

LA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA: UN RETO POLÍTICO-CRIMINAL

J. M.^a TERRADILLOS BASOCO*

- I. SIGNIFICADO POLÍTICO-CRIMINAL DEL MOMENTO CONSTITUYENTE
 - 1. LO QUE EXISTE
 - A) *Ámbitos administrativo y judicial*
 - B) *Ámbito penal*
 - 2. LO QUE SE ESPERA
- II. EL MODELO PENAL EUROPEO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL
 - 1. ANTECEDENTES
 - 2. LAS PROPUESTAS
 - A) *Fuentes*
 - B) *Ámbito policial y procedimental*
 - a) Cooperación policial
 - b) Cooperación judicial
 - C) *Ámbito penal sustantivo*
 - a) Los delitos
 - b) Los principios
- III. VALORACIÓN FINAL

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Cádiz.

I. SIGNIFICADO POLÍTICO-CRIMINAL DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

La firma en Roma, en octubre de 2004, del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (TC), reviste una trascendencia obvia, que se proyecta también, como no podía ser de otro modo, sobre el sistema jurídico-penal de los países miembros. Por lo mismo, plantea, tanto a estos como a la Unión, la larga serie de retos propios del diseño de una política criminal que, heredera de la desconfianza recíproca y de la inercia, ha de ser construida, prácticamente, *ex novo*.

En efecto, la derogación del *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE) y del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) —de los que el TC se proclama heredero—, supone un replanteamiento del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (ELSJ), que, construido en lo esencial como modelo de cooperación, parece proyectarse ahora hacia un espacio penal único.

1. LO QUE EXISTE

La opción que propone el TC supone superar la tradicional consideración de que Derecho penal y Europa son dos realidades antinómicas.

Que es lo que, en buena medida, ha venido existiendo. La «Europa de los mercaderes» no podía dedicar esfuerzos extra a configurar un sistema penal común. Ni le interesaba, ni era compatible con la ancestral reivindicación del ejercicio del *ius puniendi* como manifestación no negociable de soberanía estatal¹.

De hecho, desde los Tratados de Roma, en 1957, al de Maastricht, en 1992, se viene construyendo un sistema jurídico comunitario que excluye el Derecho penal², en el seno de una Unión carente de poder punitivo propio, y cuyos órganos ni gozan de potestad legislativa penal ni pueden imponer sanciones penales³.

¹ Ver, DANNECKER, G., «Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità europea»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1994 (4), pp. 961 y ss.

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

³ SIEBER, U., «Europäische Einigung und Europäische Strafrecht»: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991 (103), p. 957.

Lo que no se corresponde con un dato innegable: los intereses específicamente europeos también son objeto de amenazas, incluso delictivas⁴, frente a las que la UE no puede mirar hacia otro lado.

A) Ámbitos administrativo y judicial

Sin embargo, como es notorio, incluso en estos restringidos campos de actividades fraudulentas, se ha venido optando por potenciar mecanismos comunitarios de inspección y control de naturaleza jurídico-administrativa, manteniendo un prudente absentismo en lo relativo a la intervención penal.

En esta línea se mueve el texto paradigmático en la materia, el *Reglamento 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (RPIF), que incorpora una normativa general sobre medidas y sanciones administrativas (art.1), «eficaces, proporcionadas y disuasorias», y ajustadas, además, a los principios de irretroactividad, proporcionalidad y culpabilidad (art. 2).

Partiendo de que «la eficacia de la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de las Comunidades exige el establecimiento de un marco jurídico común a todos los ámbitos cubiertos por las políticas comunitarias» (Considerando 4), fija un régimen sancionatorio administrativo⁵, que «se aplicará sin perjuicio de la aplicación del Derecho penal de los Estados miembros», que queda confiada a éstos (Considerando 9).

Se trata sólo de un significativo ejemplo, entre muchos, de cómo, incluso en la tutela de intereses inequívocamente comunitarios frente a conductas delictivas, se ha venido prefiriendo la actuación común en el ámbito administrativo, sin franquear las puertas de lo penal.

Al menos de lo penal sustantivo, porque la cooperación policial y judicial ha conocido significativos avances, ejemplificados por el desa-

⁴ Quizá uno de los ejemplos más significativos sea el de los fraudes de subvenciones; ver TERRADILLOS BASOCO, J. M.ª, (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001.

⁵ El catálogo de sanciones (art. 5), aplicables tanto a las personas físicas como a la jurídicas, responsables por acción o por omisión (art. 7) lo integran, entre otras, la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido o el pago de una cantidad superior incrementada con los correspondientes intereses, la pérdida de la garantía prestada en su caso, la multa administrativa, la privación de ventajas concedidas por normativa comunitaria, etc.

rollo que imprimen a los artículos 30 y 31 TUE el Acuerdo de Schengen, las conclusiones de Tampere o el establecimiento de Europol y Eurojust⁶.

B) *Ámbito penal*

Lo que no significa que Europa y Derecho penal hayan sido realidades que caminaran siempre dándose la espalda⁷.

De hecho, aunque los Tratados Constitutivos no hubieran supuesto transferencia expresa de *ius puniendi*⁸, se les ha ido agregando paulatinamente un cierto orden jurídico que, junto a las convenciones de coordinación de los sistemas represivos nacionales, sin llegar a alcanzar naturaleza penal, ha terminado por imponer a los Estados miembros cierta subordinación, siquiera fuese sectorial, de sus políticas penales al orden supranacional⁹.

