

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LEGISLACIÓN PENAL EUROPEA ¿UNA
CONVERGENCIA IMPOSIBLE?

Jesús María Silva

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Principio de legalidad penal legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

1. *Legalidad penal vs. Legalismo penal.*

El concepto y alcance de la noción de legalidad penal en nuestra cultura actual difieren considerablemente de los que sostuvo el legalismo del siglo XIX. De entrada, la visión moderna de la legalidad no tiene como horizonte esencial el de garantizar una motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes; algo que, en lo relativo a los detalles de la tipicidad, resulta imposible. Con la exigencia de legalidad penal se alude básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles.

Así entendida, la legalidad penal exige del legislador, por un lado, una dimensión de legitimidad: la democracia; y, por otro lado, una dimensión favorecedora de la estabilidad en las interpretaciones: la máxima taxatividad posible¹. Pero, a su vez, la dimensión de democracia muestra dos vertientes esenciales: por un lado, una vertiente de representación y deliberación pública que se expresa en la producción de mayorías sobre las que se construyen las leyes (democracia deliberativa); y, por otro lado, una vertiente de adecuación a principios y derechos fundamentales (democracia constitucional)².

En cuanto al juez, la legalidad penal requiere de él una vinculación a la letra de la ley así como una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, aspectos clave en la legitimación democrática de las sentencias. Pero también una adecuación a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que también contribuyen a la estabilidad aplicativa. Así pues, como indica el Tribunal Constitucional español, sólo puede hablarse de una aplicación vulneradora del principio de legalidad penal, cuando “dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas ...”, (entre otras muchas, STC 142/ 1999, de 22 de julio, FJ 4º).

Lo anterior contemplaba la legalidad desde la perspectiva de las conocidas como garantía criminal y garantía penal. Sin embargo, la legalidad penal implica asimismo las garantías jurisdiccional y de ejecución. Subrayar esto es esencial por dos motivos. Por un lado, porque pone de relieve que no hay legalidad sin órganos e instituciones de la legalidad (sin los Tribunales ordinarios y, más allá de éstos, el Tribunal

¹ Si bien aquí los Tribunales constitucionales nacionales vienen siendo, en general, bastante tolerantes: cfr. últimamente *Braum*, *Europäische Strafgesetzmäßigkeit*, Frankfurt 2003, pp. 32 y ss., con referencias.

² Esta última habría de impedir que cualquier interés que halle un apoyo mayoritario en el proceso legislativo parlamentario se convierta *eo ipso* en objeto del Derecho penal: cfr. la descripción de las posiciones que sostienen esta vinculación del Derecho penal a la política concreta, así como su crítica en *Braum*, *Europäische*, p. 38-39.

Constitucional; o sin los procesos de declaración de responsabilidad y ejecución de ésta). Por otro lado, porque permite advertir que sólo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales. La legalidad se muestra, en efecto, como un principio que, en los términos de la teoría de sistemas, aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración del sistema político (al que pertenecen las leyes) y el sistema jurídico (integrado por las decisiones de los tribunales)³. Dado que a los Tribunales corresponde “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, sería erróneo limitar la noción de legalidad penal a su condición de producto (estático) del sistema político, olvidando que son los tribunales los que llevan a cabo la legalidad “*in action*” (o legalidad dinámica). Cuáles son las características de la legalidad penal de un determinado sistema sólo puede determinarse una vez que se contempla el “bloque de la legalidad” en su conjunto. Al bloque de la legalidad pertenecen, entonces, las instituciones procesales (en particular, aquéllas que se refieren a los sistemas de prueba y a las formas de finalización anticipada del procedimiento) y las instituciones de la ejecución (en particular, las que se refieren a la suspensión de la ejecución y las relativas a los beneficios penitenciarios).

2. Consideraciones generales sobre el marco de la legalidad penal en Europa.

2.1. Introducción.

El art. II-109 CEU⁴ señala que:

“1. Nadie podrá ser castigado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción u 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.

3. (...)”.

De esta declaración conviene resaltar los siguientes aspectos: a) se reconoce la garantía criminal y la garantía penal consagrándose el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables; b) tales garantías aluden al “Derecho interno”, “Derecho internacional” y “principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones”⁵; y

³ Cfr. *Piña Rochefort*, Rol social y sistema de imputación, Barcelona 2005, pp. 312 y ss.

⁴ En lo que sigue se aludirá a la Constitución Europea (CEU), a pesar de que es notorio que ésta, en primer lugar, no es una constitución en sentido estricto, sino un Tratado; y, en segundo lugar, que no ha sido ratificada todavía y es dudoso que vaya a serlo en sus términos actuales.

⁵ Esto último constituye una excepción al modo clásico de entender el principio de legalidad penal: Cfr. *Bernardi*, Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2002, pp. 673 y ss., 681 nota 29.

c) la retroactividad de las disposiciones favorables se integra entre las garantías del principio de legalidad penal.

