

¿FEDERALISMO JURÍDICO-PENAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA? UN
DIÁLOGO CON EL PROFESOR SILVA SÁNCHEZ

Carlos Gómez Jara

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>

¿FEDERALISMO JURÍDICO-PENAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA?: Un diálogo con el Prof. Silva Sánchez

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

I. INTRODUCCIÓN

1.- En su conferencia – a la cual tuve ocasión de asistir gracias a la amable invitación del Prof. NIETO MARTÍN – el Prof. SILVA SÁNCHEZ planteó ciertas críticas a la tesis de que, en estos momentos, se está produciendo una federalización jurídico-penal que corre paralela a la progresiva federalización europea¹. Puesto que dichas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas con el modelo de desarrollo del Derecho penal europeo², el Prof. NIETO MARTÍN me ofreció la posibilidad de, a modo de turno de réplica, escribir algunas líneas en las cuales poder defender dicha tesis frente a las contundentes observaciones del Prof. SILVA SÁNCHEZ. Agradeciendo sobremanera tanto al Prof. NIETO MARTÍN como al Prof. SILVA SÁNCHEZ la oportunidad brindada, en lo que se sigue se intentará ofrecer una respuesta a – mejor: iniciar un diálogo sobre – las críticas planteadas. En este sentido se dedicarán los tres primeros epígrafes – Infra II, III.1 y III.2 – a ofrecer argumentos a favor de la existencia de federalismo jurídico-penal basado en el federalismo supranacional característico de la Unión Europea. A continuación se hará referencia a la crítica de la insuficiente legitimación que proporciona dicho federalismo – Infra III.3 –, y, finalmente, a la concepción científica que se deriva de todo ello – Infra III.4 -. Con todo ello, lo único que se pretende, claro está, es contribuir a un debate sumamente interesante y actual.

2.- Antes de comenzar con la exposición quizás no esté de más apuntar que todas estas cuestiones adquieren, entiendo, una relevancia excepcional a la vista del delicado momento que vive europea en la actualidad. Así, la «frenada en seco» del proceso de ratificación de la Carta Magna europea, unida al cuestionamiento de la Euroorden que varios Tribunales Constitucionales de diversos EE.MM. han efectuado por entender vulnerar principios constitucionales de dichos ordenamientos³, han marcado una tónica que amenaza con quizás no interrumpir, pero sí dificultar y entorpecer el proceso de unificación europeo – incluido el jurídico-penal -. Sin embargo, la igualmente reciente y decisiva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

¹ Vid. con más detalle sobre dicha tesis GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: BACIGALUPO / CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 153 ss.

² Vid. respecto de esta cuestión, extensamente, NIETO MARTÍN, en: ORTEGA ÁLVAREZ (dir), *La seguridad integral europea*, 2005; ÍD., *RGDP* (iustel) 3 (2005), pp. 18 ss., 63 ss.

³ En el momento de escribir estas líneas, han cuestionado constitucionalmente la Euroorden – claro está, con diferentes matices – los Tribunales Constitucionales de Alemania, Polonia y Chipre, habiendo planteado el *Arbitragehof* de Bélgica sendas cuestiones prejudiciales. Vid. ahora los comentarios a la sentencia del Tribunal alemán efectuados en la doctrina alemana por VOGEL, *JZ* 2005, pp. 801 ss., JEKEWITZ, *GA* 2005, pp. 625 ss.; KNOPP, *JR* 2005, pp. 448, 452 s. HUFELD, *JuS* 2005, pp. 865 ss., por un lado, y SCHÜNEMANN, *StV* 2005, 681; RANFT, *wistra* 2005, 361 por otro. En España vid. entre otros CUERDA RIEZU, *Revista Europea de Derecho fundamentales* 2006, passim y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *AGON* 2006, passim. En cualquier caso, como indica SCHÜNEMANN, *StV* 2005, 681 [coincidente TOMUSCHAT, *EuGRZ* 2005, 453] da la impresión de que la Sentencia del BVerG ha causado una gran decepción tanto a «Europartidarios» como a «Euroescépticos».

de 13 de septiembre de 2005 ha realizado una importante contribución a la tendencia armonizadora del Derecho penal en la Unión Europea que abre nuevas vías interpretativas en una materia que resulta especialmente indicativa del espíritu europeo⁴.

⁴ Vid. por todos el comentario de NIETO MARTÍN, *RGDP* 4 (2005), pp. 1 ss. Con esta sentencia el TJCE da un vuelco a la práctica habitual burocrática de Bruselas consistente en adoptar decisiones marco que contienen disposiciones relativas al Derecho penal sobre la base del artículo 34 TUE en relación con los preceptos 29 y 31 del mismo texto legal; es decir, sobre la base de la cooperación judicial – el todavía tercer pilar –. La disyuntiva en cuestión giraba en torno a una decisión marco del Consejo relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal y una propuesta de directiva de la Comisión también relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. La decisión marco se aprobó el 27 de enero de 2003 apelando a la mentada base jurídica, sin haberse aprobado la directiva. Ello motivó el correspondiente recurso de la Comisión (con apoyo del Parlamento) contra el Consejo, alegando, entre otras cuestiones, la inadecuación tanto de la base jurídica utilizada – que tendría que haber sido el artículo 175 TCE – como del procedimiento empleado – que hubiera debido ser el de codecisión, previsto en el precepto 251 del TCE –. Otra forma de plantear la cuestión es la siguiente: el TJCE debía pronunciarse sobre si la armonización jurídico-penal – al menos en dicho asunto – era o no una cuestión del primer pilar o del tercero y de si, efectivamente, se contaba con una base suficiente para que la Comunidad armonizara ciertas disposiciones penales. Pues bien, ante esta situación el TJCE considera que si bien las disposiciones relativas al Derecho penal contenidas en la decisión marco – en concreto se trataba de los artículos 1 al 7 – «comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente» y que «en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal» (§ 47), ello «no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente» (§48). En su opinión, dichas armonizaciones jurídico-penales «tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptadas válidamente sobre la base del artículo 175 CE» (§ 51). Más aún, saliendo al paso de posibles objeciones que ya se han planteado reiteradamente en la doctrina penal europea respecto de la incompetencia penal de la Comunidad sobre la base de la última «coletilla» del artículo 280.4 – a saber: «dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia» – señala el Alto Tribunal Europeo que de dichas «disposiciones no puede deducirse que, en el marco de la aplicación de la política medioambiental, deba excluirse toda armonización penal, por más que sea tan limitada como la que resulta de la Decisión marco, incluso cuando tal armonización sea necesaria para garantizar la efectividad del Derecho comunitario». Sobre la interpretación de dicho artículo 280.4 existen posturas afirmativas del *ius puniendi* europeo [TIEDEMANN, *FS Claus Roxin*, 2001, pp. 1406 ss.; ÍD., *AGON* 23 (1999), pp. 7 s.; ÍD., *GA* 1998, p. 108; ÍD., *AGON* 17 (1998), pp. 12 s.; ÍD., en: *LH-Rodríguez Mourullo*, 2205, pp. 1035 ss. en relación con el texto constitucional europeo proyectado; BACIGALUPO ZAPATER, *FS Claus Roxin*, 2001, p. 1361; ÍD. en *Curso de Derecho penal económico*, 1998, pp. 432 ss.; DELMAS-MARTY en DELMAS-MARTY / VERVALE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States: penal provisions for the protection of the European Finances. Vol. I.*, 2000, pp. 53 ss.; PALAZZO, *RP* 3 (1999), pp. 36, 40; WOLFFGANG / ULRICH, *EuR* 1998, pp. 616, 644 s.; SCHOO en SCHWARZE, *EU Kommentar*, 2000, Art. 280 n.m. 24; ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), pp. 260 ss.; ZUCALÁ, *GS Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 122 ss.; dubitativo DANNECKER en WABNITZ / JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. 2ªed. 2004, § 3 n.m. 72; ÍD., *FS für Hirsch*, 1999, p. 144; sobre la base del nuevo texto constitucional europeo y en relación con el artículo III-415 vid. DANNECKER, *ZStW* 117 (2005), pp. 743 ss.; ÍD., *Jura* 2006, pp. 175 s.; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005, § 7 n.m. 41; WALTER, *ZStW* 117 (2005), pp. 917 s. trayendo a colación la voluntad manifestada en su proceso de gestación] y posturas negativas [BRAUM, *JZ* 2000, pp. 493 ss.; ÍD., *ZRP* 2002, pp. 508, 510; ÍD., *Europäische Strafgesetzmäßigkeit*, 2003, pp. 413 s., 416 s., 419; KAIFA-GBANDI, *KritV* 2001, pp. 291 s.; KÖHLER, *KritV* 2001, p. 307; MUSIL, *NStZ* 2000, pp. 69, 70; SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, p. 437; SCHMITZ, *ZStW* 115 (2003), pp. 516; SCHRÖDER, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, 2002, pp. 145 s.;

