

Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad

Carlos Pérez del Valle

Escuela Judicial
Universitat Abat Oliba CEU

Abstract

La discusión sobre la necesidad de un Código penal europeo, o de un modelo de Código, como el Corpus Juris 2000, se intenta vincular con tanta claridad a los niveles más elevados de integración europea que incluso sus oponentes se esfuerzan por dejar claro que su posición no puede entenderse como euroescéptica. En esta situación se ha de plantear el problema de los fundamentos constitucionales del derecho penal de la Unión Europea, un debate que debe situarse sin duda en la perspectiva de los principios. De ese modo, se presenta en primer término la situación en los textos constitutivos de la Unión y en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Posteriormente se examina en qué medida esta situación fundamental garantiza –por tanto, también cuáles pueden ser en este momento sus deficiencias y las posibles soluciones a las mismas– el principio de legalidad en su vertiente de legitimación del poder penal y como mandato de determinación, así como las consecuencias derivadas del principio de proporcionalidad.

The discussion on the need for a European Penal Code, or a Code model, such as the Corpus Juris 2000, so clearly attempts to link the highest levels of European integration that even its opponents make an effort to make it quite clear that their position cannot be understood to be Euro-sceptic. In this situation, an uncertain one, to be sure, we have to raise the problem of the constitutional bases of European Union Criminal Law, and it must be raised from the viewpoint of principles. Thus, and in the first instance, the situation of the texts constituting the Union and the rulings of the Court of Justice will be presented; then, an examination has to be made of the extent to which this fundamental situation guarantees –also, therefore, what its defects can be at this moment in time and the possible solutions to them– the principle of legality in its aspect of legitimization of the criminal power and as a mandate for determination, as well as the consequences arising from the principle of proportionality.

Die Diskussion über die Erfordernis einer Europäischen Strafgesetzgebung oder deren Modell, wie der Corpus Juris 2000, wird so eindeutig mit der höchsten Ebene europäischer Integration zu verbinden versucht, dass sogar deren Widersacher bemüht sind klarzustellen, dass diese Position nicht als die von Euroskeptikern anzusehen ist. In dieser Situation muss die Frage der verfassungsgemäßen Grundlage des Strafrechts der Europäischen Union in der Perspektive der Prinzipien aufgeworfen werden. Auf diese Weise wird die Situation zunächst in den Texten, mit denen die Union errichtet wurde sowie in den Entscheidungen des Gerichtshofs präsentiert. Anschließend ist zu prüfen, in welchem Maße diese grundlegende Situation das Prinzip der Rechtmäßigkeit –und somit auch deren Unzulänglichkeiten und mögliche diesbezügliche Lösungen– hinsichtlich der Legitimierung der Straßerfolgungsbefugnis sowie als Bestimmtheitsgebot und die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableitenden Folgen gewährleistet.

Title: European Criminal Law, principle of legality and principle of proportionality.

Titel: Europäisches Strafrecht, Grundsatz der Gesetzbindung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Palabras clave: Derecho penal europeo, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, tercer pilar, bienes jurídicos, Tratado de Lisboa, Unión europea.

Keywords: European Criminal Law, principle of legality, principle of proportionality, third pillar, legal goods, Treaty of Lisbon, European Union.

Stichwörter: Europäisches Strafrecht, Grundsatz der Gesetzbindung, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dritte Säule, Rechtsgüter, Vertrag von Lissabon, Europäischen Union.

Sumario

1. Introducción
2. El problema constitucional del derecho penal europeo en el derecho primario
3. Las aportaciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo
4. Principio de legalidad como mínima exigencia de legitimación del poder penal
5. Principio de legalidad como mandato de determinación: consecuencias en la teoría del tipo penal; una referencia a los tipos penales de peligro abstracto
6. Legislación penal como necesaria e indispensable ¿Principio de proporcionalidad?
7. Conclusiones
8. Jurisprudencia citada
9. Bibliografía

1. Introducción

El Tratado de Lisboa, pese a las dudas sobre su completa entrada en vigor a través de las ratificaciones de los diferentes Estados miembros¹, parece presuponer alguna modificación en las circunstancias que afectan a la hipótesis de un derecho penal europeo. Es sabido que este ámbito es uno de los aspectos más sensibles en los avances de las competencias de la Unión en este plano jurídico², y cualquier paso en la perspectiva del derecho primario de la Unión presupone un asentamiento de principios sobre los que haya de desenvolverse su futuro. En este momento histórico, estos principios no existen como tales, aunque sí se cuenta con la experiencia suficiente –ciertamente, en casi todos los casos, con intentos fallidos de avance– como para reflexionar sobre los objetivos y sobre los posibles instrumentos medios a considerar.

El debate de calado, por otro lado, está abierto³. La discusión sobre la necesidad de un Código penal europeo, o de un modelo de Código⁴, como el Corpus Juris 2000, se intenta vincular con tanta claridad a los niveles más elevados de integración europea que incluso sus oponentes se esfuerzan por dejar claro que su posición no puede entenderse como euroescéptica⁵. En todo caso, algunas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) han impulsado la presencia de la dimensión penal de la Unión Europea como tema de debate: aunque se quisiera prescindir de previsiones de principios como la que incorporaba la fallida Constitución Europea o de proyectos concretos como el Corpus Juris, reaparecería el problema de la mano de las determinaciones del *ne bis in idem* o del alcance de las competencias de la Comisión mediante directivas en relación con aspectos sancionatorios.

Por otra parte, es preciso aclarar de qué hablo cuando intento presentar el topos “derecho penal europeo”: se trata de derecho penal y procesal penal criminal (esto es, no de derecho penal administrativo o derecho penal sancionatorio, no de los procedimientos propios de estos ámbitos jurídicos)⁶ establecido mediante actos normativos de derecho comunitario europeo. Aquí he de hacer alguna matización, para que se comprenda bien lo que se quiere decir: existe derecho penal europeo siempre que un acto normativo comunitario (o una decisión del TJCE interpretando, sobre las normas constitutivas de la Unión, estos actos

¹ VAN RAEPENBUSCH, «La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne», *CDE*, 2007, p. 574.

² Bernd Schünemann discute que la causa sea la particularidad de las tradiciones jurídico-penales de cada Estado miembro e insiste en la insuficiencia –habida cuenta de que la imposición de penas es el poder más “terrible” del estado– de una legitimación democrática indirecta para establecerlo (SCHÜNEMANN, «Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat?», *ZIS*, 2007, p. 535).

³ Véase, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *ZIS*, 2007, p. 529 y ss. No obstante, orientaba ya la discusión en otra dirección TIEDEMANN, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht», *NJW*, 1993, p. 23 y ss.

⁴ En este sentido, por ejemplo, se desarrolla la tesis sobre la federalización en dos niveles de GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución? Un diálogo con el profesor Silva Sánchez», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, p. 93 y ss.

⁵ ROSENAU, «Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?», *ZIS*, 2008, p. 19.

⁶ Véase también ROSENAU, *ZIS*, 2008, p. 9.

normativos) establece la existencia de esta norma penal o procesal penal. Por el establecimiento de la existencia de la norma penal se entiende aquí no sólo la hipótesis de una norma comunitaria que establezca las características del comportamiento delictivo y la pena prevista para él con aplicación directa en los Estados miembros, sino también el caso –ahora ya menos hipotético– de una norma comunitaria que obligue a los Estados al establecimiento en su legislación de una norma interna penal criminal con estas mismas características.

En esta situación, ciertamente insegura, se ha de plantear el problema de los fundamentos constitucionales del derecho penal de la Unión Europea, un debate que debe situarse sin duda en la perspectiva de los principios⁷. De ese modo, se presentará en primer término la situación en los textos constitutivos de la Unión (2) y en las decisiones del TJCE (3); posteriormente se ha de examinar en qué medida esta situación fundamental garantiza –por tanto, también cuáles pueden ser en este momento sus deficiencias y las posibles soluciones a las mismas– el principio de legalidad en su vertiente de legitimación del poder penal (4) y como mandato de determinación (5), así como las consecuencias derivadas del principio de proporcionalidad (6). A partir de estas reflexiones, se propondrán finalmente algunas conclusiones (7), que, en todo caso, han de ser provisionales.