Al respecto, procede hacer el siguiente comentario. Por un lado, las garantías jurisdiccional y de ejecución quedan fuera del ámbito del principio de legalidad penal. Por otro lado, la alusión al "Derecho" frente a la ley permite dos observaciones diversas. Desde una cierta perspectiva, se puede apreciar que la Constitución no reconoce de forma suficientemente clara el principio de reserva de ley⁶. Desde otra perspectiva, la alusión al "Derecho" referida a sistemas con reserva de ley más o menos intensa podría permitir sostener que la legalidad debe integrar la ley y las resoluciones judiciales (lo que antes se ha denominado bloque de la legalidad) de modo que las garantías habrían de extenderse también a las resoluciones judiciales (irretroactividad de las interpretaciones desfavorables)⁷. Finalmente, se plantea la cuestión de si la retroactividad de las disposiciones favorables debe ser reconocida como principio constitucional y, además, vinculado a la legalidad penal⁸.

Sobre esto último no me extenderé aquí. Baste hacer constar que la consideración de la retroactividad de las disposiciones favorables como un derecho fundamental ha sido rechazada por la Jurisprudencia constitucional española en las STC 131/1986, de 29 de octubre (1ª); 21/1993; 177/1994, de 10 de junio, con voto particular de Mendizábal Allende; y 203/1994, de 11 de julio, con votos particulares de Cruz Villalón y Mendizábal Allende. En particular, Mendizábal argumentó que el carácter de derecho fundamental de la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables tiene que ver con la "Justicia" como valor superior del ordenamiento jurídico; de modo similar podría apelarse al principio de igualdad. El ATC (2ª) 146/ 1998, de 25 de junio, señala que el principio de retroactividad favorable al reo no está comprendido en el art. 24.1 CE, sino en el art. 9.3, ambos CE, por lo que no puede ser tutelado a través del cauce del recurso de amparo.

A mi entender, la retroactividad de las disposiciones favorables no plantea una cuestión de legalidad. Su fundamento, a diferencia del de la irretroactividad, no es formal, sino material, y se halla vinculado a la necesidad de pena. La cuestión debe plantearse, por tanto, en los siguientes términos: si es inconstitucional la imposición de

⁶ Lo que parece relativamente razonable, si se tiene en cuenta la existencia en el Reino Unido de delitos de „common law“. Cfr. *Bernardi*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2002, 682-683.

⁷ El principio de legalidad es el primero de los principios guía del Corpus Iuris (versión 2000 o de Florencia). Pues bien, en el apartado tercero se señala que las disposiciones de Derecho penal material "*are interpreted restrictively, when they are not favourable to the defense*"; y en el cuarto se señala que "*changes of interpretation are only permitted when they are reasonably predictable*". De esta última mención se ha derivado por la doctrina que este principio no se entiende en su sentido legalista-iluminista, sino que el intérprete es concebido como sujeto fuente. Es importante que se entienda que la norma desfavorable es irretroactiva aun cuando el texto base no haya sido cambiado, si ha habido un cambio de su significado. La idea, en suma, es que el texto no agota el Derecho hasta que no se desvele el resultado de la interpretación. Cfr. *Riondato*, Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Iuris 2000, RTDPE 4, oct-dic 2000, pp. 967 y ss., en especial 969, 970, 971, 972. El derecho jurisprudencial aparece así como fuente del derecho, lo que es significativo, porque ya el art. 7 del CEDH establece el principio de irretroactividad del Derecho y no de la ley. El problema es la existencia de una pluralidad de interpretaciones.

⁸ Cfr. *Bernardi*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2002, pp. 698 y ss.

una pena innecesaria. En la medida en que, desde la Ilustración, las penas abiertamente innecesarias se estiman ilegítimas, habría que tratar de fundamentar la retroactividad favorable desde perspectivas de Justicia (lo que suscita la cuestión de dónde ha de tener anclaje este principio a efectos de amparo) o bien, por ejemplo, para penas privativas de libertad, en el derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

2.2. *La función legislativa en la Constitución europea.*

Según se establece en la Constitución europea, la función legislativa (art. I-34 CEU) es ejercida, en general, en el ámbito de la Unión Europea por el Parlamento europeo y el Consejo de Ministros, conjuntamente (art. I-20.1, art. I-23.1 CEU) mediante el llamado procedimiento legislativo ordinario (art. III-396 y ss.) si bien existen, para algunos ámbitos, “procedimientos legislativos especiales” (art. I-34.2). Así, por ejemplo, en materia de protección de los trabajadores y de seguridad social, la ley o ley marco europea la dicta el Consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento (art. III-210.3). Y en materia de ordenación del territorio, ocurre lo mismo (art. III-234.2).

