. 280, IV; también, de EISELE, *JZ* 2001, p. 1158. En contra de la vía de la directiva, BACIGALUPO, en Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *La mise en oeuvre*, I, p. 390.

24. Que excluye la relevancia del criterio histórico o teleológico-subjetivo. En contra SATZGER, *Die Europäisierung*, p. 137.

25. *Festschrift für Roxin*, p. 1409.

26. Lo cierto es, en todo caso, que, si por no afectación de la aplicación de los Derechos nacionales se entiende, como debe ser, no sólo su dimensión de protección, sino también su dimensión de garantía (función negativa), entonces está claro que del art. 280, IV no cabe derivar en absoluto una atribución de competencia, ni siquiera subsidiaria, en Derecho penal para la Comunidad (en este sentido, SATZGER, *Die Europäisierung*, p. 140).

27. A pesar de que en algunos países se admita la delegación legislativa en materia penal. Sobre el caso francés e inglés, cfr. SATZGER, *Die Europäisierung*, p. 129 nota 673.

28. Así, MUSIL, *NSStZ* 2000, p. 70, con un análisis desde la perspectiva de la Constitución alemana.

29. Sobre la cuestión, críticamente, CARNEVALI, *Derecho penal y derecho sancionador*, pp. 312 y ss., aludiendo tanto al déficit democrático como a la petrificación legislativa.

30. SATZGER, *Die Europäisierung*, p. 132. Cfr. en especial, en términos críticos, LÜDERSEN, “Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung”, *GA* 2003, pp. 71 y ss., con alusión a la obra de VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtssetzung*, 2000. Una de las características de la creación “gubernativa” del Derecho sería que ésta tiene lugar no mediante órdenes de la autoridad, a la antigua usanza, sino mediante procesos de cooperación y negociación entre los diferentes “interesados”, bajo la tutela constructiva de la autoridad administrativa.

31. PALAZZO, *RP* 3, 1999, p. 40.

32. PALAZZO, *RP* 3, 1999, p. 37.

33. PALAZZO, *RP* 3, 1999, pp. 40-41.

A partir de ello, se considera que, al menos en algunos casos, la “legalidad necesaria” para la protección de determinados intereses no requeriría el elemento democrático parlamentario característico de la legislación democrática nacional, sino que se conformaría perfectamente con el componente (aproximadamente) democrático de las normas comunitarias derivadas tras las modificaciones de Amsterdam³⁴.

La cuestión es central. En efecto, en ella se plantea ni más ni menos que cuál es la función de un principio de legalidad parlamentaria democrática como base de la legislación penal y hasta qué punto posibles déficits de aquélla —o incluso su abandono— podrían ser suplidos mediante la introducción de equivalentes funcionales. En particular, mecanismos como el de vinculación por el precedente, propio de los países del *common law*³⁵, o el de control de las normas a través de un Tribunal constitucional, merecen ciertamente consideración minuciosa. Ahora bien, lo que parece claro es que la pretendida regulación penal europea no dispone de equivalentes funcionales con los que subsanar el déficit democrático. Al contrario: otras de sus características específicas agravan dicho déficit. Como después se indicará —y ya es sabido— esa reglamentación se plantea como una regulación sectorial, centrada además, de momento, en la protección de los intereses financieros de la propia Comunidad. Pues bien, una regulación dictada unilateralmente por la víctima potencial añade, al déficit democrático, otros déficits de generalidad e imparcialidad que la hacen inadmisibles.

En mi opinión, por tanto, son al menos dos las razones que se oponen a la acogida de la tesis de que el Consejo pueda tener competencia en materia penal. Por un lado que, aun en el caso de que el art. 280 IV del Tratado (o el futuro art. 280 a) le atribuyera la referida competencia, sería muy discutible la virtualidad de un Tratado que produjera un efecto de “deslegalización” (en el sentido de

“des-democratización”) de normas penales³⁶. Y, por otro lado, que la sospecha de falta de neutralidad que, en general, suele acompañar a las regulaciones del ejecutivo, en el caso de la regulación de los fraudes comunitarios se convierte en una auténtica constatación. A continuación lo expongo con mayor concreción.

2. Los principios materiales, en concreto

No resulta excesivamente difícil identificar algunos de los principios fundamentales que inspiran las propuestas “oficiales” de conformación de un futuro Derecho penal europeo unificado. Entre otros, cabe destacar los siguientes:

a) Principio de sectorialidad y ausencia de imparcialidad

Una de las fuentes de legitimación de la legislación penal radica en que en ella se plasma de modo ideal la síntesis entre dos pretensiones sociales, que a la vez conviven en el seno de cada ciudadano individual: la pretensión de protección y la pretensión de libertad. Normalmente, la democracia parlamentaria constituye un instrumento adecuado para la consecución de esa finalidad³⁷. En efecto, por un lado todos los ciudadanos —como víctimas potenciales— tienen un interés en la máxima protección de sus intereses; pero, por otro, todos ellos —como autores potenciales— tienen un interés en la consecución de un máximo de garantías. El hecho de que se dé esa dualidad de posiciones y de que la decisión acerca del concreto alcance de la norma que ha de regular el conflicto se produzca tras del “velo de la ignorancia” constituye una garantía de que se alcance un cierto equilibrio entre los intereses contrapuestos³⁸: libertad y seguridad; prevención y garantías.

34. Más aún, para salvaguardar al menos de modo pleno la garantía de predeterminación de la conducta penalmente prohibida, se propone que la Comunidad esté facultada para regular directa e íntegramente la materia punible: PALAZZO, RP 3, 1999.

35. Con todo, lo cierto es que en los países anglosajones el Parlamento puede, en cualquier momento, entrar a regular materias del *common law* mediante ley. Al igual que, en los países que conocen la delegación legislativa como mecanismo de producción normativa en materia penal, es posible que el legislador recupere en cualquier momento los espacios delegados. De modo que no cabe establecer paralelismos en cuanto a la limitación del carácter democrático entre esas peculiaridades de ciertos Estados y una “legislación” penal de las Comunidades en las condiciones actuales. Agradezco esta observación al Dr. Víctor FERRERES.