El principio de primacía —que hace inaplicables las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario e impide la aprobación de otras semejantes en el futuro¹⁰—, ha constituido, junto al de eficacia o efecto directo, la piedra angular de las relaciones Derecho interno-Derecho comunitario, y, juntos, o bien han dejado sin contenido ciertas decisiones criminalizadoras del legislador interno¹¹, o bien, en sentido

⁶ THWAITES, N., «Eurojust: autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier?»: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé*, 2003, pp. 45 a 61. Una información exhaustiva en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

⁷ ALMEIDA CABRAL, J. de, «Breves considerações sobre a Europa e o Direito Penal», en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 123.

⁸ FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Derecho penal y competencias de las comunidades europeas»: *Cuadernos de Política Criminal*, 1992 (48), p. 815.

⁹ VERVAELE, J. A. E., «Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Fraud Legislation», en VERVAELE, J. A. E. (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, pp. 161-202.

¹⁰ TIEDEMANN, K., «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht»: *Neue Juristische Woche*, 1993 (1), p. 25.

¹¹ BERNARDI, A., «Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penale europei»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2002 (46), pp. 809 a 812; VERVAELE, J. A. E., «L'applicazione del Diritto comunitario: la separazione dei beni tra

contrario, han determinado el contenido de los tipos penales que recurren a elementos normativos o que, más directamente, optan por la remisión expresa¹².

Además de los supuestos de remisión, las Comunidades han contado con otras posibilidades de incidencia positiva directa en el campo de la criminalización y penalización: el art. 10 TCE ordenaba a los Estados miembros adoptar medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los Tratados o las resultantes de actos de las instituciones comunitarias; principio de lealtad, en cuya virtud, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJE), los Estados «*deben recurrir a su potestad sancionatoria, y si fuere preciso, también a sanciones penales*»¹³.

Una de las tradicionales técnicas para hacerlo coherentemente ha sido la asimilación, en cuya virtud la defensa de los intereses comunitarios se acomete mediante la remisión a la norma penal nacional que tiene por objeto la tutela de intereses nacionales semejantes. Pero se trata de una técnica —calificada como «*estrategia de descentralización mediante reenvío*»¹⁴— que supone renuncia a la creación de un Derecho penal comunitario y presenta el inconveniente añadido de la desigualdad, ya que la defensa de intereses nacionales propios no es idéntica en los distintos países, con lo que conductas punibles en uno de ellos pueden no serlo en otros, ni tampoco es equivalente la pena que a las mismas conductas se impone¹⁵.

il primo e il terzo pilastro?»: *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1996 (2), p. 509.

¹² DANNECKER, G., «Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità Europea», cit., pp. 974 a 980. También GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho Penal*, (trad. García Rivas), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993, pp. 53 a 57.

¹³ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales»: *Actualidad Penal*, 1997 (31), p. 682.

¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección de las finanzas públicas y comunitarias», en AA.VV., *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 114.

¹⁵ DELMAS-MARTY, M., «Verso un Diritto penale comune europeo», cit., p. 546. Vid. los numerosos ejemplos aportados por DANNECKER, G., «Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità Europea», cit., pp. 966 a 970.

La eficacia lograda tampoco parece satisfactoria¹⁶. Aunque quizá no tanto por la inidoneidad del sistema como por la ausencia de voluntad por parte de los Estados a la hora de aplicarlo¹⁷.

Los inconvenientes de orden político y práctico de la asimilación determinaron la primacía de la técnica de armonización, fundamentalmente a través de Directivas, que ordenan la creación de nuevas normas de Derecho interno, con criterios compartidos que aseguren la igualdad necesaria para el funcionamiento mismo de las Comunidades¹⁸. Pero incluso esa limitada armonización a través de Directivas no se ha logrado sino fragmentariamente. En efecto, mientras la Comisión ha venido intentando repetidamente obligar a los Estados miembros, mediante Directivas, a armonizar sus sistemas penales, el Consejo de Ministros, en la práctica, ha buscado —y logrado— dejar intacto el poder estatal de elegir discrecionalmente los instrumentos de aplicación¹⁹.

En el específico ámbito de la protección de los intereses financieros de la Comunidad, p. ej., los sistemas jurídicos nacionales presentan diferencias tan importantes que impiden hablar de una auténtica armonización de la protección jurídico penal²⁰, de modo que, ha sido necesario, para establecer unos requisitos mínimos comunes, optar por una doble vía: la del Reglamento y la del Convenio.

Los Reglamentos, considerados como manifestación del verdadero poder europeo, en cuanto que con ellos la Comunidad legisla directamente sobre los ciudadanos sin la intermediación de las instancias nacionales, no son utilizables, sin embargo, en materia penal. Y por ello el TUE optó por potenciar los mecanismos de cooperación entre los Estados y añadió al sistema comunitario un tercer pilar —«Disposicio-

¹⁶ Ver TERRADILLOS BASOCO, J. M.ª, «Política y Derecho Penal en Europa»: *Revista Penal*, 1999 (3), pp. 63-64.

¹⁷ ASÚA BATARRITA, A., «Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el Código penal español de 1995: ¿armonización europea versus principio de asimilación?», en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios penales en memoria del profesor José Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 946.

¹⁸ FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas», cit., p. 817.

¹⁹ VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea»: *Revista Penal*, 2005 (15), p. 172.