II. CUESTIÓN PREVIA: EL FEDERALISMO SUPRANACIONAL EUROPEO

1.- A lo largo de su ponencia, SILVA SÁNCHEZ señala expresamente que «me distancio del planteamiento de GÓMEZ-JARA, 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 normas procesales devengan “europeas”, sino sólo que se armonicen mediante leyes marco; finalmente, porque no está prevista en parte alguna una armonización siquiera de las normas de ejecución»⁵. Por ello, no es de extrañar que indique que «GÓMEZ-JARA advierte, [que] 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»⁶.

2.- Bien, frente a estas críticas se pueden oponer los siguientes argumentos, los cuales, como se ha anticipado, serán desarrollados tanto a lo largo del presente epígrafe como en los dos siguientes. En *primer lugar*, el establecimiento de paralelismos entre modelos federales y el modelo europeo ha sido una constante desde antaño en el estudio de la «naturaleza» de la Unión Europea. Más aún; se han propuesto diversas formas de federalismo para poder aprehender correctamente la estructura y dinámica de la Unión Europea. Por ello, resulta lógico aplicar este tipo de paralelismo para el análisis del fenómeno penal europeo e intentar aprender las importantes lecciones que enseña la experiencia federal de otros sistemas. En *segundo lugar*, un examen de la regulación penal contenida en la Constitución Europea arroja como resultado notables semejanzas en los criterios que guían la europeización – sc. federalización – del Derecho penal: por un lado, la protección de los intereses intrínsecamente europeos – sc. federales – y por otro, lado la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza. La diferencia con otros modelos federales estriba, en parte, en el alto grado de descentralización del federalismo supranacional europeo, el cual se refleja igualmente en el federalismo penal europeo; por ejemplo, la aplicación del Derecho europeo por tribunales nacionales. Sin embargo, la descentralización no implica la inexistencia de un federalismo, sino la existencia de un federalismo descentralizado – de ahí su denominación de «supranacional» -.

SCHÜNEMANN, *StV* 2003, p. 116 ; ÍD, *GA* 2002, pp. 501, 505; SCHWARZBURG / HAMDORF, *NStZ* 2002, pp. 617, 620, pronunciándose asimismo Parlamento alemán sobre el tema (BT-Drucks 14 /1991)].

⁵ SILVA SÁNCHEZ, «Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?» (Manuscrito en este mismo volumen), texto anexo a nota 15.

⁶ SILVA SÁNCHEZ (nota 5), texto posterior a nota 36.

3.- El hecho de que la estructura, los órganos y el funcionamiento de la Unión Europea se asemejan cada vez a los de una federación parece ser un hecho incuestionable. Lo realmente controvertido es, sin duda, qué modelo de federación se está produciendo. La conocida reticencia de ciertos países – valgan por todos el caso del Reino Unido⁷ – a hablar del *federalismo* europeo provoca que a la hora de describir qué es la Unión Europea se recurra a conceptos tales como la conocida asociación de Estados (*Staatenverbund*)⁸. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido constatando el paulatino acercamiento de la Unión Europea a los modelos federales, si bien manteniendo su carácter – en algunas materias más acusado que en otras – iusinternacionalista. Por ello, en tiempos relativamente recientes se han venido realizando contribuciones por diversos autores que intentan asimilar ambas tendencias en un solo concepto que, aglutinando elementos federales y iusinternacionalistas, reflejen la verdadera idiosincrasia de la U.E.⁹ De entre todos estos intentos de caracterización, entiendo que el denominado federalismo supranacional puede aportar importantes reflexiones sumamente útiles para la discusión jurídico-penal.

4.- Este modelo federal, cuyos detalles no se pueden exponer aquí pormenorizadamente¹⁰, considera que, si bien Europa muestra claros caracteres federales – sobre todo en su configuración externa¹¹ –, lo cierto es que *no* llega a convertirse en un Estado federal¹². Así, por un lado, el federalismo supranacional subraya ciertos caracteres federales como son, a grandes rasgos, la ciudadanía¹³, la

⁷ Lo cual resulta aún más curioso si se tiene en cuenta que fue precisamente WINSTON CHURCHILL el que en 1946 hablaba ya de los Estados Unidos de Europa.

⁸ La expresión de asociación de Estados (*Staatenverbund*) acuñada por KIRCKHOFF [vid., por ejemplo, ÍD., en: BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 893 ss.] fue posteriormente adoptada por el *Bundesverfassungsgericht* y ha tenido cierta divulgación en diversos ámbitos académicos, entre otros el penal. Así, VOGEL utiliza el concepto de «asociación de integración» (*Integrationsverbund*) [vid. VOGEL, *ZStW* 116 (2004), p. 400 y SCHÜNEMANN, *ZStW* 116 (2004), p. 379 sitúa definitivamente a la Unión Europea entre la Unión de Estados y el Estado Federal]. No obstante, como se argumentará a continuación, la Constitución Europea acentúa decisivamente la vertiente federal y hace que, por lo que se alcanza a ver, el calificativo de asociación de estados pierda toda virtualidad.

⁹ BÖHMER, *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 – von dualistischen zum transnationalen Föderalismus*, 1999, pp. 35 ss., 125 ss. (federalismo transnacional); ALDECOA LUZÁRRAGA, *Una Europa – Su proceso constituyente 2000-2003*, 2003, pp. 43 ss. (federalismo intergubernamental); MANGAS MARTÍN en: MANGAS MARTÍN / LIÑÁN MOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ªed., 2002, p. 65 (federalismo internacional). Vid. asimismo, si bien con una perspectiva *sui generis*, el conocido teórico WEILER, *Jean Monnet's Working Papers* 2000, pp. 1 ss.; ZULEEG en: BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 931 ss. y KOSLOWSKI en: CHRISTIANSEN / JORGERSEN / WIENER (eds.), *The Social Construction of Europe*, 2001, pp. 32 ss.

¹⁰ Vid. en profundidad BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; ÍD., en: BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 149 ss. En el ámbito jurídico español vid. por todos MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El federalismo supranacional – ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?*, 2003, pp. 38 ss., 45 ss., 149 ss. y *passim*.

¹¹ Vid. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), p. 10.