Es importante subrayar que los miembros del Parlamento europeo son elegidos según un criterio decrecientemente proporcional (art. I-20.2). Los miembros del Consejo de Ministros (al que la Constitución llama, en adelante, “Consejo”) son un representante por cada Estado miembro, de rango ministerial (art. I-23). El Consejo decidirá por mayoría cualificada (art. I-25): 55 % de los miembros, que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión.

Dicha función legislativa se ejerce mediante leyes europeas, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros, o bien mediante leyes marco europeas, que obligan a los Estados miembros en cuanto al “resultado que deba conseguirse”, dejando a las autoridades nacionales “la competencia de elegir la forma y los medios” (art. I-33.1).

Como indica el art. I-14.2 j) CEU, el espacio de libertad, seguridad y justicia es un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. Así, de conformidad con el art. I-42, la Unión constituirá dicho espacio, en lo que aquí interesa, “a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados en los ámbitos contemplados en la Parte III”. Ello vale, en concreto, para el Derecho penal, que se configura, efectivamente, como un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, en términos que, además, la Constitución deja “abiertos”⁹. Ello refleja, en realidad, una concepción dubitativa acerca de cómo configurar un modelo europeo de Derecho penal a caballo entre homogeneidad y diversidad, que, como después se verá, corre el riesgo de no contentar a nadie.

⁹ Meyer, Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht, en *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, pp. 797 y ss.

3. Leyes penales “europeas” vs. Leyes penales nacionales “europeizadas”¹⁰.

Como puede advertirse fácilmente a partir de lo anterior, y se comprobará más adelante con más detalle, la Constitución europea –como ya antes la praxis institucional europea– no patrocina, o al menos no en primera instancia, la existencia de leyes penales (sectoriales, más o menos amplias) europeas separadas con claridad de las leyes penales nacionales. Por el contrario, lo patrocinado en primera instancia ha sido un proceso de “europeización” (aproximación, armonización) de las leyes penales nacionales¹¹. Si, al margen, se abre la posibilidad de una ley penal europea en sentido estricto (básicamente reducida a la protección de las finanzas), ello no empaña el papel prioritario del proceso enunciado al inicio.

Esta fórmula constituye, en realidad, una especie de “ley en blanco inversa”¹², en la que la instancia europea, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales 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 normativa europea¹³, en términos de “mandatos europeos de protección represiva” (y, eventualmente, “de criminalización”)¹⁴.

Interesa subrayar que esa peculiar forma de integración jurídico-penal de los estados miembros permite descartar tajantemente cualquier similitud con los sistemas federales. Por supuesto, el sistema de leyes penales nacionales europeizadas no resulta comparable con un sistema de Derecho penal federal. Pero tampoco la ley penal europea se ajusta a este modelo. Por ello, me distancio del planteamiento de Gómez-Jara¹⁵, cuando éste trata de establecer un paralelismo entre la expansión del ámbito de los delitos federales en Estados Unidos y el aumento de los espacios de armonización en la Unión Europea.

En efecto, por un lado, el producto de la armonización son “leyes nacionales europeizadas”, no leyes europeas. Pero es que, además, las “leyes europeas” tampoco constituirían un sistema europeo del Derecho penal. De una parte, porque los tribunales que habrán de aplicarlas son nacionales; además, porque no se prevé que las

¹⁰ Prittwitz, *Nachgeholt Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa*, ZStW 113 (2001), pp. 774 y ss., 788.

¹¹ Es a esto a lo que se refiere Braum, *Europäische*, pp. 195 y ss., cuando indica que el Derecho penal “europeo” no constituye un orden coactivo eficaz de modo directo, sino que más bien constituye un marco técnico-jurídico con efectos armonizadores, asimiladores y unificadores sobre el Derecho penal de los Estados miembros.

¹² Cfr., próximo, Braum, *Europäische*, pp. 195-196.

¹³ Cfr. la referencia de Tiedemann, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1401 y ss., 1404, 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, *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”.

¹⁴ Crítico, Perron, *Strafrechtsvereinheitlichung in Europa*, en Dörr/ Dreher (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, Baden- Baden 1997, pp. 135 y ss., 141.

¹⁵ Gómez-Jara Díez, *Constitución Europea y Derecho penal ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?*, en S.Bacigalupo/ Cancio Meliá, *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona 2005, pp. 153 y ss., 166 y ss.

normas procesales devengan “europeas”, sino sólo que se armonicen mediante leyes marco¹⁶; finalmente, porque no está prevista en parte alguna una armonización siquiera de las normas de ejecución.

4. Características y problemas de legalidad del Derecho penal “europeizado”.

4.1. El método de la “europeización”

a) El fin.

La Constitución afirma que la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales (art. III-257.3).

b) Los ámbitos.

El art. III-271.1 se refiere a *“ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una particular necesidad de combatirlas según criterios comunes.*

Estos ámbitos delictivos delitos graves son los siguientes: 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”.