²⁰ DANNECKER, G., y BASCON GRANADOS, C., «Intentos actuales de armonización dirigidos a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea»: *Noticias de la Unión Europea*, 1998 (156), p. 67.

nes relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal»— consistente en una estructura intergubernamental de cooperación que no comporta integración ni plantea problemas de soberanía²¹. Más modestamente, acepta que los asuntos de justicia e interior son de interés común, lo que habilita la cooperación de los Estados miembros, pero sin comunitarizar estas materias²².

La cooperación en materia penal se sitúa, así, fuera del pilar comunitario pero sin por ello quedar reducida a manifestación de cooperación internacional ordinaria, ya que tanto por razones formales (participación de las instituciones europeas) como sustanciales (necesidad de armonizar ciertas definiciones), incorpora elementos de integración en un sistema jurídico supranacional²³.

Esta ha sido la vía seguida para proteger los intereses financieros de la Comunidad. Si el ya citado *Reglamento 2988/95* (RPIF) se limitaba a lo administrativo, los Estados miembros, vía convenio —«*Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*», de 26 de junio de 1995 (CPIF)—, se comprometieron a modificar el Derecho penal interno, incorporando al mismo, y de modo homogéneo, los comportamientos atentatorios a la Hacienda comunitaria estimados dignos de criminalización, así como las sanciones adecuadas para castigarlos eficazmente.

La cooperación ha garantizado el respeto al principio de legalidad y a las exigencias de la soberanía nacional en materia penal, y es idónea para impulsar la intervención penal a los más diversos sectores, y no sólo a los de competencia comunitaria²⁴. Pero tampoco queda al abrigo de objeciones. El legislador español, p. ej., adaptó al texto del CPIF el Proyecto de Código Penal (CP), que en aquel momento se encontraba en trámite de discusión parlamentaria y criminalizó los fraudes de subvenciones comunitarias²⁵, incurriendo en la contradicción de aceptar una

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Política y Derecho Penal en Europa», cit., pp. 66-67.

²² VERCHER NOGUERA, A., «La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente», en AA.VV., *La nueva delincuencia. II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 330.

²³ DELMAS-MARTY, M., «Verso un Diritto penale comune europeo», cit., pp. 543-544.

²⁴ BERNARDI, A., «Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penale europei»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2002 (46), p. 805.

²⁵ Aunque ya alguna sentencia los había equiparado a los intereses de la Hacienda pública española: DOLZ LAGO, M. J., «La actuación del Ministerio Fiscal ante los

valoración distinta de los ilícitos subvencionales dependiendo de la naturaleza, nacional o comunitaria, del ente financiador²⁶.

Además de esa inevitable consecuencia, la cooperación comporta el riesgo, constatado experimentalmente, de convertirse, a base de protocolos adicionales a convenios firmados pero no ratificados, en inútil muro de papel frente a una criminalidad real y en expansión²⁷.

Sin que, por otra parte, puedan dejarse de lado las críticas, de naturaleza política, dirigidas a un contexto caracterizado por un Parlamento sin funciones legislativas en materia penal, con lo que las sanciones penales podrían terminar siendo establecidas por un órgano (el Consejo), no surgido de la elección popular, y aplicadas por otro (la Comisión), carente de naturaleza jurisdiccional²⁸.

2. LO QUE SE ESPERA

Si la asimilación no garantiza ni la eficacia ni la igualdad que supondría un tratamiento idéntico para todos; si la cooperación, concebida para incrementar la eficiencia, la condiciona y pospone; y si la armonización, destinada a reforzar la justicia y la funcionalidad, incrementa la complejidad del conjunto²⁹, parece inevitable acometer, en aras, precisamente, de la justicia, la sencillez y la eficacia, otra alternativa, la unificación.

Es posible que el TC obligue a las instituciones europeas a situarse frente a esa alternativa en la rampa de salida del proceso unificador, empujándolas a afrontar el re-examen de los principios del modelo político criminal y a plantearse la lucha contra el delito de ámbito comunitario precisamente en el ámbito comunitario.

Lo que, desde luego, parece empeño problemático, porque exige la adopción previa de criterios que aseguren un proceso democrático de toma de decisiones, que incrementen la calidad del Estado constitucional y que

fraudes a las subvenciones comunitarias (en especial las agrarias)», *Actualidad Penal*, 1995 (39), pp. 748 y ss.

²⁶ ASÚA BATARRITA, A., «Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el CP español de 1995: ¿armonización europea 'versus' principio de asimilación?», cit., pp. 943 y 946.

²⁷ Tal como denunciaba la Exposición de Motivos del *Corpus Iuris*.

²⁸ FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Derecho penal y competencias de las comunidades europeas», cit., p. 815.

²⁹ *Corpus Iuris*, Exposición de Motivos.

consoliden las garantías propias del Derecho penal en un modelo de administración de justicia que tiene que operar de forma crecientemente interactiva³⁰.

Desde el punto de vista político, en efecto, no parece suficientemente discutida y aceptada la necesidad de avance hacia la unificación penal. Y sigue apelándose a razones como la formal afirmación de la propia, y no compartible, soberanía³¹, incompatible con una política de dejación en materia de *ius puniendi*. Lo que, si ya era cuestionable en un contexto en el que, amén de haber desaparecido monedas o fronteras propias, imperaba el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional³², lo debe ser aún más a la entrada en vigor del TC (art. IV-447), y de los ambiciosos objetivos del Título I de la Parte I.

Desde el punto de vista técnico, hay que reconocer que, hoy por hoy, ni el legislador ni el juzgador —nacionales o europeos— disponen de un marco normativo homogéneo, ni manejan un lenguaje dogmático común, que es condicionante de todo proceso de unificación normativa³³.