2. El problema constitucional del derecho penal europeo en el derecho primario

La diferenciación entre los tres pilares de la Unión es, sin duda, el punto de partida necesario para cualquier exposición. Como es sabido, desde el Tratado de Maastricht de 1992 se habla de tres pilares, de los cuales sólo el primero es de carácter comunitario e implica política de integración, mientras que el segundo (la política exterior y de seguridad común) y el tercero (la cooperación policial y judicial en materia penal) serían intergubernamentales y, por tanto, de cooperación. Dado que el ámbito penal sería, claramente, propio del tercer pilar, nada haría pensar que el derecho penal es un ámbito de integración y, por tanto, nada permitiría concluir que el derecho penal puede ser derecho penal europeo. Esta es la razón para que, de forma generalizada, se mantuviese que la Comunidad carecía de competencias normativas en el ámbito del derecho penal⁸, salvo algunas excepciones.

Este escenario permite anticipar una conclusión, que se ha de confirmar en el camino a recorrer a partir de ahora: en la perspectiva que proporciona la evolución de los últimos años, esta separación en tres pilares, y sobre todo el abismo entre el primer y el tercer pilar, es el verdadero obstáculo a franquear si se quiere hablar de un derecho penal europeo. Cuanto menos, para que exista derecho penal europeo en el sentido al que se ha hecho referencia, debe afirmarse que el derecho penal, o que una parte del derecho penal, no es simplemente un ámbito de cooperación intergubernamental y, por tanto, de armonización,

⁷ Una interesante visión desde los principios y en relación con el Corpus Juris, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La unificación del Derecho Penal europeo», *Saberes*, 2003, p. 8 y ss.

⁸ Véase, por todos, BLANCO CORDERO, «El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *RECPC*, 2004, p. 2.

sino que constituye una esfera de integración, aunque esta integración se lleve a efecto en distintos niveles. En la armonización propia del tercer pilar, las disposiciones serían las decisiones marco, que no son vinculantes para los Parlamentos nacionales y, por tanto, no implican derecho penal europeo en el sentido indicado en un principio⁹. Precisamente es decisiva, en este sentido, la visión que proporciona el TJCE, al propiciar la utilización de instrumentos normativos propios del primer pilar –las directivas, con carácter vinculante– para indicar en determinados ámbitos la necesidad de establecer delitos y penas. Pero esto se ha de ver posteriormente.

El panorama hubiera cambiado decisivamente con la aprobación definitiva de la Constitución Europea¹⁰: el art. III-415 preveía una “ley o ley marco europea” para establecer las medidas de prevención y lucha contra el fraude, y los arts. III-270 y III-271 posibilitaban que una “ley marco europea” estableciese normas mínimas en materias determinadas del derecho penal y procesal penal. Estas disposiciones, junto a la previsión de un Ministerio Fiscal Europeo, implicaban un proceso en el que “el nacimiento de un derecho penal europeo en sentido propio es [era] sólo una cuestión de tiempo”¹¹. Lo cierto es que el Tratado de Lisboa no altera demasiado los vaticinios que, en este ámbito, dejaba auspiciar la fallida Constitución Europea.

1. Por un lado, el Tratado de Lisboa no excluye la presencia de una competencia penal originaria propia de la Unión Europea. En los ámbitos a los que hasta ahora se ha hecho referencia no existe un cambio sustancial entre lo establecido en el Proyecto de Constitución Europea y lo dispuesto en el Tratado de Lisboa.

a) Por una parte, el art. 325.4 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), de modo similar al art. III-415 del Proyecto de Constitución, establece la posibilidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa puedan poner en marcha el procedimiento legislativo ordinario para adoptar “las medidas necesarias en los ámbitos de prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros”. Esta referencia a las “medidas necesarias” ha sido entendida por la doctrina más reciente como una competencia originaria en materia jurídico-penal, limitada evidentemente a la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión Europea¹².

b) Por otro lado, el art. 69 A y B del Tratado de Lisboa mantiene el texto de los arts. III-270 y III-271 del Proyecto de Constitución Europea, y que han pasado al texto consolidado de los arts. 82 y 83 TFUE. Se trata, evidentemente, de la posibilidad de que las directivas adoptadas de acuerdo

⁹ Claramente, en este sentido, TIEDEMANN, «Gegenwart und Zukunft des Europäischen Strafrechts», *ZStW*-116, 2004, pp. 952-953.

¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, «Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, p. 71 y ss.; y sobre la función legislativa en particular, véase p. 73.

¹¹ TIEDEMANN, *ZStW*-116, 2004, p. 957.

¹² Por ejemplo, Rosenau habla de “*eigene Straf Gewalt*” (ROSENAU, *ZIS*, 2008, p. 16), mientras que Fromm lo hace de una “*originäre strafrechtliche Kompetenz*” (FROMM, «Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995. Eine kritische Zwischenbilanz, Einordnung in die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und Ausblicke in die Zukunft», *HRRS*, 2008, p. 94).

con el procedimiento legislativo ordinario –o, en casos de disidencia de alguno o varios de los Estados miembros, a través del mecanismo de cooperación reforzada entre al menos nueve Estados miembros– establezcan normas mínimas sobre infracciones penales y sanciones (art. 83 TFUE) o sobre el proceso penal (art. 82 TFUE).

aa) Las normas mínimas sobre derecho penal sustantivo (infracciones y sanciones) deberían afectar a ámbitos delictivos de especial gravedad y sobre los que exista una dimensión transfronteriza derivada del carácter de las infracciones, de sus repercusiones o de la necesidad de combatirlas con criterios comunes. Se definen en este ámbito el terrorismo; la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños; el tráfico ilícito de drogas y de armas; el blanqueo de capitales; la corrupción; la falsificación de medios de pago; la delincuencia informática y la delincuencia organizada. No obstante, no se trata de ámbitos cerrados, porque se reconoce la posibilidad de definir otros ámbitos en decisiones unánimes del Consejo previa aprobación del Parlamento Europeo.

bb) Las normas mínimas sobre el proceso penal requieren también la existencia de una dimensión transfronteriza y afectan a la admisibilidad mutua de las pruebas, a los derechos de las personas en el proceso o a los derechos de las víctimas. En todo caso, también aquí el Consejo puede definir otros aspectos del proceso penal previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Por otra parte, el Tratado de Lisboa establece una desaparición de la estructura de la Unión en pilares¹³, y esto implica que no es posible defender, como una cuestión de principio, que el ámbito de la cooperación penal haya de ser, institucionalmente, un ámbito ajeno a la integración. Cuestión distinta es qué ámbitos están sometidos a la integración y en qué forma ha de producirse la misma. Desde este punto de vista, debería explicarse cómo y hasta dónde estos ámbitos requieren una protección penal; pero esta pregunta no puede ser respondida en abstracto, sino que es preciso tomar en consideración qué relevancia tienen estos ámbitos desde el punto de vista de las competencias comunitarias.

La cuestión de los ámbitos a proteger, considerada en ocasiones imprecisa¹⁴, se ha intentado contestar invocando diferentes niveles de protección a la vista de los bienes jurídicos protegidos¹⁵, en el que la base sería el ámbito de la despenalización y el vértice el genuino derecho penal europeo, y como niveles intermedios respectivamente los ámbitos de autonomía¹⁶ y de armonización del derecho penal de los Estados miembros. La consideración, en este vértice, de la protección de los intereses financieros de la Comunidad, parece indiscutible: aunque el art. 280.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) excluye la posibilidad de legislación penal en esta

¹³ VAN RAEPENBUSCH, CDE, 2007, p. 578.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, pp. 77-78.