De entrada, son éstos ámbitos de “crímenes odiosos”, en los que resulta fácil contemplar al delincuente como el “otro” (en el sentido de “no-yo”) y si, cuando se piensa sobre el derecho penal, se tiene en la cabeza al “otro”, lo común es que las garantías sustantivas, al menos, queden debilitadas. De ahí que la idea central sea la de “seguridad”, sin que siquiera se aluda a la tensión seguridad-libertad¹⁷.

¹⁶ Art. III-270.2 “En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros.
- b) Los derechos de las personas durante el procedimiento penal.
- c) Los derechos de las víctimas de los delitos.
- d) Otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión europea. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento europeo.

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.”

¹⁷ De hecho, en la Constitución europea aparecen mencionadas materias que se consideran merecedoras de protección penal, lo que en absoluto es común que suceda en las Constituciones nacionales, centradas, más bien, en las garantías: *Hassemer*, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, *ZStW* 116 (2004), pp. 304 y ss., 313.

De todos modos es muy importante señalar que la Constitución remite al Consejo la posibilidad de ampliar estos ámbitos: *“Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión europea¹⁸ que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento europeo”*.

Además, *“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”*, podrá recurrirse para ello a una ley marco europea que se adoptará por el mismo procedimiento empleado para adoptar las correspondientes medidas de armonización. Ello, sin perjuicio del art. III-264. El procedimiento empleado, en estos casos, puede ser el de introducir leyes marco dictadas al margen del procedimiento legislativo ordinario.

c) El ámbito procesal/ jurisdiccional.

El objetivo de todo lo anterior es facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias. A tal fin se prevé la posibilidad de que una ley marco europea establezca *“normas mínimas”* que tendrán en cuenta las tradiciones y los sistemas jurídicos de los estados miembros y que, entre otros aspectos, se refieren a los derechos de las personas en el procedimiento, y a los derechos de las víctimas (art. III-270.2).

d) La forma: las leyes marco.

Precisando lo señalado de modo general, las leyes marco en materia penal establecerán normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones. Obsérvese que la ley marco penal es sustancialmente más limitadora de lo que se establece de modo general. En efecto, mientras que, en general, las leyes marco europeas obligan a los Estados miembros en cuanto al *“resultado que deba conseguirse”*, dejando a las autoridades nacionales *“la competencia de elegir la forma y los medios”* (art. I-33.1), las leyes marco penales condicionan, mediante normas mínimas, tanto la descripción de las conductas como la caracterización de las sanciones penales. Esto es, bastante más que el *“resultado”*, puesto que se entra sustancialmente en el ámbito de los medios necesarios para conseguirlo¹⁹.

3.2. Aspectos problemáticos

a) La imprecisión de los ámbitos.

¹⁸ Decisión *no legislativa obligatoria* en todos sus elementos (art. I-33 y I-35.2).

¹⁹ *Bacigalupo*, *Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs*, ZStW 116 (2004), pp. 326 y ss., 329, para quien ello acaba conduciendo a una unificación de determinados sectores del Derecho penal.

La Constitución no procede a una delimitación concreta de los conceptos que definen los diferentes ámbitos de delincuencia en los que puede la Unión puede dictar legislación penal²⁰. Esto ya vale para los conceptos que se enumeran explícitamente, cuya delimitación es muy problemática. Pero vale con mayor motivo para los espacios abiertos que quedan a expensas de decisiones futuras (evolución de la delincuencia; necesidad para respaldar políticas de la Unión). Esto significa que la Constitución Europea “desconstitucionaliza” la división exacta de competencias en materia penal entre la Unión Europea y los Estados miembros. Al quedar así la posible ampliación de la intervención penal de la Unión en manos del Consejo y del Parlamento europeo, no puede hablarse de que los Estados tengan ninguna “competencia blindada (exclusiva y excluyente)” en materia de Derecho penal. Como señala *Weigend*, la competencia asimiladora de la Unión se puede extender, tendencialmente, a todos los delitos²¹. En el mismo sentido, ha indicado *Schünemann* que la combinación de una atribución de competencia “objetiva” o material (*gegenständlich*) con otra “final” va incluso más allá del ámbito de la legislación federal norteamericana²². La cuestión competencial, sin embargo, debería establecerse de modo preciso en la Constitución. Aunque sólo fuera por proporcionar la máxima seguridad al respecto, y porque el Derecho penal nacional en sentido estricto y el Derecho penal europeizado (o el Derecho penal europeo) están sujetos, por disposición de la propia Constitución, a garantías diversas²³.

b) La imposición de marcos a los legisladores nacionales.