¹² Y es que en este punto debe resaltarse que el pensamiento federal no se limita exclusivamente a la conformación estatal: de hecho el concepto de federación se ha utilizado desde un principio también para formas organizativas no estatales. Vid. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), pp. 62 s.; WEILER, *Jean Monnet's Working Papers* 2000, p. 1.

¹³ Vid. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), pp. 29 ss., 56 ss., 64; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Federalismo Supranacional* (nota 10), pp. 72 ss. Sobre la ciudadanía europea vid., en general, KADELBACH en: BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, pp. 539 ss.; BOGDANDY / BITTER, en: FS-

territorialidad¹⁴ y la unidad¹⁵; pero por otro lado, se hace acreedor igualmente del policentrismo y la fragmentariedad que caracterizan en gran medida a la Unión Europea. Quizá lo más relevante a los efectos que aquí interesan son dos cuestiones: en *primer lugar*, que resulta vital poder distinguir entre una federación de Estados y un Estado federal; es decir, hoy por hoy, difícilmente puede considerarse que la Unión Europea es ya un Estado federal, pero sí que puede tildarse de una federación de Estados, en la cual, por lo demás, tienen cada vez más importancia los elementos federales; en *segundo lugar*, que la evaluación de ciertos parámetros jurídico-políticos fundamentales – como, por ejemplo, las cuestiones de legitimidad – deben efectuarse a la luz de la especial configuración europea y no desde la perspectiva de la clásica idea – por lo demás, en acusada crisis – del Estado-nación.

5.- A la situación que brevemente acaba de describirse deben añadirse los significativos avances que introduce la Constitución Europea precisamente en la tendencia federalista. Como primeras cuestiones relevantes cabe destacar tanto la dotación de personalidad jurídica a la Unión Europea – cuestión sumamente discutida durante tiempo – como la supresión de los conocidos pilares. Pero es que, además, se avanza notable en la consolidación de la ciudadanía europea gracias a la incluso en el texto constitucional europeo de la Carta de derechos fundamentales, puesto de que esa forma adquiere una fuerza normativa de la que carecía hasta la fecha¹⁶. Por lo demás, cuestiones tales como el Euroejército, el Ministro de Asuntos Exteriores de la U.E., la designación del Presidente de la Comisión por el Parlamento Europeo, así como, en fin, la protección consular homogénea, constituyen factores que confirman la tendencia federalista en el seno de la Unión Europea.

6.- Sentado lo precedente, puede que resulte productivo preguntarse qué tipo de influencia despliega este fenómeno sobre el Derecho penal; o expresado de otra manera: quizás se deriven ciertas ganancias teóricas y prácticas analizando los modelos de desarrollo del Derecho penal europeo desde una perspectiva federalista. Para ello resulta sumamente útil, como se refirió con anterioridad, la comparación con determinados modelos federales¹⁷. El motivo de esta comparación reside básicamente

Zuleeg, 2005, pp. 309 ss., así como las interesantes reflexiones de HUFELD con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán [HUFELD, *NJW* 2005, pp. 865 ss.].

¹⁴ La Unión Europea se define principalmente de manera territorial y ello sólo adquiere su verdadera relevancia a la luz de una concepción federal, ya que ésta otorga un importante valor a la definición de fronteras: sólo hace falta observar la evolución de la ampliación a la Europa del Este para constatar la importancia que la delimitación territorial tiene para la Unión.

¹⁵ Vid. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), p. 64; ÍD., en *Europäisches Verfassungsrecht* (nota 10), pp. 184 ss. En este sentido, resulta sumamente ilustrativo que en el art. I-8, al regular los símbolos de la Unión, se declare expresamente que «La divisa de la Unión será: Unidad en la diversidad».

¹⁶ Vid. sobre esta cuestión, en detalle, GRASSO, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / S. BACIGALUPO / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal*, 2006 (en prensa), pp. 7 ss. Sobre los derechos fundamentales en la U.E. vid. entre otros, RENGELING / SZCZEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union*, 2004. Vinculando los derechos fundamentales con el proceso de constitucionalización europea vid. BOGDANDY, *JZ* 2001, pp. 157 ss.

¹⁷ Sobre la idoneidad de tomar como referencia otros modelos federales para entender mejor Europa vid. OETER en: BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, pp. 76 ss. Vid. asimismo NOLTE, *American and European Constitutionalism*, 2004. En lo que al Derecho penal respecta, son varios los autores que han avistado las similitudes entre los modelos penales federales y el modelo penal europeo [vid. por ejemplo

en el hecho de que, en caso de confirmarse una tendencia federalista en el seno del desarrollo jurídico-penal europeo, puede aprenderse de los aciertos y los fracasos que han experimentado otros modelos penales federales con el paso del tiempo; por supuesto, teniendo siempre presente las posibles diferencias estructurales que puedan existir entre ellos. En lo que sigue se abogará por un análisis que tome como referencia ciertos parámetros del modelo federal estadounidense, porque se entiende que dichos parámetros pueden ser de gran ayuda a la hora de entender y proponer modelos de desarrollo tanto del Derecho penal europeo como del Derecho penal europeizado.

III. TESIS RESPECTO DE LA FEDERALIZACIÓN JURÍDICO-PENAL EUROPEA

III.1.- Primera tesis: en la Constitución Europea se contienen dos niveles de federalización jurídico-penal

1.- Un examen del texto constitucional europeo arroja como resultado que las competencias jurídico-penales de la Unión Europea se encuentran localizadas en dos apartados cuya ubicación sistemática resulta sumamente dispar. Así, por un lado, dichas competencias aparecen reflejadas en la vertiente penal del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia – artículos III-270 y siguientes – (Título III). Por otro lado, empero, basta con examinar la regulación contenida en la denominada «Lucha contra el Fraude» (Título VI) para advertir que entre las medidas a adoptar para llevar a buen fin esa lucha se encuentran las jurídico-penales. Ciertos autores han visto con extrañeza que no se haya procedido a regular la lucha contra el fraude dentro del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia¹⁸, aduciendo, entre otras cuestiones que se trataba de una buena oportunidad para ubicar toda la regulación relativa al Derecho penal en un mismo apartado. Sin embargo, la Constitución Europea no sólo separa la regulación de la lucha contra el fraude de la concerniente a dicho Espacio, sino que, a mayor abundamiento, prevé la posibilidad de que la normativa penal de la lucha contra el fraude sea una ley europea *directamente aplicable* a diferencia de la ley marco prevista para las materias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Pues bien, dicha dicotomía cobra pleno sentido a la luz de los diversos niveles de federalización que pueden advertirse en el texto constitucional europeo.

2.- En efecto, si se examinan las materias que generalmente se han incluido en la lucha contra el fraude comunitario, se puede apreciar cómo éstas se encuentran referidas principalmente a las *finanzas europeas* y a los *funcionarios europeos*; confrontando esta situación con el sistema federal estadounidense, puede advertirse que se trata de los clásicos e indiscutidos delitos federales. Por tanto, resulta lógico que donde estén en juego *intereses intrínsecamente europeos* – sc. federales –, se pueda regular su protección jurídico-penal de la mano de una ley europea de directa aplicación en todos los Estados

QUINTERO OLIVARES, RP 3 (1999), p. 52; SCHÜNEMANN, GA 2004, pp. 194, 199; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, p. 46].

¹⁸ Vid. ahora, por ejemplo, TIEDEMANN, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / S. BACIGALUPO / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal*, 2006 (en prensa), p. 15; en el mismo sentido BACIGALUPO ZAPATER, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / S. BACIGALUPO / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal*, 2006 (en prensa), p. 11; BAJO FERNÁNDEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / S. BACIGALUPO / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal*, 2006 (en prensa), p. 10 con nota 21.