¹⁵ Véase, por ejemplo, HEFENDEHL, «Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter», ZIS, 2006, p. 231 y ss.

¹⁶ Hefendehl utiliza la palabra alemana “Belassen” (HEFENDEHL, ZIS, 2006, pp. 231 y 235), que literalmente sustantiva el verbo “dejar” en la competencia de los Estados miembros, que en esos aspectos no estarían sometidos a la armonización.

materia¹⁷, el art. 325.4 TFUE, que no difiere sustancialmente del art. III-415 del Proyecto de Constitución Europea, reconoce una capacidad normativa de protección que puede alcanzar el nivel penal¹⁸. Y, desde luego, la ampliación del Corpus Juris 2000 a casos relacionados con la corrupción de funcionarios y con el blanqueo de dinero parecería indiscutible, especialmente cuando se propugna la sanción en estos casos por disposiciones europeas, la persecución por órganos europeos y el enjuiciamiento con tribunales europeos¹⁹.

Sin embargo, en este esquema no aparece con claridad una separación entre los dos niveles intermedios, ni las razones o los límites materiales –por tanto, diferentes de la atribución de competencias de persecución y enjuiciamiento a órganos comunitarios– entre la armonización y el derecho penal europeo genuino²⁰. En relación con la segunda diferenciación (derecho penal europeo genuino y derecho penal de armonización), los ejemplos no resuelven este problema. En cuanto a la regulación nacional del fraude de subvenciones, la argumentación sobre los bienes jurídicos indica que la regulación nacional vigente sería adecuada si se tratara de un delito de protección del patrimonio público, y no lo sería si protegiese la confianza en las normas de competencia de mercado –en cuyo caso la regulación debería corresponder al derecho penal europeo genuino²¹. El argumento es el siguiente: lo que se protege es, en realidad, el cupo o contingente de cada Estado en el patrimonio europeo, y la vía correcta en la que se cruzan esta visión “desde abajo” y una visión “desde arriba” –esto es, desde las junturas de la propia Unión– es precisamente la de la armonización; si se quiere proteger la confianza en la Unión Europea, sería necesario construir un derecho penal europeo “desde abajo” y, por tanto, perseguido y juzgado por las propias instituciones de la Unión²². Pero este argumento es, en realidad, circular, en la medida que el punto de partida es coincidente con la conclusión: la necesidad de un derecho penal europeo genuino con instituciones propias. Y esto no sería decisivo si hubiese algún elemento material que permitiese diferenciar entre el derecho penal europeo genuino y el derecho penal europeo de armonización, como sería una diferente delimitación de competencias en la Unión.

Este argumento, sin embargo, no es posible. Tras la STJCE de 13 de septiembre de 2005, a la que se ha de hacer referencia más tarde, la doctrina ha señalado que, además de la protección del medio ambiente, podrían reconocerse otros aspectos en los cuáles existe

¹⁷ Véase, al respecto, FROMM, «Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG-Vertrag», *ZIS*, 2007, p. 26 y ss.

¹⁸ La supresión de la última frase del art. 280.4 TCE (“Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”), ordenada en apartado 276) del art. 2 del Tratado de Lisboa, conduce a esta conclusión. Además, así lo entienden, por ejemplo, ROSENAU, *ZIS*, 2008, p. 16, y FROMM, *HRRS*, 2008, p. 94.

¹⁹ HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 235.

²⁰ Sobre la exigencia de órganos para la aplicación de las leyes como derivada del principio de legalidad, véase SILVA SÁNCHEZ, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, 2007, p. 70.

²¹ HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 236.

²² En resumen, éste es el interesante argumento de HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, pp. 234-235.

competencia penal de la Comunidad, como el mercado interior (art. 95 TCE) o la inmigración ilegal²³. Pero no sólo la apertura a través de la Corte europea puede ser asumida en este sentido: el ejemplo de la falsificación de moneda permite, como se reconoce explícitamente²⁴, abandonar una referencia exclusiva al reparto de competencias en los Tratados o incluso mediante la jurisprudencia de la Corte. No obstante, esto quiere decir que no es la única correspondencia en el examen, y no que no sea un punto de examen relevante.

3. Las aportaciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo

Como se ha anticipado, para examinar la situación actual desde un punto de vista constitucional no es suficiente con el examen de los textos constitutivos de la Unión, tanto de los actualmente en vigor como de aquellos que han estado o están en la actualidad pendientes de ratificación. El posicionamiento del TJCE ha sido, desde este punto de vista, de una influencia indiscutible en la visión actual de la interacción entre derecho comunitario y derecho nacional. En ese sentido, y si se deja de lado una cuestión –en este aspecto no decisiva– como la de la prohibición del *ne bis in idem*²⁵, habría de incidirse sustancialmente en el problema de las fuentes normativas y en la introducción del derecho penal como materia del primer pilar de la Unión, planteado de forma sustancial en las SSTJCE de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007.

La sentencia de la Gran Sala del TJCE de 13 de septiembre de 2005 se planteaba la anulación de la Decisión-marco 2003/80/JAI del Consejo sobre protección del medio ambiente a través del derecho penal, pues se había impugnado por la Comisión, que entendía que era de su competencia²⁶. La cuestión queda bien enmarcada en las palabras de las Conclusiones en audiencia pública del propio Abogado General Ruiz-Jarabo: “[...] asumido que la tutela del entorno natural en la Unión Europea requiere una acción concertada mediante la criminalización de las infracciones más graves, hay que dilucidar si la aprobación de las imprescindibles normas coordinadoras se enmarca en el tercer pilar, incumbiendo al Consejo [...] o en el primero, por constituir una tarea comunitaria”²⁷. Y la respuesta supuso, como es sabido, asumir el punto de vista de la Comisión; de este modo, en la medida que la protección del medio ambiente sería uno de los objetivos comunitarios

²³ Véanse, a este respecto, las observaciones del Dr. Steven Peers (*Department of Law, University of Essex*) en la Cámara de los Lores británica, recogidas en el 42º Informe de Sesión 2005-2006 (HOUSE OF LORDS. *The Criminal Law Competence of the European Community (Report with Evidence)*. Paper 227, 2006, p. 18, apartado 39); véanse también textualmente sus respuestas en la Comisión en la p. 28 (Q48 y Q49).

²⁴ HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 236.

²⁵ Véase, sobre este punto, VERVAELE, «European Criminal Law and General Principles of Union Law», *RPL*, 2005, p. 1 y ss. Las exigencias del *ne bis in idem* tienen ineludibles consecuencias procesales, como en relación con el denominado *forum shopping*; además, también tienen consecuencias en la aplicación del derecho penal sustantivo interno (véase, en este sentido, PÉREZ DEL VALLE, «En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», *InDret*, 2006, pp. 10-12).

²⁶ Las referencias pueden encontrarse ya antes de la sentencia en el interesante trabajo de BLANCO CORDERO, *RECPC*, 2004, pp. 1-26, arriba citado.

²⁷ Véase, sobre las palabras del Abogado General, GONZÁLEZ VAQUÉ, «La sentencia “Comisión/Consejo” de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales», *GJ*, 2005, p. 47; p. 50 y ss.

primordiales, cuando fuese necesario²⁸ acudir a medidas penales éstas podrían ser prescritas por una disposición comunitaria competencia de la Comisión. Esta línea supone, indudablemente, la apertura de la legislación comunitaria, vinculante para los Parlamentos de los Estados miembros, al derecho penal²⁹ y, por ello, “la potenciación de la política criminal europea”³⁰.