La imposición de marcos a la legislación penal de los parlamentos nacionales por parte del “legislador” europeo coloca a aquéllos en la extraña posición de “ejecutores de una decisión externa vinculante”²⁴. De ahí que requiera un especial esfuerzo de legitimación. Obviamente, de entrada exige que la propia actividad de establecimiento de marcos cumpla con los requisitos de la “legalidad” penal. La dimensión *político-formal* del principio de legalidad lo asocia a la idea de autolegislación y, por tanto, a la estructura de una democracia representativa y participativa (deliberativa). De hecho, la Constitución Europea acoge ambos puntos en sus arts. I-46 y I-47. En cuanto a lo primero –democracia representativa–, el procedimiento legislativo ordinario da lugar a que el Parlamento decida, junto con el Consejo²⁵, tanto las leyes europeas como las leyes-marco europeas, que son las que aquí interesan. Pero ya se ha indicado más

²⁰ *Weigend*, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 116 (2004), pp. 275 y ss., 285.

²¹ *Weigend*, ZStW 116 (2004), pp. 275 y ss., 283.

²² *Schünemann*, Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU, GA 2004, pp. 193 y ss., 195

²³ *Bernardi*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2002, pp. 698 y ss., 704 y ss. Sobre la protección de los derechos fundamentales a ambos niveles, cfr. *Militello*, Die Grundrechte zwischen Grenzen und Legitimierung eines strafrechtlichen Schutzes auf europäischer Ebene, FS f. Eser, pp. 807 y ss.

²⁴ *Schünemann*, GA 2004, p. 201.

²⁵ Para *Gómez-Jara*, p. 197 nota 209 ello es lo propio de la tradición Federalista, de modo que el Consejo se está convirtiendo en una segunda cámara.

arriba que sigue siendo posible que la ley marco europea que regule la armonización penal se dicte sólo por el Consejo (previa consulta del Parlamento), esto es, al margen del procedimiento legislativo ordinario. Lo que sin duda permite seguir hablando de la existencia de un déficit democrático en la Unión Europea.

Ahora bien, aunque esta posibilidad no se diera, importaría profundizar en la cuestión a fin de determinar si el déficit democrático de la Unión Europea trasciende a ella. En este punto la crítica tradicional ha sido la caracterización de la legislación europea como “regulación gubernativa” frente a la ley democrática parlamentaria. Pues bien, un examen del modelo que diseña la CEU muestra lo siguiente. Por un lado, el Consejo, del que algún autor afirma que puede proporcionar legitimación democrática, es en realidad representante de los Estados y garantiza que en el proceso legislativo el papel de éstos sea más que cualificado, como pone de relieve la estructura del procedimiento legislativo ordinario y, en particular, el funcionamiento del Comité de Conciliación.

Por otro lado, aunque el art. I-46.2 alude a que los ciudadanos están representados directamente en la Unión a través del Parlamento europeo, lo cierto es que éste no es elegido en un régimen de igualdad de voto dentro de la Unión²⁶. No existe un sufragio universal europeo, como tampoco una igualdad de voto europeo que permita hablar de una mayoría parlamentaria europea. Está claro, en todo caso, que pueden aprobarse leyes europeas sin que representen a la mayoría de la población europea²⁷.

Es cierto, desde luego, que tampoco en los sistemas electorales nacionales todos los votos valen lo mismo²⁸. Pero en el caso europeo ello puede apreciarse de modo cualificado, a la vista de la asignación de cupos de representantes por países y por partidos estatales. También es cierto que en los Estados nacionales el papel fundamental del proceso legislativo lo tienen esencialmente las burocracias de los partidos gobernantes. Sin embargo, las diferencias cuantitativas que se dan en este punto cuando se aborda el problema en la Unión Europea son tales que alcanzan una dimensión cualitativa. Con ello, se rompe la autorreferencialidad del subsistema europeo de normas penales²⁹. Expresado de otro modo, se impide legitimar el

²⁶ Schünemann, GA 2004, 200 y ss..

²⁷ Schünemann, Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung, ZStW 116 (2004), pp. 376 y ss., 393.

²⁸ Cfr. ya Capella, Sobre el mito de la soberanía popular, en Materiales para la crítica de la filosofía del Estado, Barcelona 1976, pp. 193 y ss., 200, aludiendo a que las leyes electorales pueden asignar el mismo número de representantes a zonas geográficas de población desigual, etcétera.

²⁹ Así, 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., 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”.

Derecho penal desde la perspectiva de la respuesta a la “autocontradicción” de una persona en Derecho.

En cuanto a la dimensión participativa (deliberativa) *Gómez-Jara* entiende que la Constitución y la Convención en que se forjó han contribuido decisivamente a la conformación de una opinión pública europea y de un *demos* europeo, lo que, a su juicio podría considerarse como una consolidación de la ciudadanía política y jurídica europea más allá de la ciudadanía económica. Con ello, el paradigma de la autolegislación se cumpliría materialmente de manera suficiente; aunque, a pesar de todo, acaba reconociendo que es cierto que no existe igualdad de voto³⁰.