Miembros. Se trata de lo que podría denominarse de una *federalización de primer nivel*.¹⁹ Sin embargo, las materias que aparecen en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia son aquellas que obedecen a una lógica un tanto distinta: la del *carácter grave y transfronterizo de las materias reguladas* – podría quizás hablarse de una *federalización de segundo nivel* –. En el ordenamiento estadounidense dichas materias – así como otras muchas – recaen igualmente en el ámbito federal, pero su inclusión en dicho campo ha conllevado problemas importantes. Y es que la regulación federal de muchas de estas materias ha obedecido a la expansión del Derecho penal federal a partir de la década de los años setenta, motivo por el cual en tiempos recientes la Corte Suprema ha intentado poner coto a la potestad del Congreso para promulgar normativa penal federal en ámbito en los cuales se superpone a la normativa penal estatal²⁰.

3.- Por lo demás, apuntar que estos dos niveles de federalización muestran ciertas semejanzas con los recientes criterios desarrollados por SCHÜNEMANN para conformar un Derecho penal europeo²¹. Así, este autor propone dos grupos de delitos de «Eurodelitos»: el *primero* está constituido por aquellos *delitos contra bienes jurídicos creados por la Unión Europea*, cuyo alcance y protección debe definirse por el Derecho comunitario, y en opinión de SCHÜNEMANN sólo existe un ámbito en el cual existe, hoy por hoy, una obligación imperiosa de conformar este Derecho penal europeo: el de los funcionarios europeos²²; el *segundo*, por aquellos delitos que surgen como consecuencia de *acciones típicas transfronterizas*, y que, en su opinión, la regulación de los mismos no debe seguir el modelo estadounidense, sino que se trata de un tipo de delito transfronterizo que deberá desarrollarse²³.

III.2.- Segunda tesis: los niveles de federalización jurídico-penal responden a la lógica del federalismo supranacional europeo

1.- Tal y como se expuso con anterioridad, el federalismo característico de la Unión Europea es un federalismo en el cual no sólo se dan cita ciertos elementos de clara raigambre federal, sino que también coexisten ciertos aspectos de marco carácter

¹⁹ No en vano se trata de las materias que han ocupado el interés primordial del Derecho penal europeo durante muchos años; a saber en toda la etapa de conformación del *Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros europeos, donde existían disposiciones penales en sendos ámbitos [vid. ahora sólo E. BACIGALUPO / SILVA CASTAÑO, *Un Derecho penal para Europa*, 2005, passim]. Más aún, en la actualidad se está proponiendo con especial insistencia un Derecho penal para funcionarios europeos, que, por lo demás, se considera el único legítimo [vid. SCHÜNEMANN en: SCHÜNEMANN (ed.), *Alternativentwurf europäische Straferfolgung*, 2004, p. 80]. Por último, conviene recordar que estas dos materias son cuestiones indiscutidas en el ámbito del Derecho penal federal estadounidense [vid. por todos ABRAMS / BEALE, *Federal Criminal Law and Its Enforcement*, 3ªed., 2000, p. 65 con referencias], a diferencia del segundo ámbito de federalización que a continuación se refiere.

²⁰ Vid. las sentencias de la Corte Suprema en los casos López [514 U.S. 549 (1995)] Jones (529 U.S. 598 (1995)] y Morrison (529 U.S. 848 (2000)). Sobre la problemática implícita vid., entre otros, BACKER, *B.U.L.Rev.* 80 (80 (2000)), pp. 1191 ss.; BRADLEY, *HSTL.J.* 55 (2004), pp. 573 ss.; BROWN, *U.I.L.Rev.* 2001, pp. 983 ss.; GARNETT, *CNLL.Rev.* 89 (2003), pp. 1 ss.; RICHMANN, *UCLAL.Rev.* 46 (1999), pp. 757 ss.; SCOTT, *JCRLC* 93 (2003), pp. 753 ss.

²¹ Con los cuales, por lo demás, se muestra de acuerdo el propio SILVA SÁNCHEZ (nota 5), pp. 17 s.

²² SCHÜNEMANN, en: *Alternativentwurf* (nota 19), p. 80.

²³ SCHÜNEMANN, en: *Alternativentwurf* (nota 19), p. 81. Para una crítica constructiva respecto de esta cuestión vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Modelos de Derecho penal en Europa: ¿Unificación versus armonización?», passim.

iusinternacionalista. Por lo tanto, no se puede estar de acuerdo con la caracterización que se deriva de la exposición de SILVA SÁNCHEZ en el sentido de que necesariamente un sistema federal penal exige la aplicación de normas federales por parte de tribunales federales. *Eso dependerá del tipo de modelo federal seguido*. En lo que respecta a Europa y su federalismo supranacional, éste se caracteriza, entre otras cuestiones, por el hecho de que las normas europeas son, en principio, transpuestas al ordenamiento nacional y, a renglón seguido, aplicadas por organismos jurisdiccionales nacionales – caracteres marcadamente iusinternacionalistas –. En consecuencia, si el modelo penal europeo sigue este esquema, podrá tildarse de modelo penal federal supranacional europeo. Ello no impide a que dentro de este federalismo supranacional de índole penal en ciertos momentos se acentúe más la vertiente federal y, en otros, la supranacional.

2.- Esta circunstancia se refleja claramente en los niveles de federalización que se han apuntado. Así, el de federalización «fuerte» permite la promulgación de leyes europeas y el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal Europeo, mientras que la federalización «débil» se basa en leyes marco europeas y, en principio, en la acción penal por parte de Fiscales nacionales²⁴. Por lo demás, y en cuanto a las leyes procesales, la Constitución Europea prevé, en principio, que se adopten leyes marco europeas para ambos casos – artículo III-270 –. Sin embargo, un examen más detallado de las disposiciones relativas al Ministerio Fiscal Europeo arroja como resultado que mediante ley europea se podrán fijar «las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones» - Art. III-274.3 –. Por tanto, parece que puede afirmarse que los ámbitos de federalización «fuerte» podrán contar con ciertas leyes europeas de carácter procesal.

3.- En cualquier caso, debe advertirse – y ésta es una de las ventajas de la comparación con otros sistemas federales – que la evolución europea debería probablemente aprender de la experiencia estadounidense y no «subir» indiscriminadamente materias del segundo nivel – sc. federalización «débil» - al primer nivel – sc. federalización «fuerte» -. En efecto, dicha política provoca importantes fricciones entre competencias estatales y competencias federales que terminan, por lo general, en un clima generalizado de punitivismo²⁵. Más bien, parece adecuado fijar la atención en la

²⁴ En efecto, en la institución de la fiscalía europea – regulada en el artículo III-274 – puede advertirse claramente la escisión de los polos – intereses financieros de la Unión Europea y delincuencia transnacional grave –, dotando *en principio* a la Fiscalía Europea únicamente de competencias en el primer nivel – esto es, en el de la federalización «fuerte» -, si bien pueden ampliarse en el futuro al segundo nivel bajo una serie de circunstancias [sobre la institución del Ministerio Fiscal Europeo vid. RADTKE, GA 2004, pp. 1 ss.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) / S. BACIGALUPO / GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución Europea y Derecho penal*, 2006 (en prensa), pp. 1 ss.].