A pesar de que la unidad cultural y política europea posibilita avanzar en el camino de la unificación³⁴, resulta evidente la existencia de puntos de discrepancia político-criminal (principio de legalidad, ley penal en el espacio, relevancia del error de Derecho, sistema sancionador, valores sociales con reflejo en figuras delictivas concretas como aborto, eutanasia, etc.), que reflejan a su vez discrepancias culturales profundas³⁵.

En realidad algunas de estas discrepancias gozan de tan amplio arraigo que sería poco menos que utópico pretender superarlas. Ni siquiera re-

³⁰ VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit., p. 169.

³¹ Aunque existen razones para pensar que la reivindicación de la soberanía nacional como fuente monopolista del Derecho penal ha escondido, en ocasiones, razones más inconfesables: ver RIONDATO, S., «Profili di rapporti tra Diritto comunitario e Diritto penale dell'economia»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1997 (4), p. 1159.

³² TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Política y Derecho Penal en Europa», cit., p. 66.

³³ Sobre los aspectos más relevantes de estas discrepancias, ver BACIGALUPO ZAPATER, E., «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo»: *Cuadernos de Política Criminal*, 2004 (83), pp. 15 a 22.

³⁴ PAGLIARO, A., «Limiti all'unificazione del Diritto penale europeo»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1993 (1-2), pp. 199-200.

³⁵ MILITELLO, V., «Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea»: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2001, pp. 415 y ss.

sulta claro que fuera deseable³⁶. Así lo acoge el art. I.5 TC cuando, siguiendo los pasos del art. 6.3 TUE, declara que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros.

El reto se circunscribe, pues, a la identificación de las zonas de confluencia más pacíficamente reconocidas —ya por situarse *ex novo* en territorios específicamente comunitarios, ya por afectar a principios o valores básicos, condicionantes del sistema común³⁷—, para, en torno a ellas, ir definiendo las características del nuevo modelo.

Sólo así se puede superar el riesgo que comporta la antidemocrática hegemonía de unos sistemas jurídicos sobre otros, que, además, verían gravemente lastrada su coherencia interna por la incorporación de soluciones foráneas³⁸. Para superarlo, es imprescindible el recurso a los estudios iuscomparatistas, lo que no significa ni imitación de un modelo a importar, ni el mero contraste de los distintos sistemas, ni, mucho menos, el uso dogmático del derecho extranjero, sino la «*construcción dialéctica y discursiva de disciplinas comunes que, por definición, no pueden pretender la imposición de un modelo preconstituido a otros Estados*»³⁹.

El problema, no obstante, sigue siendo el de fijar el umbral mínimo exigible a todos, tarea para la que parece imprescindible la organización y potenciación de un espacio de debate, en el que definir, inicialmente, los valores penales guía, mediante el aporte de sectores de opinión que no pueden ser monopolio de los juristas⁴⁰.

Se trata de una tarea político-criminal no fácil. Y menos aún si se observan las profundas discrepancias que el proceso de aprobación del TC está poniendo de relieve. Lo que dificultará, sin duda, el cumplimiento del compromiso comunitario de ofrecer a los ciudadanos de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores (art. I-3), en desarrollo de una política criminal «*unida en la diversidad*», que respetando identidades históricamente fraguadas, supere las «*antiguas divisiones*».

³⁶ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 43 a 64.

³⁷ Como podrían ser los derechos reconocidos en la Parte II.

³⁸ BERNARDI, A., «Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penale europei», cit., pp. 801 a 805.

³⁹ DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 191.

⁴⁰ DELMAS-MARTY, M., «Verso un Diritto penale comune europeo», cit., pp. 553-554.

II. EL MODELO PENAL EUROPEO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

1. ANTECEDENTES

Los antecedentes inmediatos del TC, a partir de los cuáles, a su vez, han de caminar las estrategias político-criminales inmediatamente subsiguientes a su entrada en vigor, proyectan un abanico de opciones bien alejado de soluciones pacíficamente aceptadas. Quizá porque, como ha dicho DELMAS-MARTY, las soluciones armónicas han de ser dialécticas, como dialéctica es la democracia misma, y, como ésta, siempre estarán por reinventar⁴¹.

Entre los antecedentes que reflejan el *status quo* previo al momento constituyente, ha de citarse el *Proyecto Común Europeo de Lucha contra la Criminalidad Organizada*, elaborado, entre otras instituciones, por la Universidad, el Tribunal y la Fiscalía superiores de Palermo, el Max-Planck-Institut de Friburgo de Brisgovia, o la Universidad Pablo de Olavide, y publicado en el 2001⁴².

Este Proyecto, de acuerdo con el marco dibujado por la revisión de los Tratados de Amsterdam, parte de que, para asegurar a los ciudadanos de la UE un espacio de libertad, justicia y seguridad, es necesario que los órganos comunitarios, capaces ya de imponer reglas comunes también en materia penal, asuman la tarea de elaborar una disciplina uniforme de delitos y sanciones, institucionalmente enmarcada en el ámbito del primer pilar.

Más significativo aún, en la línea de las propuestas unificadoras, es el *Libro Verde*, elaborado por la Comisión Europea en 2001⁴³. Propone un modelo federal, en el que se integran delitos federales de contenido idéntico y vinculante para los Estados miembros. Una segunda versión del *Libro Verde*, datada en abril de 2004, profundiza en el estudio de las posibilidades de armonización sancionadora en materia penal⁴⁴.