Lo cierto es, como *Habermas* ha indicado, que la Constitución no resulta suficiente: sería necesario pasar del acuerdo entre estados a la constitución real, un sistema europeo de partidos y una sociedad civil europea, con medios de comunicación transnacionales, etc³¹. Algo en lo que insiste *Braum*: una constitución eficaz en la práctica requiere un “sistema de comunicación”³², y en Europa no existe una opinión pública, sino que dominan discursos selectivos de expertos e intereses. La idea de una “*res publica*” que concierna a todos, como concepto político, sigue siendo cosa del futuro. No en vano, el art. I-46.3 CEU alude a que las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos. Y el art. I-46.4, a que los partidos políticos de dimensión europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión. Por su parte, el art. I-47.2 alude a que las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil. Todo ello se halla en el plano de las declaraciones de intenciones. Sin embargo, “*la identidad colectiva, el parlamentarismo, la soberanía de un pueblo culturalmente integrado y una opinión pública constituyen presupuestos inseparables de una concepción constitucional eficazmente democrática*”³³.

c) La imposición “sólo” de marcos.

La cuestión es si una legislación “aproximadamente” igual puede constituir suficiente garantía de legalidad. En realidad, poco se sabe acerca de cómo deben entenderse las “normas mínimas” (*Mindestvorschriften*) cuya fijación se reservan las leyes marco europeas y qué grado de concreción han de tener. Pero lo cierto es que si su concreción es mucha, se produce una fuerte presión sobre los legisladores nacionales; y si es poca, se genera desigualdad. En todo caso, en ninguna parte está predeterminado el grado máximo de concreción que puede alcanzar una ley marco; ni tampoco el grado de divergencia que puede tolerarse en su transposición. La pregunta es, entonces, quien habría de revisar el establecimiento de marcos demasiado amplios o estrechos, o su

³⁰ *Gómez-Jara*, en Derecho penal y política transnacional, pp. 197-199.

³¹ *Habermas*, Towards a Cosmopolitan Europe, en *Journal of Democracy*, 14/ 4, October 2003, pp. 86 y ss., 98. Aludiendo también a la necesidad de que las decisiones no se basen sólo en el compromiso sino en normas y valores intersubjetivos reconocidos (p. 99, nota 7).

³² *Braum*, *Europäische*, p. 570-571: hasta ahora la única comunicación que se ha dado es una comunicación entre tecnócratas, lo que constituye una forma burocráticamente reducida de comunicación.

³³ *Braum*, *Europäische*, p. 571.

defectuosa concreción por un legislador nacional. Para *Weigend*³⁴, con la expresión “normas mínimas” la Constitución se refiere a la descripción de las conductas que, como mínimo, deben ser castigadas por los Estados así como a unos niveles mínimos de pena, por debajo de los cuales no se podrá descender, para que tenga lugar la garantía de un elevado nivel de seguridad. En cambio, no se darían limitaciones para Estados que castigaran demasiado³⁵. Esta interpretación es, según creo, sistemáticamente coherente, pues son varios los lugares de la Constitución (por ejemplo, el art. III-234.6) en que ésta admite que los Estados dicten normas que impliquen una mayor protección de la resultante de las leyes o leyes marco europeas. Sea como fuere, la idea de una legislación penal nacional “enmarcada” expresa que el Derecho penal se considera, en amplia medida, una cuestión nacional y, a la vez, se entiende como una cuestión dependiente de la voluntad del legislador, despreciándose cualquier vinculación con un concepto material de delito. Existe aquí una cierta contradicción. Pues si se entiende que tiene que existir un Derecho penal europeo, éste debería ser europeo en sentido estricto, de modo que el sistema de las leyes marco más bien paraliza esa pretensión³⁶. Por tanto, como *Gómez-Jara* advierte, el medio de regular el Derecho penal europeo habría de ser la ley europea y no la ley marco europea. Pero ello vuelve a poner de manifiesto la inexistencia de un federalismo europeo en el texto constitucional examinado. Por un lado, por exceso, puesto que la normativa europeizada puede alcanzar todos los ámbitos. Por otro lado, por defecto: pues en ningún ámbito se puede llegar a producir una legalidad penal (en sentido institucional) estrictamente europea.

d) El déficit institucional³⁷.

En estas materias, en que la regulación es nacional “enmarcada”, el procedimiento tiene lugar ante jueces nacionales, con fiscales nacionales, etc. Puede que ello refleje la idea de “Unidad en la diversidad” (Art. I-8) como aparece como divisa europea. La cuestión es cuánta diversidad puede soportar un sistema de legalidad. Como reconoce *Gómez-Jara* ³⁸ *“la regulación de la Constitución europea no prevé la existencia de una suerte de ‘tribunales penales federales’. Los órganos encargados de aplicar el Derecho penal federal europeo son estrictamente nacionales. Ciertamente es que ello coincide con la configuración tradicional del Derecho comunitario, el cual debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales nacionales. Ahora bien, no resulta demasiado difícil adivinar los considerables problemas que se pueden plantear a la hora de aplicar el Derecho penal federal europeo de manera homogénea en el territorio de la Unión. De hecho, los propios redactores del texto constitucional deben advertirlo en tanto que dentro de la ley europea que regula la creación de la fiscalía europea –y que por*

³⁴ *Weigend*, ZStW 116 (2004), p.285, aunque en nota 28 da cuenta de otras posibles formas de entenderlo, vinculadas al principio de subsidiariedad

³⁵ Críticamente también *Schünemann*, ZStW 116 (2004), p. 391.