36. A mi entender, en Derecho español esa opción sería inconstitucional. Pues, en España, lo sería incluso una ley orgánica que deslegalizara la referida materia penal.

37. Cfr. BASTIDA, “La soberanía borrosa: la democracia”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 1/1998 (Soberanía y constitución), pp. 381 y ss., 391: “La democracia organiza el sistema jurídico estableciendo vías procesales a través de las cuales puedan acceder al sistema el mayor número de diferentes expectativas surgidas en el medio social y tengan, así, la posibilidad de convertirse en respuestas normativas, en ‘voluntad general’”.

38. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 185 y ss.

Nada de ello puede afirmarse de una legislación que produce la "víctima potencial", desde la perspectiva de su interés en la maximización de la protección, sin que ello se vea confrontado con la perspectiva de otro actor ideal que represente al autor potencial y su pretensión de maximización de las garantías. Pues bien, las propuestas de un Derecho penal europeo reflejan la pretensión de que el Consejo (con la limitada concurrencia del Parlamento) dicte normas que, además, se centrarían de momento en la protección de los intereses financieros de las Comunidades: es decir, la pretensión de que la víctima legisle sobre su propia protección penal. Con ello, carecen de la mínima imparcialidad exigible y, por tanto, se alejan radicalmente de un modelo de Derecho penal en el que se trata de que las pretensiones enfrentadas de maximización de la protección y de maximización de las garantías hallen un cierto equilibrio³⁹. El problema se agudiza en la medida en que se propone, además, la creación de una Parte General específica, ceñida al establecimiento de las reglas de imputación de responsabilidad por estos delitos⁴⁰.

b) Principio de sectorialidad y transversalidad (primacía de lo económico)

Como revela un examen superficial, las propuestas que se contemplan nunca han pretendido

la construcción de un Derecho penal europeo, sino tan sólo de un Derecho penal de la criminalidad económica organizada en Europa. En particular, tales iniciativas se han centrado significativamente en la conformación de un Derecho penal de protección de los intereses de las Comunidades como titulares de un presupuesto, con sus capítulos de ingresos y gastos⁴¹.

Ese Derecho penal se concibe en términos transversales. Es decir, comprende el Derecho administrativo sancionador, así como tipos del Derecho penal criminal, con una Parte General y disposiciones procesales concebidas *ad hoc*⁴². Se hace difícil eludir la impresión de que se trata de propuestas legislativas derivadas de la presión de un *lobby* (respectivamente, policial o administrativo-burocrático⁴³) y articuladas al modo en que suelen operar los *lobbies* en el nivel nacional, pero sin los contrapesos existentes (todavía) en este último ámbito. Que, a partir de ahí, se incurra en incoherencias con el ordenamiento nacional en su conjunto e incluso con la propia regulación nacional de temas próximos⁴⁴ resulta inevitable.

Sin embargo, no deja de ser paradójico que el Derecho penal europeo (sectorial) se introduzca como un cuerpo extraño en los sistemas jurisdiccionales penales nacionales⁴⁵.

Que ello necesariamente ha de producir desequilibrios en su seno es algo que debería quedar fuera de toda duda⁴⁶: así, por ejemplo, sucedería

39. WEIGEND, *StV* 1/2001, p. 66, indica que esta legislación por parte de la víctima potencial no es una especificidad de las propuestas reseñadas pues, en general, quien promueve la legislación penal son las víctimas, dado que "normalmente los autores no tienen lobby". Esto me parece discutible, pues, en general, en un proceso democrático los ciudadanos difícilmente pueden obviar por completo su doble condición de autor y víctima potencial. En todo caso, lo cierto es que, a renglón seguido, el propio WEIGEND reconoce que lo que falta en estos supuestos es una "mediatización democrática de la toma en consideración de los intereses de la víctima"; esto es, que aquí es la propia víctima la que legisla, lo que no permite esperar que los intereses de libertad del autor potencial sean tomados en consideración.

40. Coincidente, WEIGEND, "Zur Frage eines 'internationalen' Allgemeinen Teils", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1375 y ss., 1381 y ss., centrándose en concreto en los problemas de una Parte General sectorial elaborada desde esa perspectiva unilateral y parcial.

41. Crítico, asimismo, QUINTERO OLIVARES, La unificación de la justicia penal en Europa, *RP* 3, 1999, pp. 51 y ss., 54. Es obviamente cierto que las propuestas de armonización de los Derechos penales de los países europeos se han proyectado sobre sectores no estrictamente económicos (cfr. VOGEL, *RP* 10, 2002, pp. 120 y ss.). Pero tan claro como eso es que, cuando se ha suscitado la cuestión de un Derecho penal europeo unificado, ello se ha manifestado en el ámbito estrictamente económico y, en particular, de los intereses financieros de la UE.

42. A juicio de VOGEL, "Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts", *JZ* 1995, pp. 331 y ss., 333, esto es lo único que tiene sentido. Cfr. sobre ello, en términos descriptivos, OTTO, "Das Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union", *Jura* 2000/2, pp. 98 y ss.

43. Señalar esto no supone, desde luego, desconocer que la protección penal de las finanzas comunitarias implica, en último término, una protección mediata de intereses de los propios ciudadanos.

44. Cfr. a propósito de las diferencias entre el fraude de subvenciones nacional y el fraude comunitario en el Derecho alemán, ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), pp. 266-267. Aludiendo asimismo a las repercusiones del convenio de la OCDE sobre corrupción de funcionarios extranjeros e internacionales, que dan lugar de nuevo a diferencias difíciles de fundamentar.