²⁵ En la actualidad, en EE.UU. existen más de 3000 delitos federales repartidos dispersos por diversas leyes federales [AMERICAN BAR ASSOCIATION, CRIMINAL JUSTICE SECTION, TASK FORCE ON THE FEDERALIZATION OF CRIMINAL LAW, *The Federalization of Criminal Law*, 1998, pp. 9 s.] y se considera que más del 40% de la legislación penal federal que se ha promulgado desde la guerra civil estadounidense se ha introducido desde la década de los 70 [Ibidem, p. 7]. En opinión de ABRAMS / BEALE, *Federal* (nota 20), p. 64, ha sido precisamente este carácter expansionista lo que ha provocado que surja el debate sobre el papel a jugar por

armonización penal estadounidense que, en el *ámbito del Derecho penal estatal*, ha logrado el Código Penal Modelo²⁶. Así, la presentación de un Código Penal Modelo que los diversos Estados Miembros deben tener como guía a la hora de establecer sus propias normativas penales estatales resulta más respetuosa con las diversas tradiciones de los ordenamientos penales implicados y evitar conflictos de competencias en materias que afectan especialmente a la sensibilidad cultural de cada Estado.

4.- Se trata, por tanto, de abogar por que en Europa se consolide un sistema similar al estadounidense, con los correctivos necesarios, claro está. Así, por un lado, se debería establecer una normativa de auténtico Derecho penal federal de directa aplicación que afectara a las materias intrínsecamente europeas – de la mano, en el caso europeo²⁷, de un Código penal federal europeo –; por otro lado, una normativa marco que incentive la armonización voluntaria de los diversos Derechos penales estatales (respetando la diversidad jurídico-penal) – mediante un Código Penal Modelo para los Estados Miembros –. Como demuestra la experiencia estadounidense, ambos modelos pueden convivir, por lo que, traducido a la situación europea, se trata de superar la dicotomía armonización versus unificación, y abogar por una armonización y una unificación. Por lo demás, la experiencia estadounidense muestra igualmente cómo pueden convivir modelos de *common law* con modelos «continentales» - lo cual resulta sumamente adecuado para dar respuesta a la diversidad europea a este respecto –, puesto que, en aquél país, toda la regulación del Derecho penal federal es legislativa (*statutory law*), lo cual no impide a que subsistan regulaciones de *common law* en el Derecho estatal²⁸.

4.- Dicho esto, conviene poner de relieve una serie de matices diferenciadores que ayuden a situar debidamente la situación europea. Así, por un lado, **no** debería seguirse el ejemplo estadounidense de trasladar materias indiscriminadamente del segundo nivel de federalización – sc. «débil» o en función del carácter transnacional grave - al primero – sc. «fuerte» o en virtud de la afectación de intereses intrínsecamente europeos –; es decir, por el hecho, por ejemplo, de que un secuestrador traspase la frontera de un Estado Miembro no debe crearse un delito federal de secuestro²⁹. Por otro lado, sí que deberían crearse Tribunales federales europeos en los

la legislación penal federal. Sobre diversos factores que han contribuido a dicha expansión vid. BEALE, *Buff.Crim.L.Rev.* 1 (1997), pp. 23 ss.

²⁶ Ésa parece, por lo demás, la intención de las propuestas de SIEBER, *JZ* 1997, pp. 369 ss., 376 ss.; ÍD., *GS Ellen Schlüchter*, 2002, pp. 107 ss. de crear un Código Penal Modelo Europeo, adivinándose ya esta tendencia en WEIGEND, *ZStW* 105 (1993), pp. 790 ss.

²⁷ En EE.UU. se ha intentado en varias ocasiones sintetizar toda la normativa penal federal en un Código Penal Federal, pero, por diversos motivos, no se ha logrado [vid. al respecto las contribuciones contenidas en *Buff.Crim.L.Rev.* 1 (1997) y 2 (1998)].

²⁸ En efecto, todo el Derecho penal federal, por mandato de la Constitución estadounidense, es Derecho codificado (*statutory law*), estando prohibido cualquier tipo de «*Federal Criminal Common-Law*» [vid. ahora sólo *U.S. vs. Hudson & Goodwin* 11 U.S. (7 Branch) 32 (1812)]

²⁹ Por poner un ejemplo alarmante en los EE.UU: en el caso *US vs. Wills* 234 F.3d 174 (4th Cir. 2000) y 531 U.S. 911 (2001), para considerar que se produce un *delito federal de secuestro*, se rompe con una jurisprudencia anterior que consideraba necesario que el secuestrador cruzara con la víctima las fronteras estatales para que existiera un delito federal [vid. *US vs. McInnis* 601 F. 2d 1319 (5th Cir. 1979)], y se considera suficiente que el secuestrador, mediante engaños, induzca a la víctima a que cruce la frontera

diversos Estados Miembros – o al menos determinadas secciones en los órganos jurisdiccionales nacionales – para conocer de las materias relativas a ese primer nivel. Esta necesidad de aplicación homogénea del Derecho penal federal ha sido advertida en varias ocasiones en el seno de la discusión jurídico-penal, y, a modo de propuesta, deberían crearse una suerte de secciones federales en determinados Tribunales estatal³⁰ y crear un Tribunal especializado adjunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – conforme a la recomendación del Proyecto Alternativo –³¹.

III.3.- Tercera tesis: el federalismo supranacional constituye un fundamento legitimador suficiente del Derecho penal (federal) europeo

1.- En su ponencia, SILVA SÁNCHEZ indica que «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 voto»³². Sin embargo, continúa sosteniendo, «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, etc. Algo en lo que insiste BRAUM: una constitución eficaz en la práctica requiere un “sistema de comunicación”, 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»³³.

2.- Dicho esto conviene matizar que la posición aquí sostenida no pretende significar que el mero hecho de adoptar una Constitución Europea conlleva, *eo ipso*, la conformación de una *res publica* europea – comunidad política y jurídica europea plenamente consolidada –. Sólo se pretende apuntar que, en *primer lugar*, la Constitución Europea – al igual que lo fueron las Constituciones nacionales – constituyen un *catalizador decisivo de la identidad europea* – en el caso de aquellas: la identidad nacional – como recuerda sabiamente el propio HABERMAS³⁴. En *segundo*

aunque él, de hecho, finalmente no la cruce. De acuerdo con esta posición SCHÜNEMANN, GA 2004, p. 199 [quien sin embargo, atribuye erróneamente al sistema estadounidense que cualquier delito con dimensión transfronteriza se convierte *eo ipso* en federal, puesto que lo decisivo es la afectación del comercio interestatal; otra cosa es que dicha afectación se determine conforme a criterios muy amplios: si la carretera utiliza es interestatal se considera que afecta, pero si es estatal no] y SILVA SÁNCHEZ, (nota 5), p. 18;

³⁰ Vid. las reflexiones de VAN DEN WYNGAERT, ERA-Forum 3 (2001), pp. 2, 53.

³¹ Vid. por todos SCHÜNEMANN, ZStW 116 (2004), p. 379 con nota 14. Vid. asimismo las consideraciones de VOGEL, ZStW 116 (2004), p. 404; WOLTER en: MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *La Política criminal en Europa*, 2003, pp. 161 ss.

³² SILVA SÁNCHEZ (nota 5), texto correspondiente a nota 30.

³³ SILVA SÁNCHEZ (nota 5), texto anexo a notas 31 ss.

