

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

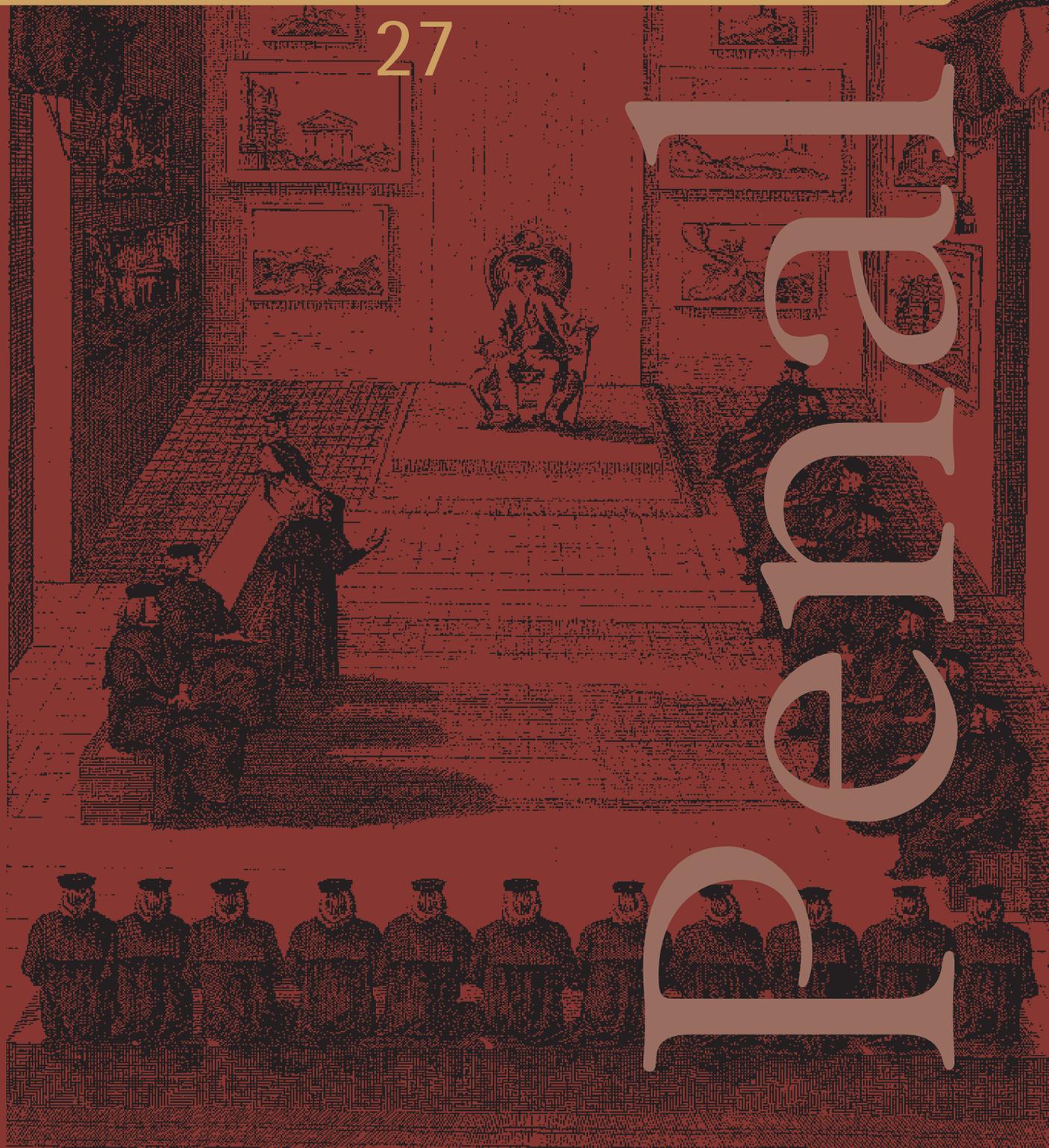
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea



La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas (*)

Alessandro Bernardi

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Ferrara

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

RESUMEN: Las Constituciones de los Estados de derecho modernos legitiman y limitan, al mismo tiempo, el derecho penal. Pero también el derecho penal de origen europeo debe respetar los principios constitucionales: tanto los principios previstos por las Constituciones nacionales como, y en primer lugar, aquellos emergentes en el ámbito del actual proceso de constitucionalización de la Unión Europea. El principio de subsidiariedad en el ejercicio de las competencias UE y el principio de legalidad, como han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte de justicia y la doctrina del nascente constitucionalismo europeo, constituyen «lugares privilegiados» para reflexionar sobre la construcción de un derecho penal europeo de impronta garantista.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo. Constitución material europea. Constitucionalización del derecho penal. Principio de subsidiariedad. Principio de legalidad penal UE.

ABSTRACT: Nei moderni Stati di diritto le Costituzioni, al contempo, legittimano e limitano il diritto penale. Anche il diritto penale di derivazione europea deve confrontarsi coi principi costituzionali: sia con quelli previsti dalla Costituzioni nazionali sia, prima ancora, con quelli emergenti nell'ambito dell'attuale processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Il principio di sussidiarietà nell'esercizio delle competenze UE e il principio di legalità, così come sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla dottrina del nascente costituzionalismo europeo, costituiscono «luoghi privilegiati» per riflettere sulla costruzione di un diritto penale europeo d'impronta garantista.

PAROLE CHIAVE: Diritto penale europeo. Costituzione materiale europea. Costituzione del diritto penale. Principio di sussidiarietà UE. Principio di legalità penale UE.