⁴¹ DELMAS-MARTY, M., «Prospettive sulla procedura penale in Europa»: *L'Indice Penale*, 1994 (2), p. 241.

⁴² MILITELLO, V., y HUBER, B. (eds.), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Editions Iuscrim, Freiburg im Brisgau, 2001.

⁴³ VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit., p. 181.

⁴⁴ Ver DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit. p. 180.

Pero, sin duda, el intento más representativo de elaborar una alternativa unificadora lo constituye el denominado *Corpus iuris*, que propone la tipificación de una serie de delitos comunitarios, cuya investigación y enjuiciamiento se regularía por normas comunes y se llevaría a cabo con intervención de una autoridad comunitaria⁴⁵.

Con él no se pretende la implantación de Códigos penales o procesales nuevos, sino la tutela de los intereses financieros de la UE en un espacio europeo unificado⁴⁶, a través fundamentalmente de la criminalización del fraude de subvenciones, tanto dolosas como debidas a imprudencia o negligencia graves, delitos en los que un conocido trabajo de TIEDEMANN identifica el origen del (futuro) Derecho penal europeo⁴⁷.

Pero lo más relevante es que el *Corpus iuris* pretende superar el concepto de espacio judicial común, con un grado más o menos alto de cooperación, para llegar a un auténtico espacio judicial único, basado en el principio de territorialidad europea. Sobre ese espacio único se proyecta la actuación, bajo el control de un «juez de libertades» designado por cada país miembro, de un Ministerio Público Europeo, competente para denunciar y ejercer la acusación pública, dirigir la instrucción y vigilar la ejecución de las penas en el conjunto del territorio europeo⁴⁸.

Así, el *Corpus iuris*, a pesar de limitarse a la tutela de sus intereses financieros, se nos presenta como embrión de un espacio judicial europeo unificado. Un «caballo de Troya», como ha sido denominado, que, una vez admitido pueda desplegar, en su condición de modelo, una eficacia superior a la inicialmente atribuida.

2. LAS PROPUESTAS

Estos antecedentes, que reflejan un determinado *status quo* doctrinal y político, penetran, en buena medida en el modelo político-criminal que, con notoria debilidad, se dibuja en el TC.

⁴⁵ Ver NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 43.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, M., «Verso un Diritto penale comune europeo», cit., p. 550.

⁴⁷ TIEDEMANN, K., «La frode alle sovvenzioni: origine di un Diritto penale Europeo?»: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1999 (3).

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública Comunitaria: de la asimilación a la unificación», cit., p. 49.

A) Fuentes

En materia de fuentes, el principio prevalente es el de primacía, en cuya virtud, «*la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*» (art. I-6 TC).

La eficacia de este principio queda relativizada en materia penal, ya que ésta no figura entre los ámbitos de competencia exclusiva de la UE (art. I-13). Pero sí están incluidos en ellos «*el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior*», o «*la conservación de los recursos biológicos marinos*», objetivos que sólo pueden ser asegurados con un régimen de sanciones eficaces, entre las que, *a priori*, no pueden quedar excluidas las penas.

Por otra parte, y a tenor del art. I-14, el mercado interior, el medio ambiente, la protección de los consumidores y el espacio de libertad, seguridad y justicia, son competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

Con lo que entran en juego los principios de atribución —en cuya virtud, «*la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros*»—, el principio de subsidiariedad —que supone que «*en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión*»⁴⁹— y el de proporcionalidad, que implica que «*el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución*» (art. I-11).

El art. III-259 insiste en la vigencia de estos principios precisamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia, al establecer que «*en relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el*

⁴⁹ Respecto a la «*acusada sensibilidad*» para con el principio de subsidiariedad, ver MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 741.

marco de las Secciones 4 y 5, los Parlamentos nacionales velarán por que se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

El juego conjunto de estos principios parece inclinar definitivamente la balanza hacia el mantenimiento de la materia penal en el campo de actuación de los Estados. Más, si, como propone DONINI, el principio de subsidiariedad veta a la Unión introducir nuevos delitos, o extender a todos los Estados los delitos existentes en sólo algunos, cuando los Estados miembros cuenten con instrumentos preventivos eficaces en su ámbito. O, lo que es lo mismo, en virtud del principio de subsidiariedad, allí donde el sistema administrativo-sancionador de un Estado alcance cotas razonables de efectividad preventiva, la Unión no puede promover ni asumir políticas penales; no puede, violando el principio de *ultima ratio*, olvidar que la intensificación de la intervención penal no siempre garantiza una mejor prevención⁵⁰.

Queda siempre expedita la vía de la cooperación reforzada entre Estados, para que éstos, haciendo uso de las instituciones de la Unión, puedan asumir competencias no exclusivas de ésta, con el objetivo, entre otros, de «*proteger los intereses de la Unión*» (art. I-44). Pero no parece que esta cooperación reforzada suponga un avance cualitativo sobre lo ya existente, aunque es obvio que tampoco cierra el paso a la utilización de actos jurídicos de la Unión, como son la ley europea o la ley marco europea⁵¹.

En efecto, las posibilidades de actuación de esas fuentes en materia penal vienen definidas inicialmente en el art. I-42, dedicado al espacio de libertad seguridad y justicia: «*1. La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos contemplados en la Parte III; b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extra-judiciales; c) mediante la cooperación operativa de las autoridades com-*

⁵⁰ Ver DOMINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 184.