³⁴ HABERMAS, *Journal of Democracy* 14 (2003), pp. 97 s. Más detalladamente con múltiples referencias vid. para el caso de Francia, por ejemplo, HOBBSAWM, *Nationen und Nationalismus*, 1991, p. 75; ZIEBURA en: WINKLER / KAEUBLE (eds.), *Nationalismus-Nationalitäten-Supranationalität*, pp. 34, 42 ss.

lugar, que, en la actualidad se cuenta – máxime si se ratifica la Constitución Europea – con un fundamento legitimador suficiente del Derecho penal europeo. Ello no obsta para que se abogue por un fortalecimiento de esa comunidad jurídica y política europea que, como se puede observar en el decurso de varios acontecimientos recientes, resulta vital para el futuro de Europa. Por lo tanto, y en definitiva, la situación actual goza de una legitimación suficiente aunque mejorable – primero mediante la Constitución Europea y, posteriormente, afianzándose la naturaleza federal de la Unión Europea –³⁵.

3.- En efecto, en la discusión en torno a la creación de un Derecho penal europeo ha sido constante la crítica del déficit democrático de las instituciones europeas – de manera significativa el Parlamento Europeo – aduciendo que, en general, el Derecho penal europeo constituiría una suerte de Derecho penal ilegítimo y, en particular, un Derecho penal administrativizado³⁶. Para subsanar esa problemática se ha propuesto la constitución de Europa en Estado; es decir, «si Europa llegara a constituirse en un Estado, un Derecho penal europeo sería, sin lugar a dudas, legítimo»³⁷. Sin embargo, la realidad europea muestra que Europa no es un Estado ni pretende constituirse, al menos en la actualidad, en Estado. Siendo a día de hoy esta situación ¿constituiría un Derecho penal europeo un Derecho penal ilegítimo? Llegado este punto la argumentación puede dividirse claramente en dos ámbitos diferenciados; por un lado, el relativo al primer nivel de federalización (fuerte) y, por otro lado, el que se refiere al segundo nivel de federalización (débil).

4.- En lo que al segundo nivel respecta, a tenor de la configuración existente en la Constitución Europea y la aquí propuesta – sc. un Código Penal Modelo Europeo de asunción voluntaria –, no parecen derivarse especiales problemas de legitimación ya que, en última instancia, al tener que transponerse las leyes marco europeas al ordenamiento estatal nacional, el producto resultante gozaría de la misma legitimación de la que gozan las legislaciones penales nacionales. El problema vendría dado, sin duda, por el primer nivel de federalización; es decir aquél que se refiere a las leyes europeas relativas a intereses intrínsecamente europeos. Para evaluar debidamente esta cuestión entiendo que resulta fundamental proceder tomando como referencia los parámetros característicos de la Unión Europea y no los marcados por el Estado-nación.

5.- En este sentido hay que abogar por evaluar la legitimidad de las normas penales europeas en función del modelo de organización heterárquico que no supone y tratando de trasladar presupuestos del Estado-nación. Y es que no se pueden

³⁵ Debe dejarse aquí de lado la cuestión de hasta qué punto la Constitución Europea rompería con el proceso federalizador no-intencional que algunos autores apreciaban en el desarrollo de la Unión Europea [vid. KOWLOWSKI en: *Europe* (nota 9), p. 41].

³⁶ Vid. ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 2003, pp. 44 ss.; ALBRECHT / BRAUM, *KritV* 2001, pp. 313 ss.; BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit* (nota 4), pp. 269 ss., 375 ss., 425 ss., 463 ss..

³⁷ PRITTWITZ, *ZStW* 113 (2001), p. 790; vid. ya en un sentido similar SIEBER, *ZStW* 103 (1991), p. 978, apuntado, en aquel entonces, que «un verdadero Derecho penal de las Comunidades Europeas resulta, conforme a la estructura actual, totalmente imposible. Debe producirse de la mano de un Parlamento con plenos poderes democráticos».

desconocer las crisis y modificaciones que han sufrido los conceptos de Estado³⁸ y democracia³⁹ a lo largo del siglo XX. Por tanto, si bien resulta cierto que existe una íntima vinculación entre el nacimiento del Estado y el nacimiento del Derecho penal moderno⁴⁰, no es menos cierto que la apuntada crisis de la idea de Estado y la aparición de regímenes de organización social heterárquicos, junto con la modificación del concepto de democracia, obliga a replantear la cuestión de la legitimación democrática desde esta perspectiva. Entiendo que no resulta descabellado afirmar que, hoy por hoy – máxime si entra en vigor la Constitución Europea – se cuentan con suficientes elementos en la actualidad como para afirmar que el paradigma de la autolegislación (*Selbstgesetzgebung, Self-rule*) – sc. sólo resulta legítima una norma penal en la cual los ciudadanos a ella sometidos han tenido la oportunidad de participar en su producción⁴¹ – se cumple materialmente de manera suficiente⁴². Ello, claro está, no excluye que se siga avanzando en el camino ya iniciado, consolidándose la lógica federal y, por tanto, la democratización de Europa⁴³.

6.- Desde esta perspectiva se torna decisivo advertir la *conformación de Europa en una comunidad jurídica y política más allá de la comunidad económica que ya constituye*. Es en este sentido que la Constitución Europea realiza una contribución fundamental al surgimiento del *demos* europeo tan determinante para la legitimidad jurídico-penal europea⁴⁴. Así, el establecimiento de una ciudadanía europea – superpuesta a la

³⁸ Ya en su escrito de habilitación WILLKE, *Entzauberung des Staates*, 1983, *passim*, pueden encontrarse los rasgos esenciales de la crisis estatal. No obstante, este autor ha seguido desarrollando la acentuación de dicha crisis desde finales de los años ochenta hasta la época actual así como la sustitución del Estado por regímenes de *Global Governance*. Sobre su desarrollo vid. la nota siguiente. Vid. los diversos desarrollos analizados por WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, 1992, pp. 216 ss., 239 ss., 262 ss.; ÍD., *Supervision des Staates*, 1998, pp. 128 ss.; ÍD., *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, 2001, pp. 14 ss., 107 ss., 123 ss.; ÍD., *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, 2002, pp. 86 ss.; ÍD., *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, 2003, pp. 192 ss. Vid. también LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Vol. V, 1995, pp. 101 ss.

³⁹ Vid. ahora por todos en detalle BOGDANDY, *ZaöRV* 63 (2003), pp. 859 ss.; ÍD., *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), pp. 56 ss. Vid. también las preocupaciones de SCHMITTER, *Social Research* 66 (1999), pp. 933 ss.; ÍD., *Journal of Democracy* 14 (2003), pp. 74 ss.; SUPIOT, *KritV* 2003, pp. 243 ss.; ROLLER, *KritV* 2003, pp. 249 ss., 258 ss., 273.; GOODMAN en BECK (ed.), *Politik der Globalisierung*, 1999, pp. 331 ss. Por lo demás, debe tenerse muy en cuenta en este contexto el importante movimiento del *constitucionalismo social* [vid. ahora sólo la contribución de TEUBNER, en: BACIGALUPO / CANCIO MELIÁ (eds.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 19 ss. con abundantes referencias].

⁴⁰ Vid. ahora en relación con el tema de la europeización del Derecho penal, KÖHLER, *FS Mangakis*, 1998, pp. 751 ss.; LÜDERSSEN, *GA* 2003, pp. 71 ss. Vid. asimismo KAIFA-GBANDI, *KritV* 2004, pp. 4 s.

⁴¹ Sobre el paradigma de la autolegislación en Derecho penal vid. detalladamente PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 8 ss., 18 ss., 31 ss.

⁴² Vid. en contra de esta afirmación SCHÜNEMANN, *GA* 2002, p. 507; ÍD., *StV* 2003, pp. 120 s. Conforme al criterio de SCHÜNEMANN el déficit de legitimación no se ha visto superado por la redacción de la Constitución Europea en tanto que en las elecciones al Parlamento Europeo el principio de igualdad de voto no se encuentra asegurado [vid. SCHÜNEMANN, *GA* 2004, pp. 200 s.; ÍD., *ZStW* 116 (2004), pp. 391 ss., 393; LÜDERSSEN, en: KREB, *ZStW* 116 (2004), pp. 448 s.; ÍD., en: SCHÜNEMANN (ed.), *Alternativentwurf europäischer Straferfolgung*, 2004, p. 48].