No obstante, las consecuencias no han sido siempre claras, pues la discrepancia en la lectura de esta posición del TJCE por parte de la Comisión y del Consejo originó una “fibrilación”³¹ de los órganos europeos; es evidente que la sentencia de 13 de septiembre de 2005 también dejaba la puerta abierta a otras competencias distintas del medio ambiente como objetivos primordiales de la legislación comunitaria, y ello afectaba del mismo modo sustancialmente a la determinación de competencias del Consejo y de la Comisión³². Pero, además, concierne a la propia configuración de las debatidas competencias penales comunitarias, pues es indiscutible que no existe el reconocimiento de una competencia penal de carácter general para la comunidad³³ y parecía necesario, por tanto, precisar en qué ámbitos se puede hablar de esta forma de competencia penal por una vía indirecta, que depende de la materia. De hecho, parecía derivarse de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia que el criterio del medio ambiente debía trasladarse sin más a la libre circulación de mercancías, de servicios y de capitales³⁴. Por este motivo, quedaba todavía abierta la cuestión sobre las materias en las que esta competencia sería posible.

En esta situación es dictada la sentencia de 23 de octubre de 2007, en la que se somete a la decisión del Tribunal de Luxemburgo la Decisión-marco del Consejo 2005/667, cuyos artículos 4 y 5 obligaban a los Estados miembros al establecimiento de sanciones penales “efectivas, proporcionadas y disuasorias” en casos de contaminación, con deterioro grave de la calidad del agua, causada de forma deliberada o imprudente por medios de transporte marítimo. Es relevante, en este sentido, que la decisión de la Corte europea ha ido más allá del art. 80.2 TCE –que establecía la competencia del Consejo– y ha dejado a la vista la conexión entre la protección del medio ambiente y las infracciones relativas al

²⁸ Sobre la relevancia de la necesidad en este punto, véase HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 265; también KALFA-GBANDI, «Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite», *ZIS*, 2006, p. 525.

²⁹ Véase, en este mismo sentido, ESTRADA CUADRAS, «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret*, 2006, p. 16.

³⁰ BERNARDI, «Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati», *RIDPC*, 2007, p. 1186.

³¹ WEYEMBERGH, «III. Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales. Introduction», *RIDP*-77, 2006, p. 189; de acuerdo y con una exposición de la situación, SIRACUSA, «Verso la comunicazione della potestà normativa penale: un nuovo ‘tassello’ della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *RIDPP*, 2008, pp. 243-245.

³² Se destaca, en este sentido, que la mayoría (11 de los entonces 15) de los Estados miembros se manifestó en contra de la posición de la Comisión (véase POHL, «Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht», *ZIS*, 2006, p. 217).

³³ Véanse, en este sentido, las SSTJCE de 11 de noviembre de 1981 (*Casati*, C-203/80, párrafo 27) y de 16 de junio de 1998 (*Lemmens*, C-226/97, párrafo 19). Esta posición se ratifica en la STJCE de 13 de septiembre de 2005 (párrafo 47), aun con las matizaciones que dan origen al debate en el párrafo 48. Claramente es asumida esta información en el Informe de la Cámara de los Lores británica (HOUSE OF LORDS. *The Criminal Law Competence of the European Community (Report with Evidence)*. Paper 227, 2006, pp. 17-18, apartado 37).

³⁴ HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 165.

transporte marítimo cuya sanción penal se propugna: así, la prevención penal de la contaminación provocada por buques es un fin propio de la política comunitaria únicamente en tanto sea necesaria para garantizar una política medioambiental; por tanto, cuando se da la exigencia denominada de “transversalidad”³⁵. Junto a ello, se añade en la sentencia que la competencia comunitaria en este sentido sólo se justifica cuando se trata de una “medida indispensable para combatir los graves atentados del medio ambiente”, lo que comporta una cuestión que va más allá de la establecida en la STJCE de 13 de septiembre de 2005: ¿es la necesidad un valor inferior a la indispensabilidad? Y, en ese caso, ¿cabe una correspondencia entre estas categorías y el nivel de materias –respectivamente– primarias y no primarias de la Comunidad³⁶?

Ambas exigencias, a la vista del caso, permiten pensar en dos límites al ejercicio de la potestad comunitaria a la hora de fijar la armonización de los tipos penales: el límite de la transversalidad de los objetivos perseguidos, en aquellos casos en los que el sector determinado de competencia no se encuentre entre las políticas esenciales de la Unión (en el supuesto planteado, y a diferencia del caso de la STJCE de 13 de septiembre de 2005, que se ocupaba directamente de la protección de la política de medio ambiente, y catalogó la política de transportes como transversal a la política de medio ambiente); y la indispensabilidad, en sí misma, como un criterio de evaluación de la oportunidad de la norma penal distinto de la necesidad de protección y tendente a considerar la sanción penal como imprescindible para la eficacia de la normativa comunitaria³⁷.

La cuestión en este punto es, desde luego, sugestiva, y no sólo por lo discutible de sus consecuencias. En el plano de los principios constitucionales, las manifestaciones del principio de legalidad constituyen un aspecto esencial a examinar, especialmente en dos perspectivas: el principio de legalidad como exigencia de legitimación del poder de dictar normas sobre las penas y el principio de legalidad como mandato de determinación. En cada una de ellas, no obstante, se analizará la cuestión incorporando aspectos tanto formales como materiales.

4. Principio de legalidad como mínima exigencia de legitimación del poder penal

El principio de legalidad, en el derecho penal moderno, añade a la exigencia de *lex scripta* la de *lex parlamentaria*, de tal modo que el mismo principio intenta establecer un presupuesto de legitimidad democrática de las leyes penales. En otras palabras: el derecho penal exige

³⁵ SIRACUSA, *RIDPP*, 2008, p. 253; véase también FROMM, «EuGH, Urt. v. 23.10.2007–C-440/05 Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe ist nichtig», *ZIS*, 2008, p. 168 y ss.

³⁶ Estas consecuencias son defendidas también por SIRACUSA (*RIDPP*, 2008, p. 265) como derivadas de la sentencia.

³⁷ SIRACUSA, *RIDPP*, 2008, p. 259.

una legitimación democrática directa³⁸. En esa perspectiva, podía interpretarse la fórmula admitida por la Corte europea como una inyección democrática, pues la promulgación de la directiva requiere la intervención del Parlamento Europeo³⁹ en el procedimiento previsto en el art. 251 TCE y en las condiciones del art. 192 TCE. Esta visión sería coherente con la propia introducción de la posibilidad de co-decisión establecida en el art. 249 TCE, y sustancialmente en virtud del procedimiento previsto en el art. 251 TCE, que había aparecido como el estándar de fortalecimiento futuro de legitimación democrática⁴⁰. La explicación es muy clara: en la medida que el Parlamento Europeo participa de la elaboración de la directiva, existe una legitimación democrática directa de la norma.

La objeción, sin embargo, no es difícil de articular: al no existir un procedimiento por el que el Parlamento nacional pueda manifestar su oposición al cambio del sistema penal que supusiera la directiva, y al estar vinculado el orden jurídico interno a la misma, el Parlamento nacional se convertiría en un “lacayo de Bruselas”⁴¹. Y esta objeción es, sin duda, simultánea a otras cuestiones de relevancia en el orden normativo comunitario que están directamente relacionadas con ella. En mi opinión, la cuestión se ha resuelto por la Corte europea con una consideración exclusiva, en los términos del párrafo primero del art. 5 TCE, del problema de competencia, que sin duda existe y que era el planteado en los recursos de anulación formulados por la Comisión en los dos casos examinados. Pero es necesario tener en cuenta que la atribución de competencias no es, en sentido estricto, una atribución material, sino teleológica, de tal modo que no se afirma que la Comunidad tiene competencia en una determinada materia, sino para conseguir un fin o desempeñar una función⁴². Esta visión es asumida, desde luego, por el TJCE, pues el criterio de transversalidad aceptado en la sentencia de 23 de octubre de 2007 es, sin duda, un principio teleológico⁴³: pese a la determinación del art. 80.2 TCE, la protección del medio ambiente explica la competencia de la Comisión en cuanto a la evitación de daños graves para la composición de las aguas marinas cuando proceden de medios de transporte marítimo. Esta forma de configuración de las materias de competencia, que quedan en algo condicionadas por los objetivos, impide que la competencia sea en realidad un límite demasiado eficaz tal como se podría derivar del art. 5 TCE⁴⁴. Las derivaciones de esta materia en cuanto están referidas al mandato de determinación serán examinadas

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, «Die strafrechtlichen Strategien der EU», en SCHÜNEMANN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege / A Programme for European Criminal Justice*, 2006, p. 91.