⁵¹ Ver BACIGALUPO ZAPATER, E., «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», cit., p. 6.

petentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales. 2. Los Parlamentos nacionales podrán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, participar en los mecanismos de evaluación establecidos en el artículo III-260. Estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de la actividad de Eurojust con arreglo a los artículos III-276 y III-273. 3. Los Estados miembros dispondrán de derecho de iniciativa en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal con arreglo al artículo III-264».

Debe distinguirse en este precepto un doble nivel: en primer lugar la posibilidad del recurso a leyes y leyes marco para aproximar las normas de los Estados miembros en materia penal (integrada en la Parte III); en segundo lugar, la cooperación, ya consolidada por otra parte, policial y judicial.

B) *Ámbito policial y procedimental*

El TC impulsa decididamente la cooperación policial y judicial, cooperación que goza de amplia tradición en el ámbito comunitario.

a) *Cooperación policial*

El art. III-263 ordena al Consejo la adopción de reglamentos europeos —actos no legislativos de carácter general para la ejecución de actos legislativos (art. I-33)— *«para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en los ámbitos a que se refiere»* el Capítulo IV, «Espacio de libertad, seguridad y justicia».

En desarrollo de este principio, la UE se compromete a desarrollar la cooperación policial y los servicios que, en general, tengan funciones coercitivas y están especializados en la prevención, detección e investigación de infracciones penales (art. III-275) .

A tal fin, se reforzará, mediante ley, la estructura de Europol, cuya función es la de *«apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, del terroris-*

mo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos» (art. III-276)

El propio art. III-276.3 aclara que *«Cualquier actividad operativa de Europol deberá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado. La aplicación de medidas coercitivas corresponderá exclusivamente a las autoridades nacionales competentes».*

Quizá la última proyección de esta política de colaboración policial está constituida por el Proyecto de Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, en el que se aborda el desarrollo del denominado «Programa de la Haya», un programa plurianual para los próximos cinco años que, arrancando de los acuerdos de Tampere, pretende incrementar la eficacia en la lucha contra la inmigración ilegal, el tráfico y contrabando de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada.

c) Cooperación judicial

La cooperación judicial, que *«se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales»*, incluye, a tenor del art. III-270, *«la aproximación —mediante ley o ley marco— de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo III-271».*

De este modo, el contenido del precepto excede de la mera cooperación judicial. En efecto, queda también incorporado lo penal sustantivo, ya que la aproximación normativa que se pretende abarca no sólo las disposiciones legales y reglamentarias atinentes a la efectividad de los procedimientos, a que se refiere el propio art. III-270, sino, tal como se verá más adelante, llega a la definición europea de *«las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad»* (art. 271).

Pero en lo estrictamente judicial, el catálogo de objetivos a perseguir, mediante ley o ley marco, es amplísimo: reconocimiento europeo de sentencias, prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, formación de personal al servicio de la administración de justicia, y normas mínimas —mediante ley marco— referidas a admisibilidad de pruebas, derechos de las personas durante el procedimiento, derechos de las víc-

timas, etc., siempre teniendo en cuenta «*las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros*» (art. III-270).

A asegurar esta cooperación tiende el reforzamiento, por ley, de las competencias de Eurojust, que, basándose en la información proporcionada por las autoridades miembros y por Europol, podrá iniciar diligencias de investigación penal, proponer incoación de procedimientos penales a las autoridades nacionales competentes, potenciar la coordinación de las autoridades judiciales, etc. , sin perjuicio de que, como regla general, «*los actos formales de carácter procesal serán llevados a cabo por los funcionarios nacionales competentes*» (art. III-273).

Precisamente en el Consejo de Ministros, español, celebrado el 28 de enero de 2005, se analizó el informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se adapta el ordenamiento jurídico español a las necesidades impuestas por la configuración constitucional de la unidad Eurojust.

En la vía sugerida por el *Corpus iuris* y por el *Green Paper*, que queda así positivizada, y «*para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, una ley europea del Consejo podrá crear una Fiscalía Europea a partir de Eurojust... 2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en la ley europea contemplada en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones... 4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión europea que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza* (III-274).

Finalmente, en materia de terrorismo, el art. I-43 establece una cláusula de solidaridad, en cuya virtud, «*la Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para: a) —prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros; —proteger las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; —prestar*

asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista».

C) *Ámbito penal sustantivo*

El contenido del art. III-271 es de relevancia extrema. Dispone que *«la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes».*

Se trata, nada más y nada menos, de la decisión comunitaria de asumir capacidad legislativa en materia penal, capacidad de definir delitos y de decidir penas.

Esta posibilidad queda condicionada en los casos en que *«un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley marco europea contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal».* En estos supuestos el asunto se remitirá al Consejo Europeo, quedando suspendido el procedimiento.

El conflicto se resuelve con un nuevo texto o con la sustitución de la competencia comunitaria por una cooperación reforzada, de al menos un tercio de los Estados miembros que quieran hacerlo, con arreglo al proyecto de ley marco de que se trate. (art. III-271).

a) *Los delitos*

El catálogo de delitos sobre los que, inicialmente, se prevé la posibilidad de una definición común, es el siguiente: *«el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada»* (art. III-271).

Pero no es un catálogo cerrado, ya que, *«teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo»* (art. III-271).

El propio art. III-271 admite otras posibilidades de ampliación de la lista de delitos sobre los que la UE podrá directamente ejercitar sus facultades de definición: «2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dicha ley marco se adoptará por el mismo procedimiento empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo III-264».

De este modo, la ley marco podrá incorporar al Derecho penal las reglas europeas sobre el ambiente o los mercados de valores⁵².