⁴³ Sobre la democratización de Europa vid. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus* (nota 10), pp. 57 ss.; SCHMITTER en FOLLESDAL / KOSLOWSKI (eds.), *Democracy and the European Union*, 1997, pp. 13 ss., 23 ss.; ÍD., *Journal of Democracy* 14 (2003), pp. 74 ss.

⁴⁴ En este sentido son de recibo las consideraciones de OETER en *Europäisches Verfassungsrecht* (nota 17), pp. 89 s.: «la “soberanía del pueblo” (*Volkssouveränität*) no surge de un “pueblo estatal europeo” (*europäischem*

ciudadanía nacional – basada en los principios de democracia representativa y democracia deliberativa constituye un hito decisivo de cara a la legitimidad de las normas penales europeas y contribuye decisivamente a la evolución ulterior de la opinión pública europea⁴⁵. A este respecto, parece que difícilmente puede cuestionarse la legitimidad de unas *obligaciones* jurídico-penales que afecten a las personas en virtud de los *derechos* que dimanen de su ciudadanía europea.

III.3.- Cuarta tesis: la Ciencia penal europea se tendrá que enfrentar a los retos de la federalización

1.- Por último, SILVA SÁNCHEZ considera que «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”»⁴⁶.

2.- Con respecto a esta aguda observación de SILVA SÁNCHEZ hay que tener en cuenta que, en *primer lugar*, las reflexiones sostenidas estaban referidas a la *Ciencia* del Derecho penal europeo y que, desde la perspectiva aquí adoptada, la Ciencia jurídico-penal se sitúa en un marco de oscilación entre la autorreferencia y la heterorreferencia del Derecho penal. De hecho, dichas observaciones científicas no pertenecen estrictamente al sistema jurídico – esto es: como su propio nombre indica se sitúan a caballo (en el acoplamiento estructural) entre el sistema *jurídico* y el sistema *científico* –. En *segundo lugar*, lo único que se pretende significar es que, como se puede apreciar en la jurisprudencia sancionadora comunitaria – esto es: la que proviene del TJCE, órgano judicial intrínsecamente europeo y que, por tanto, define las «operaciones del sistema sancionador europeo» – existe una confrontación y mutua irritación entre las diversas tradiciones jurídicas europeas⁴⁷.

Staatsvolk), sino de un “pueblo” en el sentido pre-nacional y originario del concepto, esto es, como “demos”, como la totalidad de los ciudadanos que conforman el *cosa común*».

⁴⁵ Vid. FRANZIUS, *KritV* 2003, pp. 325 ss. Vid. igualmente las reflexiones de HASSEMER en ZIESCHANG / HILGENDORF / LAUBENTHAL (eds.), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, pp. 21 ss.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ (nota 5), texto a continuación de nota 40.

⁴⁷ No obstante, debe advertirse que, desde la propia concepción teórico-sistémica, la aplicación judicial del Derecho penal europeo no tiene por qué llevarse a cabo por Tribunales europeos, sino que resulta suficiente, sobre todo en estados iniciales, con que los Tribunales nacionales apliquen el Derecho comunitario basándose en principios jurídicos comunitarios (lo mismo que ocurre con el Derecho global aplicado por Tribunales nacionales [vid. sobre el Derecho global TEUBNER, en: S. BACIGALUPO / CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 19 ss.]). Por lo demás, se ha hecho aquí referencia al caso más paradigmático de confluencia de los factores jurídico-europeos: un Tribunal estrictamente europeo – el TJCE – aplica normas europeas creando y desarrollando principios europeos; en cuarto lugar, en fin, que estas reflexiones se refieren a diversas propuestas *científicas* para examinar la relación entre diversas tradiciones *científicas* en el seno de la Unión Europea.

3.- La existencia de un discurso jurídico-penal europeo – en afortunada expresión de KÜHL⁴⁸ – parece, a estas alturas, una realidad innegable. El problema surge, claro está, a la hora de determinar qué sistema debe orientar la conformación de la Ciencia penal europea. Ello cobra una especial relevancia cuando, al examinar el texto constitucional europeo se advierte que el mismo dispone que deberán respetarse «los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados Miembros» (art. III-257) y que en caso de alguna de las disposiciones sobre las normas mínimas europeas «afecte a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo» (arts. III-270.3 y III-271.3), forzando, en última instancia, la creación de sistemas de cooperación reforzada. Por tanto, la tarea que tiene ante sí la Ciencia penal europea en dicho contexto no es en absoluto nimia; más bien todo lo contrario.

4.- Y es que en este ámbito puede observarse una cierta confrontación de pensamientos que, desde la perspectiva de la ciencia penal de cuño germánico, podrían caracterizarse, por un lado, como *sistemático y basado en categorías* y, por otro, *problemático⁴⁹ de orientación funcional*. La confrontación de tradiciones puede quizá, de alguna manera y a efectos meramente expositivos, personificarse en las posiciones de SCHÜNEMANN, por un lado, y VOGEL, por otro⁵⁰. Así, el primero sostiene que la ciencia jurídico-penal alemana, debido a su capacidad, única en el mundo, para el tratamiento de los problemas, se encuentra en situación de debatir las cuestiones fundamentales de la europeización con una intensidad tal, que no tiene parangón en toda Europa⁵¹. En este sentido, SCHÜNEMANN apuesta claramente por una suerte de supremacía de la ciencia penal alemana y, por tanto, por la necesidad de establecer el Derecho penal europeo a partir de la misma⁵². En claro contraste con esta posición, VOGEL – y en general puede decirse que el resto de la escuela de TIEDEMANN, importante artífice de la discusión jurídico-penal europea contemporánea – considera que la discusión alemana «es cuestionable y se enfrenta en Europa con la incompreensión»⁵³. Por lo tanto, siguiendo la estrategia que, en general, se está planteando en los análisis avanzados de Derecho comparado⁵⁴, VOGEL aboga por la apertura metodológica⁵⁵ y la prevalencia del pensamiento problemático-funcional sobre el sistemático-categorial⁵⁶. En consecuencia,

⁴⁸ Vid. KÜHL, *ZStW* 109 (1997), p. 787; ÍD., *FS Söllner*, 2001, p. 621; dicho término ha sido bienvenido, entre otros, por VOGEL, *GA* 2002, p. 519.

⁴⁹ Vid. en este sentido ZIESCHANG, *ZStW* 113 (2001), pp. 263 ss.; VOGEL, *GA* 2002, pp. 523 ss.

⁵⁰ No obstante, debe advertirse que ambos coinciden claramente en un factor intrínsecamente relacionado con la cuestión aquí tratada: la defensa de la cultura jurídico-penal europea frente a la americanización del Derecho penal [vid. VOGEL, *GA* 2002, p. 522; SCHÜNEMANN, *GA* 2003, pp. 304 ss.].

⁵¹ SCHÜNEMANN, *GA* 2002, p. 511. Cfr. no obstante las palabras de PERRON, *FS Theodor Lenckner*, 1998, p. 228 : «En cualquier caso, una arrogancia nacional sería inadecuada desde el punto de vista científico».