³⁹ HEFENDEHL, *ZIS*, 2006, p. 166.

⁴⁰ BAST, «Legal Instruments», en VON BOGDANDY/BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, p. 393.

⁴¹ La expresión es de SCHÜNEMANN («Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes», *StV*, 2003, p. 531), y es asumida en esta discusión por HEFENDEHL (*ZIS*, 2006, p. 167).

⁴² Véase MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 1990, pp. 68-69; también CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, 2002, p. 123.

⁴³ En materia de medio ambiente, y de forma previa al planteamiento de la cuestión desde el punto de vista del derecho penal, ya se reconocía una práctica jurisprudencial que excedía de las competencias de los tratados (véase, en este sentido, CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, 2002, pp. 124-125).

⁴⁴ Véase no obstante como límite CHICHARRO LÁZARO, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, 2002, p. 124.

posteriormente, y me he de limitar ahora a la cuestión de la reserva de ley parlamentaria como garantía de legitimación democrática del derecho penal.

Esta forma difusa de resolución del tema de la competencia como criterio se enfrenta con otras cuestiones problemáticas de orden normativo en la Unión Europea que, aun vinculados al hecho de que la materia sea o no de competencia comunitaria, no se resuelven simplemente con una respuesta positiva o negativa a la pregunta sobre la atribución de competencias. No puede olvidarse que no existe hoy el reconocimiento de la jerarquía de fuentes en el ámbito comunitario, al menos entre las diferentes normas de derecho derivado o secundario⁴⁵, y que el punto de partida de la Corte es la total igualdad de las instituciones que elaboran las normas comunitarias, de tal modo que tampoco puede hablarse de una jerarquía derivada de la existente entre los autores de distintas normas⁴⁶. Desde este punto de vista, existe un nuevo condicionamiento a la hora de plantear el problema de la reserva de ley y de ley parlamentaria: una comprensión del principio de legalidad como *nullum crimen, nulla poena sine lege parlamentaria* no se explica sólo por la legitimidad democrática, ni tan siquiera por la legitimidad democrática directa. Es necesario admitir que esta limitación responde a la doble consideración de que el derecho penal es el instrumento de represión más contundente de la comunidad política y que el hecho de que sea más contundente depende, en lo fundamental, de la posibilidad de imponer penas que implican una muy grave lesión de derechos fundamentales⁴⁷. Este criterio es anterior a la irrupción de regímenes constitucionales y responde a la misma formación del estado moderno, que entiende que una reacción como la pena sólo es posible mediante las normas con un superior nivel jerárquico en el sistema jurídico⁴⁸. La cuestión no es únicamente, por tanto, si puede justificarse una mayor o menor legitimación democrática, sino si un orden jurídico que no reconoce mayor nivel jerárquico a normas con legitimación democrática directa en relación con normas que carecen de ella puede establecer normas vinculantes a los Parlamentos nacionales en una materia, como el derecho penal, en la que aquéllos parten de la base contraria; esto es, de una jerarquía superior. Y, a mi juicio, es discutible la legitimación formal de una ley penal a la que no se le reconozca superior posición jerárquica en relación con otras fuentes normativas del mismo sistema jurídico.

Ciertamente, la cuestión está abierta, y lo está también en relación al futuro, como es el Tratado de Lisboa. Las disposiciones sobre la materia, que han sido ya examinadas, contemplan en los arts. 82 y 83 TFUE y en el art. 325.4 TFUE la previsión del procedimiento legislativo ordinario. Es evidente que la materia de lucha contra el fraude responde a una concepción material diferente, pero es claro que en los arts. 82 y 83 TFUE las normas

⁴⁵ BELLIDO BARRIONUEVO, *La directiva comunitaria*, 2003, p. 70 y ss.; véase también BAST, en VON BOGDANDY/BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, p. 393.

⁴⁶ BAST, en VON BOGDANDY/BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, p. 390.

⁴⁷ Por ese motivo, en sistemas en los que existen diferentes tipos de leyes aprobadas directamente por el Parlamento (se excluye, por tanto, la legislación delegada) se opta por acoger el derecho penal al rango superior de la ley.

⁴⁸ El ejemplo de la función del Tercer estado durante el absolutismo francés lo presenta con toda claridad: el contrapeso que represente se ejerce, no dictando leyes, sino actuando como tribunal de justicia. Véase HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3ª ed., 1999, nm. 1262.

mínimas pueden también establecerse en procedimientos de cooperación reforzada entre más de nueve Estados miembros cuando algunos Estados muestren su disconformidad. La previsión de ese procedimiento legislativo ordinario, previsto en el art. 294 TFUE, confirma la posibilidad de bloqueo establecida en el art. 251 TCE. Esta relevancia institucional del Parlamento Europeo es a veces puramente terminológica, como en la desaparición del “dictamen” que se sustituye por la llamada “posición” del Parlamento, y en el mismo establecimiento de un “procedimiento legislativo ordinario”, aunque las divergencias con el art. 251 TCE son casi inexistentes⁴⁹. En todo caso, y respecto a la cuestión fundamental, tampoco el Tratado de Lisboa establece de forma explícita la preeminencia del acto legislativo sobre el acto no legislativo. Sin embargo, algunos condicionamientos particulares –como la desaparición de la exigencia de ratificación de los Parlamentos nacionales en el ámbito del tercer pilar– permiten pensar en la necesidad de que esta superioridad jerárquica haya de ser marcada en el futuro por la Corte europea⁵⁰.

5. Principio de legalidad como mandato de determinación: consecuencias en la teoría del tipo penal; una referencia a los tipos penales de peligro abstracto

Una reflexión es exigida también en relación con el instrumento normativo de la directiva y su conexión con el principio de legalidad. La cuestión sería la siguiente: ¿reúne la directiva las condiciones necesarias para garantizar el principio de legalidad en sentido estricto? La doctrina ya se había planteado que, a la hora de fijar la posición sobre las pretendidas competencias penales comunitarias, el problema no era sólo de atribución de competencia como materia, sino también de selección del instrumento normativo que pueda conducir a ese fin⁵¹. La respuesta debería ser, aparentemente, negativa: las condiciones de la directiva no son propiamente las adecuadas para cumplir con el mandato de determinación del principio de legalidad. La directiva, desde un punto de vista puramente conceptual (art. 249 TCE), impone a los Estados miembros una obligación de resultados, aunque en principio éstos deberían tener la libertad de elección de la forma y de los medios⁵². Lo cierto es que la libertad de elección de forma y medios es menor de la que, en principio, podría pensarse⁵³, y que existe una tendencia práctica, no discutida por el TJCE, a la promulgación de directivas extraordinariamente detalladas⁵⁴. Este detalle en las directivas, no obstante, puede explicarse si se atiende a que el “efecto directo vertical” –esto es, la posibilidad de que cualquier ciudadano de la Unión pudiera invocar ante un tribunal el incumplimiento de la obligación de transposición de la directiva– sólo puede garantizarse cuando la directiva tenga la precisión suficiente como para poder amparar una pretensión jurídica⁵⁵. Por tanto, aparentemente no le es exigible a la directiva el cumplimiento con el mandato de determinación.

⁴⁹ VAN RAEPENBUSCH, CDE, 2007, p. 617.

⁵⁰ VAN RAEPENBUSCH, CDE, 2007, p. 620.

⁵¹ SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2003, p. 461; véase también POHL, ZIS, 2006, p. 218.

⁵² MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones de derecho comunitario*, 5ª ed., 2005, pp. 367-368.