45. Con lo que éstos pierden autorreferencialidad, sin, por otra parte, obtener una ganancia en la participación de una autorreferencialidad democrática europea: BASTIDA, en *Fundamentos* 1/1998, p. 393, nota 16.

46. Cfr., en el marco de una crítica general a la idea de armonización del Derecho penal en Europa, KLIP, "Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee?", *NSfZ* 2000, pp. 626 y ss., 629.

que delitos más graves que los comunitarios o bien otros con la misma estructura que éstos y una mayor dimensión de lesividad recibirían una respuesta penal menos rigurosa que los comunitarios. Es significativo, a este respecto, lo que señala TIEDEMANN a propósito de la Parte General del Derecho penal comunitario, cuya existencia juzga imprescindible para una aplicación igualitaria de los tipos especiales de éste: "Nur größere Strenge der nationalen (z.B. Irrtums-) Regeln ist zulässig, da auch die Richtlinie kaum ein Standstill-Gebot enthalten dürfte; täterfreundlichere AT-Regeln müssten sich dagegen am Maßstab des EG-Rechts messen lassen und eventuell korrigiert werden"⁴⁷. Sobran comentarios.

c) Principio de protección eficiente o principio de funcionalidad

La premisa es que las libertades de circulación de personas, capitales y mercancías han abierto espacios y posibilidades de desarrollo desconocidos para la delincuencia internacional⁴⁸. A partir de ahí, la consideración básica es que "sería absurdo abrir las fronteras a los delincuentes y cerrárselas a los órganos de persecución penal"⁴⁹. Por tanto, la idea es la eliminación de "paraísos penales". Como se advierte con toda claridad en el Corpus Iuris, las normas que se proponen y las fundamentaciones que se aportan para sostenerlas no proceden de la tradición común europea, sino que, básicamente, como se ha indicado,

se trata de una legislación dictada por la víctima⁵⁰ para proteger sus intereses financieros⁵¹.

Este *centralismo eurocrático* puede describirse también como modelo de *administrativización* en un triple sentido. Por un lado, desde el punto de vista del sujeto competente, y dada la inexistencia de una competencia directa del Parlamento Europeo para legislar en materia penal⁵², es una instancia burocrática —el Consejo— la que asume el impulso del proceso de creación de un Derecho penal europeo. Además, dicho impulso responde ante todo a motivaciones tecnocráticas vinculadas a los déficits constatados en la gestión de los ingresos y egresos de las Comunidades. Finalmente, y precisamente por todo lo anterior, las propuestas de Derecho penal criminal europeo toman como punto fundamental de referencia el, ya existente, Derecho administrativo sancionador europeo. Lo concebido es, al final, básicamente un Derecho penal de *autoprotección* administrativa⁵³.

A partir de ahí, que el paradigma de delito acabe siendo la conducta imprudentemente "fraudulenta" cometida por una persona jurídica que redunde en un peligro abstracto para las finanzas comunitarias no debe extrañar. Pues esta estructura es el paradigma de una infracción administrativa a la que por puras razones disuasorias se anuda la imposición de una pena. Pero también resulta claro que, si tales preceptos tienen la vocación de constituir el "modelo" de la unificación de un Derecho penal europeo⁵⁴, tanto en cuanto a los criterios de tipificación, como en cuanto a la Par-

47. *Festschrift für Roxin*, p. 1411. Es decir, textualmente, que sólo se admitirían regulaciones nacionales (por ejemplo, en materia de error) más rigurosas para el autor. En cambio, las regulaciones más suaves habrían de ser medidas con el baremo del Derecho comunitario y, eventualmente, tendrían que ser corregidas. En el mismo sentido, TIEDEMANN, en Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *La mise en oeuvre*, I, p. 406, a propósito del "restraint" de la normativa penal comunitaria ante regulaciones nacionales como las del concepto unitario de autor o la "recklessness" en delitos fraudulentos, que son ampliatorias de la responsabilidad y "efectivas".

48. PERRON, en Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, p. 137.

49. Lo refiere ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), pp. 262-263, aludiendo a él como "Hauptargument für die Europäisierung des Strafrechts". Cfr. también VOGEL, *RP* 11, 2003, p. 145, señalando con claridad que el Derecho penal, en el ámbito de la Unión Europea, aparece como un "derecho de seguridad, enderezado a una lucha y protección efectivas, a un control efectivo de la criminalidad y a una salvaguarda efectiva del cumplimiento de las normas jurídicas".

50. BRAUM, "Das 'Corpus Iuris' - Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit", *JZ* 2000, pp. 493 y ss., 499.

51. HASSEMER, "Corpus Iuris: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?", *KritV* 2/1999, pp. 133 y ss., 136.

52. Sobre las dificultades de una futura atribución de competencias legislativas en materia penal al Parlamento Europeo, que exigirían un nuevo Tratado, tras lo que habría que contar, también, con la introducción de reservas, cfr. QUINTERO, *RP* 3, 1999, pp. 54-55.

53. Cfr. PALIERO, "La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la 'Parte Generale' di un Codice Penale dell'Unione Europea", *RIDPP* 2000, pp. 466 y ss., 487. Cfr. también SCHÜNEMANN, "Ein Gespenst geht um in Europa -Brüsseler 'Strafrechtspflege' intra muros", *GA* 2002, pp. 501 y ss., 512, aludiendo a cómo en Bruselas predomina una visión tecnocrática-instrumental, policial, del Derecho penal, lo que se corresponde con la estructura burocrática de poder que allí se ha ido conformando.