³⁶ *Schünemann*, GA 2004, p. 198.

³⁷ Sobre la necesidad de instituciones centrales europeas, *Schünemann*, GA 2004, p. 208. Por mi parte, añadiría que serían necesarias no sólo instituciones europeas centrales, sino también instituciones europeas descentralizadas.

³⁸ *Gómez-Jara*, en Derecho penal y política transnacional, pp. 181-182.

tanto tiene aplicación directa- se prevé que regule también ‘las normas de procedimiento aplicables a su actividad y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de las diligencias practicadas en el desempeño de sus funciones’.

El modelo establecido por la Constitución europea, más allá de las diversas concreciones posibles de las leyes marco europeas en las legislaciones nacionales, parece ignorar el papel determinante que desempeñan las culturas interpretativas. Sin una red de tribunales con una cultura interpretativa propia, unificada, en la cúspide, por un Tribunal Supremo europeo y un Tribunal Constitucional europeo, parece difícil que se pueda conseguir la previsibilidad y la estabilidad de las interpretaciones judiciales³⁹. Y sin previsibilidad y estabilidad de éstas a nivel europeo, la idea de una legalidad europea se ve privada de todo contenido⁴⁰.

Por eso es discutible que se sostenga, como *Gómez-Jara*, que el papel de las tradiciones jurídicas nacionales es el de “irritar”, en términos de teoría de sistemas, al sistema europeo, sin poder determinarlo, pues éste tiene su propia autopoiesis. Desde una perspectiva sistémica debe concluirse, en cambio, que la Constitución europea no diseña un sistema jurídico-penal europeo, sino un cierto “entorno” político que “irrita” los “sistemas” jurídico-penales de los Estados miembros. No debe olvidarse, al respecto, que en la perspectiva de *Luhmann* las leyes pertenecen al sistema político y sólo la actividad de los tribunales define la “operación del sistema jurídico-penal”.

5. Problemas de legalidad en el Derecho penal “europeo”.

5.1. Los espacios de Derecho penal “europeo” según la Constitución.

Parece que el Derecho penal europeo en sentido estricto, como por otra parte era previsible, se ha de centrar en la protección de los intereses financieros de la Unión. Así, es cierto que en el art. III-415 CEU, y a propósito del fraude que perjudique los intereses financieros de la Unión, se mencionan el procedimiento de asimilación (nº 2: “...los Estados miembros adoptarán las mismas medidas que las que adopten para combatir el fraude que perjudique a sus propios intereses financieros) y el de armonización o aproximación (nº 4: “*La ley o ley marco europea establecerá las medidas necesarias en los ámbitos de prevención y lucha contra el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión*”).

Pese a que se hable de armonización o aproximación, si bien se observa, cabe constatar que aquí se admite la posibilidad de que las medidas de protección puedan adoptarse

³⁹ Cuestión sustancial, también a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Bernardi*, Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2002, pp. 687 y ss.

⁴⁰ A todo ello hay que añadir que la legislación nacional europeizada, en los casos en que se conforme por leyes penales en blanco, remitirá a disposiciones administrativas nacionales, que pueden haber sido “armonizadas”, pero sobre las que a su vez se proyectará la cultura interpretativa de las respectivas administraciones y tribunales administrativos. Lo que abunda todavía más en la línea de la difícil previsibilidad transnacional.

en virtud de una *ley europea directamente aplicable* y no sólo mediante una ley marco. Por tanto, en este artículo se admite la competencia directa de los órganos de la Unión para fijar regulaciones jurídico-penales y no sólo “marcos” de regulaciones jurídico-penales (lo que debería calificarse de “unificación”).

También el art. III-274, en este mismo ámbito, prevé la creación de la Fiscalía europea, sólo para perseguir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión; a este respecto se requiere la unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. Pero, de este modo, la Fiscalía europea, que actuará ante los órganos nacionales, muestra un perfil más próximo al de un Abogado de la Unión (análogo al Abogado del Estado en España) que el de un Ministerio Público en sentido estricto. Aunque es cierto que en el apartado 4. se prevé la posibilidad de que, en virtud de una decisión del Consejo Europeo, se puedan ampliar las competencias de la Fiscalía a los delitos transfronterizos etc.

En realidad, como indica *Schünemann*, el Derecho penal europeo debería surgir por razón del carácter transfronterizo del bien jurídico o de la acción típica. Así, un primer grupo de delitos europeos vendría dado por la protección de los intereses económicos de la Unión; pero también por los delitos de los funcionarios de la Unión en el ejercicio de sus funciones, un tema en el que no se ha profundizado⁴¹. Y un segundo grupo de delitos vendría dado por las acciones transfronterizas, aunque no todos los delitos transfronterizos deberían pertenecer a este ámbito (a diferencia del modelo USA)⁴².