⁵³ MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones de derecho comunitario*, 5ª ed., 2005, p. 368.

⁵⁴ ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2007, pp. 108-109.

⁵⁵ MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones de derecho comunitario*, 5ª ed., 2005, p. 370.

Esta conclusión negativa aparente debe ser, sin embargo, matizada. Ciertamente es que el planteamiento de la “eficacia directa vertical” sería, en principio, muy discutible desde el punto de vista del derecho penal, pues es dudoso que la directiva que impone a los Estados miembros una sanción penal para un tipo de comportamiento reconozca a alguien –¿a las víctimas?– un derecho a reclamar que el autor del hecho sea castigado⁵⁶. Pero, en todo caso, debe plantearse si la función de la directiva es o no fijar un establecimiento detallado de los tipos de comportamiento que reclama sean sancionados por los Estados miembros.

Por un lado, la jurisprudencia de la Corte europea permite descartar de principio la afirmación siguiente: puesto que la directiva tiene como función la definición de resultados a obtener, no puede indicar si el medio adecuado es o no el derecho penal. Si debe dejarse de lado este planteamiento y se afirma la posibilidad de ejercicio de competencia penal comunitaria a través de una directiva, deben examinarse dos cuestiones: por un lado, la definición de los ámbitos en los que resulta posible el desarrollo de la competencia penal; por otro, la precisión de los límites de la directiva en la determinación de estos ámbitos. La primera cuestión ha sido ya abordada en parte al referir el problema de los bienes jurídicos comunitarios, y después se ha de volver a ella. En este momento, en que se trata de señalar la función del principio de legalidad en este ámbito del derecho comunitario, debe insistirse no obstante en la segunda cuestión: ¿cómo se ha de ajustar la directiva al mandato de determinación?

En sentido estricto, la directiva podría limitarse a definir el resultado de una forma negativa; en otras palabras, la directiva podría simplemente indicar a los Estados miembros que deben sancionar los comportamientos a los que es imputable la producción de unos resultados. De este modo, se plantea como primera cuestión si la directiva puede –y, en su caso, debe– definir el tipo de comportamiento. La respuesta, a mi juicio, requiere una matización metodológica⁵⁷: sólo una diferenciación adecuada entre tipo de conducta y tipo de la ley penal permite hallar una solución⁵⁸. La directiva debe definir el tipo de comportamiento cuya sanción estima necesaria, y ha de dejar a la ley nacional que, de acuerdo con sus modalidades específicas, busque la respuesta adecuada desde el punto de vista del tipo de la ley penal⁵⁹. Este planteamiento excluye, además, las dudas que pudiera plantear la cuestión de los límites de interpretación de la directiva⁶⁰ y, particularmente, de

⁵⁶ Esto resulta difícil de pensar incluso en ordenamientos, como el español, en los que se reconoce la posibilidad de persecución penal al perjudicado.

⁵⁷ De particular interés en la medida en que lo conecta con aspectos competenciales y constitucionales, sobre la necesidad de plantear las cuestiones metodológicas, véase VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ*, 1995, pp. 336-337.

⁵⁸ Véase PÉREZ DEL VALLE, «Las calumnias y el “temerario desprecio hacia la verdad”», *CPC*, 1999, p. 83 y ss.

⁵⁹ El límite es aquí fundamentalmente de eficacia y es compatible con el criterio aceptado por la Corte europea, que respeta la función de la directiva a la que se ha hecho mención (véase, sobre este criterio, SIRACUSA, *RIDPP*, 2008, p. 256). Un ejemplo de cómo sería el criterio aplicable: si la directiva considera necesario sancionar todo tipo de comportamientos a los que es imputable un determinado resultado lesivo, de tal modo que también estaría comprendida la omisión, la técnica del tipo ha de ser distinta en la legislación alemana, española o portuguesa, por una parte, y en la francesa, por otra.

⁶⁰ En lo que se refiere al derecho penal, la cuestión estaba ya planteada en torno a la Decisión-marco en el caso *Pupino* (STJCE de 16 de junio de 2005, C-105/03) en relación con la interpretación *contra legem*, tal

interpretaciones que implicasen una agravación penal⁶¹, aunque el mismo problema, en relación con las penas, ha de formularse a propósito del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, sin embargo, se plantea entonces hasta qué punto es legítimo que la directiva ordene a los Estados miembros la tipificación de delitos de peligro y, particularmente, de peligro abstracto, cuya legitimación material puede ser discutida⁶²: un delito de peligro abstracto es admisible en la medida en que la estandarización del comportamiento es necesaria en una esfera social para su adecuada organización⁶³. A mi juicio, la estandarización de comportamientos peligrosos y, por tanto, la obligación de sanción de comportamientos a los que sea imputable un peligro abstracto son sólo posibles en una directiva comunitaria cuando se trata de competencias exclusivas europeas.

Por tanto, nada habría que objetar desde el punto de vista formal a una directiva comunitaria que obliga a los Estados miembros a sancionar comportamientos de peligro abstracto en materias que se han considerado por el TJCE de competencia exclusiva⁶⁴. Por ejemplo: si se estima que la conservación de recursos biológicos marinos es una competencia exclusiva de la Unión⁶⁵, bien podría haberse utilizado el argumento –que justificaría la ampliación del deber de sanción a casos en los que no llega a haber resultado lesivo grave para la composición de las aguas– de la creación de un peligro abstracto para tales recursos.

Pero, de lege ferenda, no sólo creo que pueda afectar a este tipo de competencias expresamente declaradas por la Corte europea como de carácter exclusivo. Es obvio que en el terreno que la doctrina ha denominado “genuino derecho penal europeo”, y al que se ha hecho anteriormente referencia, debe reconocerse a la Comunidad la posibilidad de estandarización y, por tanto, de vincular a los Estados miembros para la tipificación de delitos de peligro abstracto. Esta opción, según la cual la competencia para establecer esa estandarización como necesaria correspondería a la Unión, bascula entre dos argumentos diferentes: la posibilidad de legislación penal en las materias indicadas, que tanto el Proyecto de Constitución como el Tratado de Lisboa reconocen implícitamente, por una parte; y, por otra, ante todo, una consideración correcta del principio de atribución⁶⁶, de acuerdo con la cual debería entenderse como competencia necesaria de la Unión para cumplir sus objetivos la armonización de las disposiciones de protección de los intereses

como se observa en LORENZMAIER, «Der Rahmenbeschluss als Handlungsform der Europäischen Union und Seine Rechtswirkungen», *ZIS*, 2006, p. 581 y ss. (en alemán) y p. 583 y ss. (en inglés).

⁶¹ Sobre esta cuestión insiste BERNARDI, *RIDPC*, 2007, p. 1180, respecto a la decisión marco.

⁶² A mi juicio, la cuestión es distinta en el caso de la tentativa, en la que ya se ha exteriorizado la infracción de la norma. Véase, sobre la norma de la tentativa en el *Corpus Juris*, BROCKHAUS, «Die Europäisierung des Versuchs und Rücktritts im Wirtschaftsstrafrecht. Eine Untersuchung zu Art. 11bis *Corpus Juris* 2000», *ZIS*, 2006, p. 481 y ss.

⁶³ Véase JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, § 6/86a; en el mismo sentido, PÉREZ DEL VALLE, «Introducción al Derecho penal económico», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., 2005, p. 33.

⁶⁴ Sobre las materias de competencia exclusiva de la Unión, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencia entre la Unión Europea y sus estados miembros*, 2006, pp. 82-84.

⁶⁵ STJCE de 14 de julio de 1976 (*Kramer*, C-3, 4 y 6/76).

⁶⁶ Sobre las competencias implícitas y su aplicación al derecho comunitario, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, *El reparto de competencia entre la Unión Europea y sus estados miembros*, 2006, p. 37 y ss.

financieros de la Comunidad. En ese sentido, sin una cláusula restrictiva como la del art. 280.4 TCE respecto a la legislación penal⁶⁷, debería reconocerse la extensión de las competencias de la lucha contra el fraude como aspectos vinculados al propio funcionamiento de la Unión.