54. Lo advierte ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), p. 258.

te General⁵⁵, la misión del Derecho penal como “espada de doble filo” se desnaturaliza⁵⁶.

d) Principio del “mínimo común denominador” de las garantías⁵⁷ (o principio de la mixtificación de los principios)

Frente a ello, en la discusión acerca del Derecho penal europeo se echa de menos el “clásico pensamiento europeo de principios”, una insistencia en el significado de las garantías clásicas del Derecho penal⁵⁸. Aparentemente, éstas se conservan. En realidad, se ignoran⁵⁹. En efecto, al ser la pretensión fundamental la *punitivista*, esto es, la de evitación de hipotéticas lagunas, difícilmente podrá evitarse que en cada una de las materias debatidas tienda a imponerse la solución más sencilla y, con ello, también la más laxa. En esta línea incide también la resistencia psicológica de cada cultura (o variante

cultural) jurídico-penal a renunciar a instrumentos represivos ya asentados en la misma⁶⁰.

A mero título de ejemplo, puede aludirse de nuevo al principio de legalidad parlamentaria democrática. Parece bastante claro que cualquier intento de atribuir competencia en materia de Derecho penal al Consejo Europeo, incluso en el marco del procedimiento de *codecisión*⁶¹, quiebra la identidad entre los “sujetos” del Derecho penal (en el sentido de creadores de las normas) y los “sujetos” del Derecho penal (en el sentido de infractores de las normas). Desvincula el proceso de producción de normas penales europeas de la idea de “ciudadanía europea”, rompiendo la autorreferencialidad del subsistema europeo de normas penales⁶². Expresado de otro modo, impide legitimar el Derecho penal desde la perspectiva de la “autocontradicción” de una persona en Derecho.

Ello pone de relieve hasta qué punto los procesos de integración supranacional pueden ahondar la

55. Alude a esta idea de una parte general sectorial (*bereichsspezifische*) como iniciada en el Tratado para la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, de 1995, ahondada en el *Corpus Iuris*, al extenderse a toda una serie de delitos distintos (fraudes tributarios y de subvenciones, fraudes en licitaciones, corrupción, abuso de poder, apropiación indebida, revelación de secretos, receptación y blanqueo de dinero, asociación criminal), a la vez que ampliarse el número de reglas, TIEDEMANN, GA 1998, p. 108. Este planteamiento es radicalmente distinto del que por mi parte he propuesto en otro lugar (cfr. *La expansión del Derecho penal*, 2ª edic., Madrid 2001). En efecto, en mi propuesta, si caben adaptaciones sectoriales de la Parte General, éstas se vinculan sólo al hecho de si la pena impuesta en el delito en cuestión es privativa de libertad o no.

56. En el mismo sentido, PRITWITZ, ZStW 113 (2001), pp. 797-798.

57. Cfr. las observaciones de WEIGEND, en ZIESCHANG, “Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 25.9.1997 in Graz”, ZStW 110 (1998), pp. 515 y ss., 525-525; BRAUM, JZ 2000, p. 495. Lo reconoce ZIESCHANG, ZStW 113 (2001), p. 269, aunque abogando por el esfuerzo para que ello no se produzca, sin caer en la resignación ni condenar el proyecto al fracaso.

58. Crítico también MORALES PRATS, “Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del ‘Corpus Iuris’”, RP3, 1999, pp. 29 y ss., 34.

59. En el mismo sentido, BRAUM, JZ 2000, p. 495; incluso el propio GRASSO, en *Diritto penale europeo*, p. 23, sobre las deficiencias de garantías procesales en el *Corpus Iuris*. Una manifestación de esta mixtificación de las garantías sería, por ejemplo, el mantenimiento de garantías procesales pero con un Derecho sustantivo mucho más laxo, que permita, en todo caso, la condena incluso guardando los principios del debido proceso: cfr. sobre esta sospecha WEIGEND, StV 1/2001, p. 67-68. De modo general, MOCCIA, “L’involuzione del Diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus Iuris europeo”, en *Diritto penale europeo*, pp. 33 y ss.

60. Como señala PIETH, “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität”, ZStW 109 (1997), pp. 756 y ss., 758, armonización del Derecho penal significa con frecuencia *expansión* del Derecho penal. Asimismo, ARZT, “Wissenschaftsbedarf nach dem 6”. StrRG, ZStW 111 (1999), pp. 758 y ss., p. 769: “Strafbarkeitsausdehnung ist der Weg des geringsten Widerstands”.

61. Cfr. sobre el déficit democrático, CARNEVALI, *Derecho penal y derecho sancionador*, pp. 150 y ss., indicando, sin embargo, que el procedimiento de *codecisión* sí cumple cabalmente las exigencias del principio de legalidad (p. 154). Éste es también el punto de vista de GRASSO, en *Diritto penale europeo*, p. 25. En otro sentido, subrayando los déficits democráticos existentes incluso después de las novedades introducidas por el Tratado de Amsterdam, SATZGER, *Die Europäisierung*, pp. 122 y ss.

62. Así, BASTIDA, en *Fundamentos 1/1998*, pp. 392-393: “En efecto, la crítica a la construcción de la Unión Europea se basa sobre todo en el ‘déficit democrático’ que se observa en el proceso de integración. La ‘cesión de soberanía’ constituye una disminución de la autorreferencialidad y positividad del sistema jurídico ‘nacional’ en la medida en que palidece la autorreferencialidad y positividad ínsitas en el principio estructural democrático. El llamado ‘déficit constitucional de la integración europea’ pone de manifiesto la relevancia jurídica del déficit democrático, pues no se trata únicamente de un problema de legitimidad política. Esto significa que para solventar el citado déficit no basta con una revisión constitucional que permita transferir a organizaciones internacionales competencias estatales que afecten a elementos clave de la autorreferencialidad del sistema; no es suficiente la interiorización o constitucionalización de ese proceso de debilitamiento de la autorreferencialidad del sistema. Es preciso saber, además, cómo queda tras esa reforma la autorreferencialidad democrática”.

crisis de las garantías en la que se hallan los ordenamientos nacionales⁶³. Sin embargo, ni el proceso de integración europea debería dar carta de naturaleza a los déficits de garantías que se advierten en los ordenamientos nacionales⁶⁴ ni, viceversa, debería esgrimirse tal situación *fáctica* de los Derechos internos para legitimar un proceder orientado sistemáticamente en tal sentido en el ámbito europeo. Pues eso implica, sin duda alguna, un “empeoramiento del clima constitucional”⁶⁵, que trasciende a puras cuestiones de legitimación formal.