Una lectura sistemática de todo el art. III.271 permitiría, incluso, afrontar, en el contexto de una eventual política criminal común, cuestiones como la prohibición de la clonación o de las prácticas eugenésicas (art. II-63), la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes (art. II-64), de la esclavitud y los trabajos forzados (art. II-65), el respeto a la libertad, a la seguridad (art. II-66) y a la intimidad frente al tratamiento de datos por parte de instituciones y órganos comunitarios o estatales (artículos I-51 y II-67), a la libertad de conciencia y religión (art. II-70), de expresión e información (art. II-71), de reunión, de asociación y de sindicación (art. II-72), de cátedra (art. II-73), el derecho al trabajo (art. II-75) y a la propiedad (art. II-77), a la no discriminación (art. II-81), a un nivel adecuado de seguridad en el trabajo, al medio ambiente (art. II-97), etc., etc.

Si resulta obvio que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión vincula a los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (Preámbulo a la Parte II TC), igualmente ha de vincular a todos los poderes europeos que confluyen en el diseño de estrategias político-criminales comunes.

También puede tener proyección penal la configuración de un mercado interno de libre competencia (artículos III-161 y III-162), con libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales (artículos III-130, III,133 y III,134), para cuya garantía se prevé que «la ley o ley marco europea establecerá las medidas relativas a la aproxima-

⁵² VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit., p. 181.

ción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior» (art. III-172); idénticos objetivos de aproximación normativa se prevén en materia de inmigración (art. III-267) o de lucha contra el racismo y la xenofobia (art. III.257.3).

b) Los principios

Los principios en los que ha de basarse la política criminal europea son los propios de todo sistema democrático.

A su tenor, la UE, que reivindica la *«herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho, ... se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; ... quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; [y] desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo»*. La política criminal propia de ese espacio no puede ser sino igualitaria, pluralista, progresiva, justa y común.

Así lo imponen los principios enunciados en el Título VI de la Parte I (igualdad democrática y democracia participativa, con sus secuelas de libertad de asociación, de expresión y de actuación política), y, sobre todo, en la Parte II, que incorpora al TC la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión*, en la que el catálogo de principios que han de inspirar la política europea, y por tanto también la política criminal, alcanza mayor dimensión y claridad.

Se ha dicho que los derechos que integran la *Carta*, quedan proclamados y no garantizados. En este sentido el TC no avanza demasiado. Y, por otra parte, se trata de derechos que ya estaban consagrados en la normativa comunitaria a la que el TC sustituye⁵³. Pero eso no les quita

⁵³ Cruz Villalón, P. (*La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, cit., p. 128) advierte críticamente que la Carta se convierte, con su «constitucionalización», en *«una especie de viaje de ida y vuelta, casi en una victoria pírrica... la Carta nace con un papel enormemente reducido, por decirlo suavemente»*.

valor como criterios político-criminales, ya que, aunque el TC no lo haga, sí abre la puerta para adoptar medidas europeas de tutela, entre las que no se pueden excluir las penales. Si, en el momento inicial, la Carta de Derechos ha podido ser motejada de «*convidado de piedra*», no es menos cierto que, «*como en el caso de la estatua del Comendador... tampoco es de descartar que la Carta cobre vida propia... y adquiera el protagonismo que tanto empeño se ha puesto en negársele*»⁵⁴.

La dignidad, la libertad, la igualdad, el respeto a las culturas y tradiciones, la libre circulación de servicios, mercancías, capitales y personas y, en general, los derechos recogidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Preámbulo a la Parte II) vinculan al legislador estatal, pero también pueden exigir la intervención punitiva de la Unión, que, a su vez, se obliga a protegerlos, ya que se trata de principios que, simultáneamente, se pueden constituir en bienes jurídicos merecedores de tutela penal.

Como concretos principios penales, quedan expresamente consagrados el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia (art. II-108), o el principio *non bis in idem* (art. II-110).

En cambio, la proclamación del principio de legalidad que realiza, junto al de proporcionalidad de delitos y penas, el art. II-109, desvirtúa su contenido, cuando añade, como inexplicable excepción a su vigencia, que «*El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones*».

Más allá de los principios de naturaleza jurídico-política, resulta obvio que el nuevo «Derecho penal europeo», cualesquiera sea el alcance que se le atribuya, impone la búsqueda —y en su caso la construcción— de los principios y categorías dogmáticos que garanticen una aplicación igualitaria. La formulación de esas categorías se identifica con la elaboración de una teoría general europea del derecho penal⁵⁵, y de métodos interpretativos compartidos. Ninguno de estos cometidos puede ser asu-

⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, cit. p. 129.

⁵⁵ Tarea en la que no pueden dejarse de lado los análisis «historicistas», destinados a identificar los perfiles propios de una identidad europea: BERNARDI, A., «Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penale europei»: cit., pp. 796-797.

mido por el legislador comunitario, sino por la dogmática que se encuentra, así, ante un decisivo, tanto como insoslayable, reto⁵⁶.

III. VALORACIÓN FINAL

El despliegue de las posibilidades que abre el TC en materia penal depende, en buena medida, de la respuesta que se dé a la tradicional confrontación entre políticas criminales europeas y soberanismo nacionalista.

Quizá no haya demasiadas razones para el optimismo. De la fuerza de esta última opción da fe inicialmente la aceptación, por parte del TC, de la anterior participación asimétrica de los diferentes Estados⁵⁷.