6. Legislación penal como necesaria e indispensable ¿Principio de proporcionalidad?

Anteriormente se ha examinado una de las cuestiones anticipadas por la STJCE de 13 de septiembre de 2005 y en la que ha insistido y profundizado la STJCE de 23 octubre de 2007. En efecto, la diferencia entre una y otra sentencias, de la que ya se ha hecho eco una parte de la doctrina, radica en la utilización de dos palabras diferentes a la hora de designar dos objetivos distintos: mientras en la primera la legislación penal debía considerarse “necesaria” para lograr los objetivos concretos designados, en la segunda aquélla debía ser “indispensable”.

La interpretación del requisito en general está vinculada al principio de subsidiariedad en dos vertientes: es posible el recurso a la sanción penal cuando otro tipo de sanciones no puedan ser aplicadas o sean insuficientes para lograr el objetivo pretendido, por un lado; y cuando la acción comunitaria sea necesaria, en la medida en que las acciones particulares de cada uno de los Estados resultarían inadecuadas, por otro⁶⁸. En todo caso, en la medida en que la “necesidad” o la “indispensabilidad” pueden estar referidas a la gravedad del hecho y, por tanto, en conexión con la naturaleza y medida de la sanción penal, el principio de subsidiariedad comunitaria se ha de vincular con el principio de proporcionalidad, cuyo contenido se menciona en el art. 5 TCE (“ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”)⁶⁹. Esta interrelación entre principio de subsidiariedad y principio de proporcionalidad parece de momento correcta, y se ratifica por la forma en la que se configuran ambos principios en el Tratado de Lisboa. El texto del art. 5 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), en la versión consolidada tras el Tratado de Lisboa, indica que “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”, y que debe ser interpretado de acuerdo con los protocolos relativos al principio de subsidiariedad y de proporcionalidad. El protocolo 2º, precisamente, está dedicado a la solución de los problemas planteados por ambos principios, y el tratamiento de esos problemas es conjunto, lo que confirmaría que el intento de conjugarlos es, como se ha dicho, adecuado.

⁶⁷ FROMM, ZIS, 2007, p. 26 y ss.

⁶⁸ PICOTTI, «Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE», en GRASSO (ed.), *Lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali* (Atti del seminario di Catania, 19-20 giugno 1998), 2000, pp. 374-375.

⁶⁹ PICOTTI, «Diritto penale comunitario e Costituzione europea», en CANESTRARI/FOFFANI (eds.), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, 2005, p. 370; véase también, de acuerdo con esta visión, SIRACUSA, RIDPP, 2008, p. 253.

Cuestión diferente es la de los límites establecidos por la proporcionalidad respecto a la tipificación de las sanciones. Como se ha señalado en la doctrina, la STJCE de 23 de octubre de 2007 incide poco en el problema, que sin embargo había sido examinado con profusión por el Abogado General, que pretendía que la Corte europea definiese con precisión hasta qué punto es posible para la Comunidad definir la sanción penal como respuesta necesaria a la conducta y que pusiese esta respuesta en conexión con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Aunque un sector de la doctrina deriva del texto de la sentencia (concretamente, del apartado 70) la prohibición de prescribir directamente la tipología y la medida de las sanciones penales⁷⁰, la declaración de que no se ha infringido el art. 47 TUE (señalado por la sentencia en el apartado 71) conduce a otro sector a una conclusión contraria, aunque sea sorprendente⁷¹. En todo caso, y sin olvidar que ello implica una serie de dificultades de carácter técnico, esta última solución no es en absoluto irracional: parece imposible atribuir una decisión conforme al principio de proporcionalidad sin una cierta competencia sobre el grado –en naturaleza y medida– de la sanción que se quiere imponer.

Por ese motivo se entiende muy bien el planteamiento de una posible norma *pasarela* que transfiera las materias del art. 29 TUE al primer pilar, de acuerdo con lo que establece el art. 42 TUE, aunque es discutible que resolviese la cuestión o, en el mejor de los casos, que supusiera un medio más o menos adecuado para resolver algunas cuestiones puntuales⁷². Con este planteamiento no se agotan, por supuesto, los problemas que derivan del principio de proporcionalidad, aunque es indudable que algunas de las cuestiones planteadas han de ser objeto de examen preferente, si se pretende que el principio de proporcionalidad se convierta en un verdadero presupuesto constitucional del derecho penal comunitario. Si el TJCE ha de controlar, tal como se deriva del art. 5 TUE (resultante del Tratado de Lisboa), la adecuación al principio de proporcionalidad de los actos normativos dictados por la Unión, resulta inexcusable una redefinición del principio de proporcionalidad desde el punto de vista del derecho penal, como derivado del principio de culpabilidad.

7. Conclusiones

En el tratamiento de las cuestiones precedentes se ha intentado establecer la consideración de los principios constitucionales como puntos de referencia del desarrollo del derecho penal europeo. Aunque no se trata de una prospección completa, sí es posible, sin embargo, fijar las siguientes conclusiones provisionales:

⁷⁰ SIRACUSA, *RIDPP*, 2008, pp. 264-265.

⁷¹ FROMM, *ZIS*, 2008, p. 176.

⁷² La cuestión ha sido señalada en el citado Informe de la Cámara de los Lores británica (HOUSE OF LORDS. *The Criminal Law Competence of the European Community (Report with Evidence)*. Paper 227, 2006, p. 31, apartado 96), aunque con cierto escepticismo, y también por el propio Parlamento Europeo, en la Resolución sobre las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005 (*Comisión c. Consejo*, C-176/03), identificada con el número de procedimiento 2006/2007 (INI).

1. Los fundamentos de un derecho penal europeo se encuentran ya asentados en la interpretación que, del derecho primario de la Unión Europea, ha hecho el TJCE, y que implica una apertura del derecho penal a las materias del primer pilar. En todo caso, si se produce definitivamente la desaparición de los pilares conforme al Tratado de Lisboa, esta jurisprudencia de la Corte constituye un punto de partida de carácter constitucional.

2. No obstante, se trata de un ámbito reducido por razón de la materia, aunque mediante el criterio de la transversalidad se produce ya una ampliación por razón de los objetivos pretendidos por la norma comunitaria, que en principio debería ser una directiva.

a) No resulta posible una consideración separada del genuino derecho penal europeo en sentido estricto con una definición de los denominados bienes jurídicos protegidos, que finalmente se apoya en afirmar que quien es titular del interés debe perseguir y juzgar. La vigencia de las normas puede ser garantizada por leyes penales dictadas por quien no ha sido autor de la norma.

b) Tampoco puede hablarse de un criterio que permita limitar, por ejemplo, la competencia europea sobre legislación penal a materias de competencia exclusiva o a materias señaladas en el derecho primario de la Comunidad. Sin embargo, sí podría existir una mayor exigencia, en términos de subsidiariedad, para la garantía penal de intereses que sólo por su carácter transversal podrían ser protegidos penalmente (indispensabilidad), frente a intereses cuya definición como competencia comunitaria no requiere esta apreciación transversal (necesidad).

3. Desde el punto de vista del principio de legalidad, la exigencia de norma parlamentaria no es sólo la garantía de legitimidad democrática, sino la de una norma superior a otras normas del mismo sistema jurídico; en tanto no exista en la Unión Europea un reconocimiento, aun jurisprudencial, de la superioridad de la clase de disposiciones por las que se dictan leyes con trascendencia penal, el principio de legalidad no resulta garantizado.