Otros ejemplos en los que podría incidirse serían el creciente abandono del *mandato de determinación* en los tipos⁶⁶, o la más que discutible, en términos de proporcionalidad, sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos y proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard* ⁶⁷.

e) Principio de subordinación de la ciencia

Este principio puede resultar chocante para quienes advierten precisamente en el proceso de armonización europea del Derecho penal una posibilidad de desarrollar un discurso internacional sobre el Derecho correcto (armonizado)⁶⁸. Lo cierto es, sin embargo, que las propuestas *realmente* existentes reflejan un modelo en el que los agentes políticos dirigen a la ciencia del Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas* , en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad⁶⁹.

Expresado de otro modo, en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad o de corrección teórica⁷⁰. Se trata básicamente de sentar las bases que legitimen respuestas penales ya decididas de antemano por los gobiernos. Pues bien, esta situación es, por un lado, esencialmente incompatible con la *preocupación sistemática* y, en particular, con el manejo de un sistema —como el de la teoría del delito— al que la vocación distintiva y garantista ha hecho significativamente complejo. Pero tampoco es, por otro lado, más democrática, pese a lo que afirman quienes se obstinan en contraponer sistema dogmático y democracia. Al contrario, debe subrayarse que resulta asimismo incompatible con el mantenimiento de los principios político-criminales clásicos.

III. Crítica. Principios de una *lex ferenda* europea “alternativa”

1. El punto de partida

Se ha dicho, a mi juicio con razón, que “sólo cuando el Parlamento Europeo ocupe una posición comparable a la del Parlamento nacional podrán ser transferidas competencias legislativas nacionales en materia de Derecho penal a las comunidades europeas sin vulneración constitucional”⁷¹. Es decir, que no bastaría con una modifi-

63. Sobre ello, cfr. GRASSO, *PJ* 52 (1998), p. 201.

64. Cfr., sin embargo, la referencia de BACIGALUPO, *Curso* , p. 433, sobre la posible concepción del principio de legitimidad democrática de modo distinto en una comunidad de Estados a como tiene lugar en la constitución de un Estado.

65. Cfr. Díez-PICAZO, Luis M^º, “Derecho comunitario y medidas sancionatorias”, *REDA* 1993, pp. 251 y ss., 269.

66. Sobre el hecho de que una concepción demasiado estricta del mandato de determinación puede oponerse a las exigencias de efectividad y practicabilidad del Derecho de la integración (por ejemplo, en la materia de los actos realizados en fraude de ley), VOGEL, *JZ* 1995, p. 338.

67. WEIGEND, *FS für Roxin* , p. 1398 pone de relieve que una regulación internacional no tiene por qué caer en el mínimo común denominador de garantías, sino en fórmulas de compromiso que logren una articulación razonable de todos los intereses en conflicto. Pero, cuando a la “internacionalización” se añaden los demás elementos reseñados, el riesgo de que así sea es manifiesto.

68. ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), 264 ss., arguye con las posibilidades reales de internacionalización de la ciencia del Derecho penal, coherentes con nuestra convicción acerca de su naturaleza, como argumento en favor de la europeización.

69. Así, expresamente, para la política criminal de la Unión Europea, VOGEL, *JZ* 1995, p. 336; también, DANNECKER, *JZ* 1996, p. 873.

70. A propósito del Derecho penal de la integración europea, lo señala con claridad PERRON, “Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?”, en *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag* , München 1998, pp. 227 y ss., 246: “Motor der europäischen Rechtseinheit ist nicht die romantische Rückbesinnung auf das gemeinsame Kulturgut, sondern die Einsicht in die Notwendigkeiten der Globalisierung der Wirtschaft”; “Die Anforderungen an das europäische Strafrecht sind daher eminent praktischer Natur”.

71. PERRON, en Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft* , p. 142, 154, añadiendo la propuesta de existencia de una policía, fiscalía y tribunales europeos, que ejerzan una constante presión de adaptación a los órganos nacionales; similar TERRADILLOS, *RP* 3 (1999), pp. 72 y ss. Por su parte, QUINTERO, *RP* 3, 1999, p. 52, comenta la opción de una legislación penal “federal” europea aplicable, pese a todo, por los tribunales nacionales. En todo caso, a mi juicio ello no se satisfaría implicando “bajo una forma u otra” al Parlamento, como se afirma en la exposición de motivos del Corpus Iuris, sino que requeriría la misma “implicación” que tienen los parlamentos nacionales en la aprobación de las leyes propias.

cación del Tratado de la Unión Europea que atribuyera formal y explícitamente la competencia para la legislación penal al Parlamento Europeo⁷². Además, resulta imprescindible que el Parlamento Europeo desempeñe, en el ámbito comunitario, la misma función institucional (de autorreferencialidad) que desempeñan los Parlamentos nacionales en los distintos Estados. Incluso a esto último debería añadirse el requisito de que se garantice que los derechos fundamentales van a estar protegidos de modo vinculante en el plano comunitario⁷³. De modo que no cabría hablar de Derecho penal europeo sin un desarrollo consecuente de los principios subyacentes a la Convención Europea de Derechos del Hombre orientado a la conformación de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, esto es, una Constitución⁷⁴. Todo ello, al menos, por lo que hace al Derecho penal de la pena privativa de libertad, en el que procede exigir rígidamente todas las garantías del Derecho penal clásico⁷⁵.