⁵² Vid. claramente SCHÜNEMANN, *FS Claus Roxin*, 2001, p. 11: «El nivel analítico alcanzado (...) en Alemania debe exigirse también para Europa y debe defenderse frente a aquellos sistemas jurídico-penales que, como el inglés o el francés (...) se encuentran arraigados en las ideologías del siglo XVIII y XIX». Así, SCHÜNEMANN, *GA* 2002, pp. 511 s. considera que el Derecho penal francés y el del *Common Law* se encuentran fuera del «núcleo jurídico-penal europeo» (*europäischen Strafrechtskerns*), pese a que, a continuación [ÍD, *GA* 2002, p. 514] reconoce que, en el ámbito europeo, existe una preferencia por el pensamiento jurídico-penal inglés en lo relativo al Derecho material y por el francés en lo que respecta al procesal.

⁵³ VOGEL, *GA* 2002, p. 523; en un sentido similar WALTER, *ZStW* 117 (2005), p. 933.

⁵⁴ Vid. a este respecto ahora sólo PERRON, *ZStW* 109 (1997), pp. 289 ss.

⁵⁵ VOGEL, *GA* 2002, p. 523 subraya que apertura metodológica no significa arbitrio metodológico.

⁵⁶ Vid. ampliamente VOGEL, *GA* 2002, pp. 522 ss.

señala que resulta tanto normativa como funcionalmente incorrecto proponer la transposición a ciegas de la dogmática penal alemana – o cualquier otra – al Derecho penal europeo. *Normativamente*, en tanto que todos los Derechos penales nacionales son reconocidos como iguales por la Unión Europea, y, de hecho, el ordenamiento jurídico europeo es autónomo incluso desde el punto de vista metodológico⁵⁷; *funcionalmente*, dado que la tarea de la dogmática penal europea es realizar enunciados comprensibles en toda Europa sobre el Derecho penal europeo y, hoy por hoy, las diferencias entre los *sistemas* jurídico-penales de la Unión Europea son tan grandes que no se puede alcanzar un acuerdo sobre los mismos⁵⁸. Desde esta perspectiva, la función de la dogmática penal europea consiste en la cristalización de ciertos «conceptos para la resolución de problemas» (*Problemlösungskonzepte*) que deberán desarrollados conforme a su lógica interna para posibilitar el control de la consistencia⁵⁹ y evitar la arbitrariedad⁶⁰.

4.- Es en este contexto – esto es: en el de la Ciencia penal europea – en el que VOGEL ha propuesto la *teoría del discurso* como instrumento óptimo en la resolución de los conflictos que pudieran presentarse entre las diversas tradicionales jurídicas europeas, indicando que «mediante la alusión a la fuerza del mejor argumento se hace referencia, con justicia, a la teoría del discurso, la cual no representa un método jurídico, sino un marco metodológico y teórico que también puede resultar fructífero precisamente para Europa»⁶¹. Y es precisamente en este marco donde yo he propuesto hacer referencia a otra posible teoría para analizar estos conflictos: la *teoría de sistemas*. Desde esta perspectiva *científica*, la teoría de sistemas constata que estos conflictos constituyen una serie de irritaciones que estimulan la formación de una Ciencia penal europea características del sistema penal europeo. Dicho sistema se encuentra en sus albores pese a que, como ya se ha puesto de manifiesto por algunos autores, la idea de una Ciencia penal europea es un tema tratado desde hace tiempo⁶². Por tanto, estas reflexiones se refieren principalmente a las posibilidades que brindan ciertas teorías extra-jurídicas – teoría del discurso, teoría de sistemas – para ayudar a la comprensión de la problemática del «choque de culturas jurídicas» en el plano científico. El apoyo

⁵⁷ Recientemente SCHÜNEMANN, *StV* 2003, p. 120 nota 32 ha contestado a esta objeción señalando que la crítica de VOGEL confunde ciencia jurídica con política europea, «dado que la ciencia, evidentemente, no tiene que atender a una representación política proporcional, sino al análisis exhaustivo de las cuestiones materiales (...), por lo que se desprende por sí mismo, que las categorías tradicionales de la ciencia jurídico-penal alemana, como el injusto y la culpabilidad, no son inmunes a las críticas, pero, por el contrario, que tampoco pueden situarse, por motivos de oportunismo político, en el mismo nivel que aparatos conceptuales menos elaborados científicamente».

⁵⁸ Vid. VOGEL, *GA* 2002, p. 524.

⁵⁹ Sobre la dogmática como índice de consistencia desde el planteamiento aquí defendido vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *LH Günther Jakobs*, II, pp. 29 ss.

⁶⁰ VOGEL, *GA* 2002, p. 525.

⁶¹ VOGEL, *GA* 2002, p. 523. En un sentido similar HASSEMER en *Strafrecht und Kriminalität in Europa* (nota 45), p. 14 señala de manera un tanto más retórica que «se trata – normativamente – de la esperanza de que un Derecho penal que toma y desarrolla las buenas experiencias de la tradición europea, pueda ayudar más que sobrecargar nuestro mundo»; también BACIGALUPO ZAPATER, *ZStW* 116 (2004), p. 330 apunta en una dirección semejante ya que bajo el concepto de cooperación entiende «la elaboración dogmática de los conceptos necesarios para una aplicación racional de la Constitución (Europea) en el ámbito del Derecho penal».

⁶² Vid. las reflexiones y referencias de BACIGALUPO ZAPATER en BACIGALUPO ZAPATER (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 1998, pp. 415 ss. y KÜHL, *FS Söllner*, p. 617.

que brinda la teoría de sistemas, consiste en describir (científicamente – y, por tanto, externamente –) la observación de que la tradición sancionadora comunitaria se encuentra acoplada estructuralmente con las tradiciones sancionadoras de diversos Estados Miembros y que la misma evoluciona a partir de los estímulos o irritaciones que dichas tradiciones ejercen sobre la primera, «operacionalizándose» principal, aunque no exclusivamente, dicha evolución mediante las decisiones del TJCE.

IV.- Conclusión

El diálogo iniciado en las páginas anteriores con las críticas y observaciones del Prof. SILVA SÁNCHEZ es precisamente eso: un diálogo abierto a la discusión. Con ello únicamente se aspira a contribuir al importante debate penal que se está produciendo en Europa y que se puede apreciar, por ejemplo, en las reacciones a las ya referidas decisiones jurisprudenciales de Altos Tribunales europeos sobre la Euro-orden. En estos momentos se hace especialmente necesaria una discusión (constructiva) a nivel europeo y, sobre todo, una decisión del TJCE estableciendo los parámetros de referencia para el futuro – lo cual se producirá, probablemente, al responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Arbitragehof* belga –.

El hilo conductor de todas las reflexiones aquí expuestas resulta evidente: el federalismo supranacional que – con diversas denominaciones – numerosos autores han percibido en la configuración de la Unión Europea, también puede apreciarse en el incipiente Derecho penal europeo – sobre todo en el contenido en la Constitución Europea –. En este sentido, considero que no se puede afirmar, como hace CANCIO MELIÁ, que «los intentos de ver un poder federal en ciernes (...) son (...) aún *wishful thinking*»⁶³. Más bien todo lo contrario: los intentos de cerrar los ojos ante el carácter federalista de la configuración interna de la Unión Europea son, trayendo a colación una conocida institución penal anglosajona, un claro ejemplo de *willful blindness*. Sin pretender ser reiterativo: federalismo no significa necesariamente Estado federal. Existen otras formas de federalismo que *no son el federalismo estatal*, sino precisamente el *federalismo supraestatal o supranacional*.

⁶³ CANCIO MELIÁ, «Derecho penal europeo: ¿ahora, nunca, mañana?» Manuscrito, p. 3.