5.2. Los problemas del Derecho penal “europeo”.

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 finalidad⁴³. 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 contrapuestos⁴⁴: libertad y seguridad; prevención y garantías.

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, es significativo que el

⁴¹ *Schünemann*, GA 2004, p. 198-199.

⁴² *Schünemann*, GA 2004, p. 199.

⁴³ Cfr. *Bastida*, , en Fundamentos 1/ 1998, p. 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’”.

⁴⁴ Cfr. *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, pp. 185 y ss.

único ámbito para el que la CEU prevé un sistema de legislación mediante ley europea (y no mediante ley marco europea) sea el de las normas de protección de los intereses financieros de las Comunidades. Con ello, se aleja 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 equilibrio. El que no se haya previsto la posibilidad de una legislación penal europea sobre responsabilidad de los funcionarios públicos europeos añade un dato curioso a lo anterior.

6. Balance.

La Constitución llamada “Europea” es, en realidad, un Tratado entre Estados. No en vano, la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución: 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” (art. I-11 CEU). La CEU no se aprueba por todos los ciudadanos europeos, sino por los ciudadanos de cada Estado, en momentos distintos y mediante procedimientos distintos (que en unos casos implican el referéndum y en otros no). La puesta en práctica del Tratado requiere su ratificación en todos los países. La diferencia entre un Tratado entre Estados y una Constitución para ciudadanos pone de relieve un primer déficit democrático previo al análisis del sistema de fuentes.

La Constitución no contiene ningún criterio material acerca de qué sea lo penal, sino que adopta un punto de vista pragmático basado en meras consideraciones de necesidad. En función de cuáles sean éstas en cada momento, se “apodera” al Consejo para la modificación de sus disposiciones en materia penal. Además, deja abierta la posibilidad de establecer leyes marco penales por procedimientos distintos de los correspondientes al procedimiento legislativo ordinario.

Una Constitución requiere un procedimiento y un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes e interpretaciones judiciales. Sin embargo, no existe un Tribunal Constitucional europeo, que se ocupe de la justiciabilidad de las leyes y sentencias “europeizadas”. Así, los derechos fundamentales no son invocables directamente ante un órgano europeo, sino que existe sólo un mecanismo de control indirecto a través del Tribunal de Justicia. Según el art. III-365.1, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la “legalidad” de las leyes y leyes marco europeas. Además, según el art. III-369, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán pedir que el Tribunal se pronuncie sobre cuestiones de interpretación de la Constitución europea si consideran que ello es necesario para dictar su fallo. Incluso estarán obligados a ello si se trata de los últimos órganos jurisdiccionales nacionales.

Pero los ciudadanos no pueden recurrir en amparo ante el Tribunal, de modo que no parece que en Europa exista realmente un derecho fundamental –justiciable– a la legalidad europea que permita cuestionar la aplicación judicial de las leyes (el art. III-365.4 alude a la posibilidad de recurrir contra actos, pero todo parece indicar que se refiere a actos de órganos de la Unión y no judiciales). Eso significa, en particular para el Derecho europeo, que la aplicación de la ley penal europea está exenta de control europeo. Y la aplicación de la ley penal europeizada deberá ser controlada por los Tribunales constitucionales nacionales.

A la vista de todo ello, puede observarse que la menguada, aún hoy, participación del Parlamento europeo en la producción de las leyes europeas es el menor de los problemas que deben ser afrontados a la hora de valorar la existencia de una legalidad europea. Los problemas son, también, los relativos a si puede hablarse de legalidad europea sin apenas leyes europeas, sin una red judicial europea⁴⁵; y si, en fin, puede hablarse de legalidad europea sin un auténtico Tribunal Constitucional europeo⁴⁶.

Lo anterior significa, en conclusión, que en la Constitución europea parece haberse olvidado la fuerte *dimensión institucional* del principio de legalidad, que trasciende a los procedimientos de elaboración de las leyes y sin la cual sólo podrá hablarse de apariencia de legalidad. Al no existir un diseño institucional de la legalidad, no puede hablarse de “legalidad europea” más que en términos metafóricos.

⁴⁵ Cuya existencia es imprescindible para un auténtico euro-federalismo, que requiere que se prive a los Estados al menos de parte de su monopolio en el uso de la coacción: *Schmitter*, *Democracy in Europe and Europe's Democratization*, en *Journal of Democracy*, 14/4, October 2003, pp. 71 y ss., 76.

⁴⁶ Que sería importante para poner de relieve a los ciudadanos la posibilidad de hacer responsables a las autoridades de la unión, no sólo políticamente (*Schmitter*, *Journal of Democracy*, 14/4, pp. 78-79), sino jurídicamente.