En efecto, si el Derecho penal es Derecho constitucional “concretado”, si se vincula a la noción de participación democrática y de protección de los derechos fundamentales (y no parece que pueda ser de otro modo), entonces no existen más que dos opciones: o existe una instancia legislativa europea de base democrática que, vinculada a un *corpus* europeo de derechos fundamentales, pueda proporcionar un soporte directo al Derecho penal europeo⁷⁶, o el Derecho penal europeo habrá de surgir a partir de actos concretos de naturaleza convencional en los que se exprese de modo armó-

nico la soberanía de las naciones europeas⁷⁷. Los déficits democráticos, que podrían permitir todavía el dictado de un Derecho “penal” judicial europeo, con penas pecuniarias o privativas de derechos, impiden radicalmente el establecimiento de un Derecho penal de penas privativas de libertad.

2. Los principios

a) Principio de (tendencial) generalización

Debe abandonarse la fijación en el Derecho penal de los intereses financieros de la Unión, para abarcar cuestiones más generales, que disipen la sospecha de una regulación “por la víctima”. El problema radica en la determinación del alcance de la generalización propugnada. Para algunos autores, la necesidad de una Política criminal específicamente estatal así como las diferencias de mentalidad existentes entre los diferentes países europeos hacen inviable un Código penal único y supranacional. De ahí que propongan una ampliación limitada a aquellos aspectos de los que “necesariamente dependa la personalidad europea”, o, en otras palabras, al mínimo necesario para caracterizar una confluencia de valores que exprese la vertebración de Europa⁷⁸.

Sin embargo, se hace difícil pensar que la vertebración de Europa requiera esencialmente que las defraudaciones a las finanzas comunitarias se castiguen *exactamente* del mismo modo en todos los

72. Es esto, en cambio, lo que entiende suficiente GRASSO, en *Diritto penale europeo*, p. 31.

73. KAIKIFA-GBANDI, “Bemerkungen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen Europäischen Strafrechts”, *KritV* 3/2001, pp. 290 y ss., 290-291.

74. PERRON, en Dörr/Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, p. 146.

75. Sobre las razones por las que se propone esto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edic., Madrid 2001, pp. 149 y ss.

76. En contra de que la configuración de un Derecho penal europeo presuponga una Constitución europea, aludiendo a los ejemplos del Derecho penal internacional, TRECHSEL, “Stellungnahme zu den Thesen des ‘Frankfurter Forum zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen Europäischen Strafrechts’”, *KritV* 3/2001, pp. 298 y ss., 299, 302. De ello deriva la idea de que la existencia de una constitución y, con ello, de legislación en sentido formal no es condición necesaria de legitimidad de las normas penales. Pero, aun así, me parece bastante claro que los casos de violación de derechos fundamentales de los que se ocupa el Derecho penal internacional y el Derecho penal económico europeo tienen poco que ver.

77. Cfr. especialmente KÖHLER, “Form und Inhalt europäischer Strafrechtsangleichung. Beitrag zum Frankfurter Forum zur Wahrung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts”, *KritV* 3/2001, pp. 305 y ss., 306: “... so wahr Europa kein Staat ist, so wahr fehlt es den Abgeordneten des europäischen Parlamentes an repräsentativer Gesetzgebungsmacht...”; 307: “Europäisches Völkerbundesrecht kann daher nur vertraglich koordiniertes Gesetzesrecht der souveränen europäischen Rechtsstaaten sein”; *ibidem*: “Daher kommt als Form europäischer Strafrechtsangleichung einzig der Weg bundesvertraglich-gesetzlicher Koordination nach gemeinsamen Prinzipien in Betracht”. La conclusión en p. 308: “Eine überstaatliche Gesetzgebungskompetenz eigentlichen Sinnes kann es aber nach freiheitlichen Rechtsprinzipien nicht geben”. También RIZ, *RTDPE* 2000, 1/2, p. 197, 198. Sobre la idoneidad de esta vía para modificaciones del sistema institucional comunitario, GRASSO, en *Diritto penale europeo*, p. 30.

78. Así, QUINTERO, *RP* 3, 1999, p. 57. Ello no comprendería la unificación de los criterios de proporcionalidad de las penas (p. 58).

países, admitiéndose en cambio divergencias, en ocasiones clamorosas, en cuanto a la protección de bienes patrimoniales individuales. O, sobre todo, que cuestiones fundamentales que se refieren al estatuto óptico de los seres humanos y su protección se desplacen (¡éstas sí!) al ámbito de cada país, calificándose de “peculiaridades culturales” (¿¡ !?).

Si resulta que la protección de los bienes individuales, incluso de los altamente personales, es cuestión “nacional” dentro de Europa, se hace difícil eludir la sombra de sospecha que se cierne sobre los “delitos comunitarios”, como regulaciones tecnocráticas *ad hoc* determinadas por la presión de los *lobbies* europeos, en los que, además, se manifiesta una desequilibrada preocupación por la dimensión de protección del Derecho penal en perjuicio de la dimensión de garantía que éste también ha de tener. La dimensión humanística del Derecho penal desaparece en la “Europa (de la dominación) de la economía”.

b) Principio de soberanía. Matizaciones

Se repite con frecuencia que el Derecho penal se halla todavía vinculado a la idea de soberanía, más aún, que constituye la quintaesencia de la misma⁷⁹. Ahora bien, no siempre queda claro qué se pretende indicar con tal afirmación, lo que impide una valoración inequívoca de su alcance y aceptabilidad. Para unos, la idea de soberanía debe entenderse en el sentido de soberanía *nacional*, de modo que lo que pretende subrayarse apelando a ella es la necesaria vinculación entre el contenido del Derecho penal y determinados principios y valores propios de la correspondiente cultura nacional⁸⁰. Ciertamente, la vinculación del Derecho penal a una soberanía así entendida constituye un residuo nacionalista que es necesario superar⁸¹, mediante la noción de ciudadanía (europea).