4. El principio de legalidad, como mandato de determinación, requiere la fijación con la máxima precisión posible de los elementos del comportamiento que se quiere sancionar. Una precisión de esta clase no es exigible a la directiva, por su propia naturaleza; pero tampoco es deseable, en la medida en que sólo la ley del Estado miembro puede valorar correctamente los condicionamientos metodológicos concretos que permitirían la aplicación del tipo de la ley penal a los comportamientos. La única solución posible pasa por una distinción entre tipo de comportamiento (reservado a la disposición comunitaria) y tipo de la ley penal (reservado a la ley del Estado miembro).

5. La legitimación material que proporciona el principio de legalidad permitiría la tipificación de delitos de peligro abstracto en aquellos casos en los que es posible una estandarización de comportamientos que garantice la confianza en la vigencia de las normas en un ámbito social concreto; la Comunidad puede establecer la obligación de tipificar tipos de peligro abstracto sólo en los supuestos en los que, por razón de su competencia exclusiva, concurrente o implícita, depende de ella la regulación de ese ámbito social en la esfera en la que se tipifica el peligro abstracto.

6. Una visión coordinada del principio de subsidiariedad y del principio de proporcionalidad en el derecho europeo es ineludible, y debe extenderse también al ámbito de las sanciones. La posibilidad, que es obvia en el texto del art. 5 TUE resultante del Tratado de Lisboa, de que la adecuación a estos principios sea controlada por la Corte implica, en todo caso, su carácter constitucional y presupone forzosamente la redefinición del principio de proporcionalidad desde el punto de vista del derecho penal, como derivado del principio de culpabilidad, independientemente de cuál sea el contenido que quiera darse a éste.

8. Jurisprudencia citada

STJCE de 23 de octubre de 2007, *Comisión c. Consejo*, C-440/05.

STJCE de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, C-176/03.

STJCE de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03.

STJCE de 16 de junio de 1998, *Lemmens*, C-226/97.

STJCE de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, C-203/80.

STJCE de 14 de julio de 1976, *Kramer*, C-3, 4 y 6/76.

9. Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid (Civitas) 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Die strafrechtlichen Strategien der EU», en SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege / A Programme for European Criminal Justice*, Colonia-Berlín-Munich (Carl Heymanns Verlag) 2006, pp. 81-92.

BAST, Jürgen, «Legal Instruments», en VON BOGDANDY, Armin/BAST, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Portland, Oregon (Hart Publishing) 2006, pp. 373-418.

BELLIDO BARRIONUEVO, María, *La directiva comunitaria*, Madrid (Dykinson) 2003.

BERNARDI, Alessandro, «Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati», *RIDPC* (6), 2007, pp. 1157-1196.

BLANCO CORDERO, Isidoro, «El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *RECPC* (06-05), 2004, pp. 1-26, (<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>; última visita: 17 de octubre de 2008).

BROCKHAUS, Matthias, «Die Europäisierung des Versuchs und Rücktritts im Wirtschaftsstrafrecht. Eine Untersuchung zu Art. 11bis Corpus Juris 2000», *ZIS*, 2006, pp. 481-487, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_10_78.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Madrid (Aranzadi) 2002.

ESTRADA CUADRAS, Albert, «Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005», *InDret* (2/2006), 2006, pp. 1-18, (http://www.indret.com/pdf/341_es.pdf; última visita: 15 de octubre de 2008).

FROMM, Ingo, «Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch das EU-Übereinkommen vom 26. Juli 1995. Eine kritische Zwischenbilanz, Einordnung in die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und Ausblicke in die Zukunft», *HRRS* (2), 2008, pp. 88-94, (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/08-02/hrrs-2-08.pdf>; última visita: 17 de octubre de 2008).

FROMM, Ingo, «Die Frage der Einführung einer partiellen strafrechtlichen Anweisungskompetenz des Rates der EG zum Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklausel in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EG-Vertrag», *ZIS*, 2007, pp. 26-37, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_1_104.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

FROMM, Ingo, «EuGH, Urt. v. 23.10.2007-C-440/05 Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe ist nichtig», *ZIS*, 2008, pp. 168-177, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_3_224.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La unificación del Derecho Penal europeo», *Saberes* (1), 2003, pp. 1-30, (http://www.uax.es/publicaciones/archivos/SABDER03_014.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución? Un diálogo con el profesor Silva Sánchez», en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTÍN, Adán/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha) 2007, pp. 87-106.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, «La sentencia “Comisión/Consejo” de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales», *GJ* (239), 2005, pp. 47-57.

HATTENHAUER, Hans, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3ª ed., Heidelberg (C. F. Müller) 1999.

HEFENDEHL, Roland, «Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter», *ZIS*, 2006, pp. 229-236, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_6_36.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, *El reparto de competencia entre la Unión Europea y sus estados miembros*, Valencia (Tirant Lo Blanch) 2006.

HOUSE OF LORDS, *The Criminal Law Competence of the European Community (Report with Evidence)*. Paper 227, 2006, (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldeucom/227/227.pdf>; última visita: 15 de octubre de 2008).

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín (de Gruyter) 1983.

KAIAFA-GBANDI, Maria, «Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite», *ZIS*, 2006, pp. 521-536, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_11_86.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

LORENZMAIER, Stefan, «Der Rahmenbeschluss als Handlungsform der Europäischen Union und Seine Rechtswirkungen», *ZIS*, 2006, pp. 576-582, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_12_96.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

MANGAS MARTÍN, Araceli/LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones de derecho comunitario*, 5ª ed., Madrid (Tecnos) 2005.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid (Trivium) 1990.

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005 (Comisión c. Consejo, C-176/03)*, número de procedimiento 2006/2007 (INI), (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2006-0260+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>; última visita: 20 de octubre de 2008).

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos», *InDret* (4/2006), 2006, pp. 1-17, (http://www.indret.com/pdf/379_es.pdf; última visita: 16 de octubre de 2008).

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Introducción al Derecho penal económico», en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid (Marcial Pons) 2005, pp. 19-39.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Las calumnias y el “temerario desprecio hacia la verdad”», *CPC* (67), 1999, pp. 83-110.

PICOTTI, Lorenzo, «Diritto penale comunitario e Costituzione europea», en CANESTRARI, Stefano/FOFFANI, Luigi (eds.), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milán (Giuffrè) 2005, pp. 325-376.

PICOTTI, Lorenzo, «Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del *Corpus Juris*. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE», en GRASSO, Giovanni (ed.), *Lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione: l'esempio dei fondi strutturali (Atti del seminario di Catania, 19-20 giugno 1998)*, Milán (Giuffrè) 2000, pp. 357-384.

POHL, Tobias, «Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht», *ZIS*, 2006, pp. 213-220, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_5_32.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

ROSENAU, Henning, «Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?», *ZIS*, 2008, pp. 9-19, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_1_200.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

SATZGER, Helmut, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Colonia-Berlín-Munich (Carl Heymanns Verlag) 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat?», *ZIS*, 2007, pp. 528-534, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_14_190.pdf; última visita: 17 de octubre de 2008).

SCHÜNEMANN, Bernd, «Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes», *StV* (23), 2003, pp. 531-533.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?», en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTÍN, Adán/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha) 2007, pp. 69-86.

SIRACUSA, Licia, «Verso la comunicazione della potestà normativa penale: un nuovo 'tassello' della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *RIDPP* (1), 2008, pp. 241-275.

TIEDEMANN, Klaus, «Gegenwart und Zukunft des Europäischen Strafrechts», *ZStW-116* (4), 2004, pp. 945-958.

TIEDEMANN, Klaus, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht», *NJW* (1), 1993, pp. 23-31.

VAN RAEPENBUSCH, Sean, «La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne», *CDE* (5-6), 2007, pp. 573-622.

VERVAELE, John A. E., «European Criminal Law and General Principles of Union Law», *RPL* (5), 2005, pp. 1-37, (<http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=lawpapers>; última visita: 17 de octubre de 2008).

VOGEL, Joachim, «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts», *JZ*, 1995, pp. 331-341.

WEYEMBERGH, Anne, «III. Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales. Introduction», *RIDP-77* (1-2), 2006, pp. 185-192.