La posibilidad -de clara impronta «berlusconiana» e introducida en su momento por la Presidencia italiana- de que un Estado miembro pueda someter un proyecto de ley marco al Consejo Europeo cuando considere que dicho proyecto viola principios fundamentales del sistema jurídico interno, supone no sólo un paso atrás en la marcha hacia la integración efectiva, sino, incluso, la posibilidad de reintroducir el veto político⁵⁸.

De paso atrás debe también calificarse, por responder a idéntica óptica hipernacionalista, el mantenimiento del art. 35.5 TUE: «*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior*» (art. III.377).

Sobre el tapete queda otro desafío de importancia no menor: el de sustituir el modelo legal propio de la Europa de los mercaderes, centrado en la protección fundamentalmente administrativa de los intereses económicos de la Unión, por otro modelo penal de ambiciosa tutela de bienes jurídicos identificados más que con intereses, con derechos sub-

⁵⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», cit., p. 14.

⁵⁷ MANGAS MARTÍN, A., y LILÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 741-742.

⁵⁸ VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit., p. 182.

jetivos, con principios y con valores, por más que seamos conscientes de las limitaciones del Derecho penal al respecto⁵⁹.

También en este punto pueden detectarse señales de alarma⁶⁰. La Fiscalía Europea (art. III.274) ve limitadas sus funciones a «*combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión*». Ciertamente también se prevé la posibilidad de que una decisión del Consejo Europeo pueda ampliar sus competencias a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, pero sobre la viabilidad de esta ampliación dice mucho el hecho de que el Consejo ha de pronunciarse por unanimidad, previa aprobación del Parlamento y previa consulta a la Comisión.

Con razón se ha podido observar que las distintas sensibilidades políticas, las diferencias en las concepciones jurídicas, y las dificultades técnicas concurrentes impiden una alteración radical del *status quo*⁶¹. No es menos cierto, empero, que las líneas maestras del modelo constitucional emergente avalan los intentos por superar la inicial, pero no inamovible, cicatería. El reto ahora es 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.

LA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA: UN RETO POLÍTICO-CRIMINAL

RESUMEN: La entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa comportará cambios cualitativos en la política criminal de la UE. Aunque la competencia en materia de libertad, seguridad y justicia es una materia compartida (I-13, I-14), y sometida, consiguientemente, a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, hay otros ámbitos de competencia exclusiva de la UE, en los que no debe descartarse la posibilidad de que esta legisle, incluso en sus aspectos penales, a través de leyes.

Esta posibilidad, unida a la de establecer normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de sus penas frente a conductas especialmente graves y de dimensión transfronteriza (III-271), viene a sumarse a los tradicionales ámbitos de

⁵⁹ ALMEIDA CABRAL, J. de, «Breves considerações sobre a Europa e o Direito Penal», cit., p. 125.

⁶⁰ VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit., p. 182.

⁶¹ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 739.

cooperación policial (Europol) y judicial (Eurojust), ahora intensificada con la creación de una Fiscalía Europea, con competencias importantes y susceptibles de ampliación (III-274).

Todo ello permite afirmar que se han abierto vías para una política criminal auténticamente europea, que supere la tradicional consideración de la materia penal como propia y exclusiva de cada Estado miembro.

PALABRAS CLAVE: Política criminal europea, definición de delitos, definición de sanciones, Fiscalía Europea, cooperación policial, cooperación judicial.

THE CONSTITUTION FOR EUROPE: A CRIMINAL POLICY CHALLENGE

ABSTRACT: The entry into force of the Treaty establishing a Constitution for Europe will bring significant changes into EU criminal policy. Competence in the area of freedom, security and justice is a shared one (I-13, I-14) and therefore submitted to the principles of conferral, subsidiarity and proportionality, but there are other areas of exclusive competence of the EU, in which it could legislate, even in the criminal aspects, with European framework laws.

This possibility, together with establishing the minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crimes with a cross-border dimension (III-271), comes to join the traditional fields of police and judicial cooperation (Europol-Eurojust) in criminal matters, now intensified with the creation of a European Public Prosecutor's Office, with important powers that could be extended (III-274).

All this leads to think that the way to an authentic European criminal policy that overcomes the traditional consideration of criminal law as an exclusive competence of each Member State is open.

KEYWORDS: European criminal policy, definition of criminal offences, definition of criminal sanctions, European Public Prosecutor's Office, police cooperation, judicial cooperation in criminal matters.

LA CONSTITUTION POUR L'EUROPE: UN DEFI POUR LA POLITIQUE CRIMINELLE

RÉSUMÉ: L'entrée en vigueur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe peut comporter de changements qualitatifs dans la politique criminelle de l'Union. Quoique la compétence à l'espace de liberté, de sécurité et de justice demeure une compétence partagée (I-13, I-14), et soumise, par conséquent, aux principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité, il-y-a d'autres domaines de compétence exclusive de l'Union, domaines où la possibilité d'une législation européenne, même au moyen de lois pénales, ne peut pas être écartée.

En outre, la possibilité d'établir des normes minimales sur la définition des infrac-

tions pénales et des sanctions -peines- contre la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière, (III-271), s'ajoute aux traditionaux domaines de coopération policière (Europol) et judiciaire (Eurojust) en matière pénale, renforcée avec la création d'un Parquet européen, doué d'importantes attributions.

En peut conclure, donc, que le Traité a ouvert des voies pour une politique criminelle vraiment européenne, apte à surmonter la traditionnelle considération de la «question pénale» comme une matière exclusive de chaque État membre.