Ahora bien, la soberanía puede entenderse en un sentido distinto, que parte de la necesaria vinculación de la ley penal a los presupuestos formales de la democracia deliberativa, a la vez que a una base material centrada en la idea de persona y en sus derechos fundamentales. Soberanía significa, entonces, ante todo, precisamente ciudadanía. Pues bien, a mi entender, como se ha señalado, la existencia de soberanía en este segundo sentido constituye un presupuesto ineludible de la conformación de un Derecho penal supranacional⁸²: un Derecho penal supranacional requiere una ciudadanía supranacional. La única excepción a la exigencia de participación democrática de los afectados debe venir constituida por el Derecho penal de represión de las violaciones de derechos humanos fundamentales, que describe un mínimo indisponible de naturaleza universal. Pero está claro que ése no es el caso de un Derecho penal económico europeo.

Por tanto, como se ha indicado reiteradamente, sólo mediante la consolidación institucional democrática del Parlamento europeo y la atribución a éste de competencias legislativas en sentido estricto y, en concreto, en materia penal —en el marco de una constitución—, sería posible hablar de los mínimos de legitimación necesarios para una legislación penal europea⁸³. Al respecto, debe huirse de mixtificaciones, como la de pretender que las instituciones comunitarias adopten en el futuro directivas, con “alguna” intervención del Parlamento, y que conlleven la obligación de los Estados miembros de tipificar delitos e imponer sanciones penales en sentido estricto, incluso con medidas de pena (sobre todo mínimos) preestablecidas⁸⁴. Vías de legalidad deficitaria, como la señalada, que podrían ser suficientes para dictar normas penales con penas meramente pecuniarias o privativas de derechos, resultan radicalmente ilegítimas cuando se trata de dictar normas

79. PERRON, en *Europa als Rechtsgemeinschaft*, p. 136.

80. Cfr., sobre esto, KÜHL, *Der Beitrag der Strafrechtswissenschaft zur Europäisierung des Strafrechts*, *Festschrift für Sollner*, 2000, pp. 613 y ss., 616.

81. Cfr. la crítica de QUINTERO, *RP3*, 1999, p. 52.

82. Próximo, en el plano de los objetivos, TERRADILLOS, *RP3*, 1999, p. 75: “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”.

83. Una cuestión aparte es si las constituciones de los diferentes Estados admitirían que, a partir de un nuevo Tratado que atribuyese tal competencia al Parlamento europeo, las normas emanadas de éste fueran vigentes en todos los Estados. No ve problemas al respecto en el art. 96 CE QUINTERO, *RP3*, 1999, p. 54. Sin embargo, lo cierto es que un Tratado de esta naturaleza requeriría autorización de las Cortes en los términos del art. 94 CE, y que el hecho de que esta autorización pueda otorgarse por mayoría simple podría estimarse constitutivo de una vulneración de la reserva de ley orgánica establecida para las leyes penales, en tanto que ésta requiere mayoría absoluta.

84. Ésta es, si lo interpreto bien, la propuesta de GRASSO, *PJ52* (1998), p. 209, para la protección armónica de los intereses fundamentales de la Unión.

penales cuya vulneración se castiga con penas privativas de libertad⁸⁵.

c) Principio de ciudadanía europea y de garantías individuales

Frente al principio eurocrático, se trata de que el proceso de unificación del Derecho penal europeo, en lugar de surgir a partir del impulso de las instituciones económicas de la Unión, provenga de la conciencia de pertenencia a una “comunidad de principios”⁸⁶, en la que sin duda habrían de integrarse los de fragmentariedad y subsidiariedad. Esta “comunidad” habría de dar lugar a un planteamiento profundo —y no coyuntural ni oportunista— de la progresiva unificación de las regulaciones penales, empezando por las relativas a los bienes jurídicos fundamentales. Ahora bien, todo ello sólo puede concebirse seriamente en el marco de una Constitución europea y de una auténtica Carta europea de derechos fundamentales⁸⁷.

Hay quien entiende precisamente que un Derecho penal transnacional habría de ceñirse a las infracciones más graves y que cualquier otra homogeneización sería ilegítima⁸⁸. Por mi parte, no llegaría tan lejos. Sin embargo, lo que no puede dejar de sorprender es que en el Derecho penal europeo unificado que se nos propone hallemos una protección uniforme de los intereses financieros de la Unión o bien una sanción uniforme del tráfico ilegal de mano de obra o el blanqueo de capitales y, en cambio, una sanción extremadamente

diversa de los hechos punibles contra la vida, la salud, la libertad o el patrimonio individuales.

IV. El principio de primacía de la ciencia: hacia la “otra” europeización del Derecho penal

Si ha de haber una auténtica *lex* europea, ésta habrá de construirse sobre la base doctrinal de una investigación comparada lo más libre posible de las presiones de la coyuntura. De la medida en que la ciencia sea capaz de resistir las presiones de los *lobbies* policiales-administrativos dependerá, pues, en amplia medida, el que el Derecho penal futuro de una Europa crecientemente unida sea *materialmente europeo*⁸⁹. A la doctrina europea del Derecho penal le compete, sin embargo, no sólo la función de proponer redacciones homogéneas de tipos penales concretos. Además —y, a mi juicio, sobre todo— le corresponde la función “dogmática” de construir el aparato conceptual común y la función “política” de establecer el sistema de las garantías propias de la tradición europea común, que la distancia de una visión policial del Derecho penal⁹⁰.

La ciencia del Derecho penal debe, por tanto, proseguir un esfuerzo, en parte ya iniciado, de reflexión sobre la tradición común europea, que a su vez actúe de factor crítico en el análisis de la evolución de los derechos nacionales⁹¹. En efecto, pese a la existencia en el marco común europeo de *discrepancias culturales relativas*, así como de ciertas diversidades en la configuración *técnica* y

85. Cfr., en sentido próximo, HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg 1997, p. 165.

86. Esta consideración, aunque va más allá, coincide en parte con la de MORALES PRATS, *RP* 3, 1999, p. 33: “Esta limitación objetiva del *Corpus Iuris* plantea el riesgo de que la pretensión unificadora del Derecho penal quede limitada a un planteamiento ‘institucionalmente endogámico’, en detrimento de una propuesta unificadora de eurodelitos más atenta a las necesidades de tutela de los bienes jurídicos del ciudadano y de la sociedad europea. En este sentido, el *Corpus Iuris* ha descartado una propuesta más ambiciosa, que hubiera podido contemplar la tipificación de conductas que reclaman la uniformidad en la respuesta penal. Éste es el caso de los delitos de tráfico de drogas, de determinados delitos económicos (por ejemplo delitos societarios) o de las formas de criminalidad contra la intimidad del individuo o contra la información empresarial sensible que suscitan los avances tecnológicos y, en particular, Internet u otras autopistas de la información”. Va más allá en la medida en que no pretende limitar la unificación a los supuestos de necesidad de uniformidad, sino que entiende que la uniformidad es, en todo caso, necesaria si se pretende conformar un espacio de ciudadanía europea. Sobre las deficiencias todavía existentes en el camino hacia una ciudadanía europea, SATZGER, *Die Europäisierung*, pp. 125 y ss.

87. ALBRECHT/BRAUM/FRANKENBERG/GÜNTHER/NAUCKE/SIMITIS, “11 Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts”, *KritV* 3/2001, p. 279 y ss., 279.

88. BRAUM, *JZ* 1990, p. 498.

89. Sobre algunos elementos integrantes de lo común a los países europeos, QUINTERO, *RP* 3, 1999, p. 53.

90. En este sentido, KAIAFA-GBANDI, *KritV* 3/2001, p. 292. Cfr. también PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), p. 794, recogiendo la idea de NAUCKE de que, en realidad, no se trata de la armonización de *distintos* Derechos penales nacionales, sino de la armonización de *distintas* ideas de Derecho penal, presentes en toda Europa (y más allá). Por lo demás, sobre su convicción de que la idea de “Europa” está siendo utilizada como vehículo para la difusión de las ideas político-criminales propias de algunos, PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), pp. 798-799.

91. En este sentido, KÜHL, *Festschrift für Sollner*, p. 618, pese a las dificultades que, por su parte, observa en esa empresa.

práctica del sistema del Derecho penal⁹², es manifiesto que en los países de la Unión Europea resulta ampliamente factible el intento de superar los aspectos superficiales de cada estructuración nacional de la materia del Derecho penal, para hallar la “gramática internacional” común a todas ellas⁹³.

En efecto, la referida “gramática internacional” del Derecho penal tiene aspectos *sintácticos*, en los que quizá quepa obtener una uniformización universal (en los aspectos estructurales más abstractos) pero sólo en ámbitos territoriales, como el

europeo, en los que se dan reglas análogas acerca de la atribución de sentido, pueden coincidir también los concretos aspectos *semánticos*⁹⁴. Existe aquí un campo fundamental para la discusión de modelos integrados dogmáticos y político-criminales orientados a una progresiva unificación de la Parte General⁹⁵. Sería lamentable que la coyuntura de la represión y la tentación oficialista distrajeran a nuestra ciencia de un objetivo que todos sentimos como propio y que constituye nuestra auténtica contribución a la construcción de Europa.

92. El tema es debatido, pues, en efecto, hay autores que atribuyen más peso a las peculiaridades nacionales, mientras que otros valoran en mayor medida la tradición común europea. Cfr. referencias a ambos puntos de vista en VOGEL, *JZ* 1995, p. 333. Subrayando con claridad la comunidad de cultura penal de los países miembros de la Unión, BACIGALUPO, *Curso*, pp. 397-399, si bien su propia exposición pone de relieve los matices existentes en el seno esa comunidad; el mismo, “Die Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1361 y ss., 1365, 1370, 1373.

93. Cfr. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Valencia 1997, p. 19; MUÑOZ CONDE, en Prólogo al referido libro, p. 14; el mismo, “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”, *RP* 5 (2000), pp. 44 y ss. Para algunos, la obtención de esa gramática común implica la renuncia a la dogmática; cfr. VOGEL *RP* 11, 2003, p. 150: “... una Ciencia penal que se siente vinculada al pensamiento democrático está en la obligación de mediar, y traducir la discusión político-criminal entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública, de otro. A ello difícilmente puede contribuir una Ciencia del Derecho penal atrincherada en la torre de la dogmática con discursos difícilmente comprensibles para la opinión pública”. Como alternativa se propugna una Ciencia penal cuya voz “se sustente únicamente en la fuerza del mejor argumento” (Ibídem). Sin embargo ¿cómo discutir la intensísima fuerza de los argumentos dogmáticos en el marco de cualquier teoría imaginable de la argumentación en Derecho penal?

94. Más allá de la semántica de los derechos humanos fundamentales que, a mi juicio, es también universal.

95. Resulta comprensible que ciertos autores alemanes reclamen en este punto una apertura metodológica y el abandono de la pretensión de exportar la “furia sistematizadora”. Cfr., en este sentido, por ejemplo, KÜHL, *Festschrift für Sollner*, p. 623, 624, aludiendo a que los problemas materiales deben primar sobre las cuestiones metodológicas y sistemáticas. Pero esta actitud no debería conducir a un relativismo metodológico en el que lo sistemático y lo asistemático, lo primitivo y lo desarrollado, tuvieran el mismo valor. En particular, no me parece aceptable la afirmación de VOGEL, *RP* 11, 2003, p. 143, de que “para la Unión Europea todos los ordenamientos nacionales deben tener igual valor, lo que implica a su vez que los correspondientes métodos con los que se elabora el derecho penal poseen también igual valor”. Pues ello supone mezclar lo político-pragmático con lo científico en términos que, *ad absurdum*, conducirían a pensar que todas las opiniones *valen* lo mismo pues tras cada una de ellas al final sólo hay un voto en las elecciones generales.