ABSTRACT: The Constitutions of modern Rule-of-Law States (Rechtsstaaten) at the same time legitimize and limit criminal law. Also national criminal laws implementing EU acts must respect the constitutional rules: both the rules stated under national Constitutions and, foremost, the rules stemming from the present process of constitutionalization of the EU. The principle of subsidiarity of the exercise of EU competences and the principle of legality, in the way they are implemented by the European Court of Justice and by the literature related to the emerging European constitutionalism, represent a symbolic arena for a scrutiny over the construction of a European criminal law respectful of the rule-of-law.

KEY WORDS: Constitutionalization of criminal law. European criminal law. European Constitution. European principle of subsidiarity. European principle of legality.

(*) Conferencia desarrollada el 8 de octubre de 2010 en el ámbito del Seminario hispano-italiano de Derecho penal sobre *La aproximación constitucional al Derecho penal del siglo XXI: comparación entre las experiencias italiana y española*. (Universidad de Módena y Reggio Emilia, 8 y 9 de octubre de 2010).

Traducción realizada por Víctor Manuel Macías Caro (Universidad de Módena y Reggio Emilia / Universidad Humboldt de Berlín), Mariela Mazzon y Roberto Manuel Carlés (Universidad de Ferrara).

CONTENIDO: SECCIÓN I. Oportunidad de una «aproximación constitucional europea» a las fuentes penales de origen supranacional. 1. La moderna tendencia a una legitimación constitucional del Derecho penal y el problema de una «aproximación constitucional» a las fuentes penales europeas. 2. La tradicional aproximación constitucional de carácter autárquico a las fuentes penales de la Unión europea. 3. Crítica a la concepción estatocéntrica que sostiene tal aproximación tradicional. 4. El Derecho penal de la Unión europea en una perspectiva constitucional europea: consideraciones preliminares. 5. El proceso de constitucionalización de la construcción europea. Una extrema síntesis. 5.1. La llegada de los Tratados, su presunta carácter «constitucional» y los relativos principios evocativos de derechos fundamentales. 5.2. La tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia. 5.3. La proclamación de una Carta europea de los derechos fundamentales carente de validez formal. 5.4. La atribución de una plena jurisdicción a la Carta europea y la adhesión de la Unión a la CEDH. 6. Racionalidad de una aproximación constitucional de tipo supranacional al Derecho penal europeo. 7. Las fuentes penales europeas en el marco de los principios y derechos fundamentales previstos por la Unión y por cada país miembro. Un breve resumen. SECCIÓN II. El Derecho penal europeo en el marco de los principios y derechos fundamentales de la Unión. 8. Subsidiariedad y legalidad. Dos principios/derechos constitucionales europeos ricos de efectos en el ámbito penal. 9. Normas penales de origen europeo y principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión. Premisa. 9.1. Los efectos en materia penal del principio de subsidiariedad: entre carencia de justiciabilidad e instancias de centralización de las opciones político-criminales. 9.2. Las razones que subyacen a un riguroso cumplimiento del principio de subsidiariedad en ámbito penal. 10. El principio de legalidad y sus dos perfiles principales. 10.1. El perfil «ahistórico-universal» de la legalidad penal de la Unión. El problema de la «calidad» de las fuentes penales europeas. 10.3. Los corolarios cualitativos de la legalidad y las fuentes penales europeas antes y después de Lisboa. 10.4. Taxatividad de las normas y razonabilidad de la interpretación en el Derecho penal europeo. 11. Consideraciones conclusivas.

SECCIÓN I. Oportunidad de una «aproximación constitucional europea» a las fuentes penales de origen supranacional.

1. La moderna tendencia a una legitimación constitucional del Derecho penal y el problema de una «aproximación constitucional» a las fuentes penales europeas

Un poco por todas partes, en Europa el Derecho penal ha estado sujeto a un creciente proceso de constitucionalización. Las modernas constituciones a veces precisan (en especial en los estados federales) los ámbitos de la intervención penal; pero sobre todo vinculan a los legisladores nacionales en sus opciones político-criminales a través de formas de control constitucional difusas y/o concentradas, preventivas y/o sucesivas, abstractas y/o concretas, de iniciativa parlamentaria y/o individual y/o jurisdiccional. En Austria, primer estado europeo en adoptar el control de legitimidad constitucional de las leyes, el «legislador negativo» ideado por Hans Kelsen incide significativamente sobre las fuentes penales; en Francia, el control de constitucionalidad, tras una reciente mayor articulación, se vincula con numerosos principios, contenidos sobre todo en el preámbulo de la Constitución y en la Declaración de los derechos del hombre de 1789; en Alemania, las leyes penales están sometidas al tamiz de los principios de legalidad en sus diversos corolarios, de culpabilidad, de humanidad y carácter reeducador de las penas; en España, el control del Tribunal Constitucional está organizado en dos niveles (recurso de inconstitucionalidad y recurso de amparo), con significativos efectos tanto sobre la legislación penal como, aun más, sobre las concretas violaciones de

los derechos fundamentales. Además, como confirmación de la estrechísima relación existente entre Estado democrático y justicia constitucional, tras la caída de los regímenes comunistas, el control de constitucionalidad se ha afirmado en la mayoría de los países de la Europa oriental, con un fuerte impacto sobre los sistemas penales.

Pero es sobre todo en Italia donde el sistema de las garantías constitucionales en materia penal ha tenido su máximo desarrollo, condicionando profundamente el relativo derecho sustancial y procesal. El sistema italiano no se ha limitado a sancionar por vía constitucional los vicios de legalidad de las normas penales y los excesos represivos o las irracionalidades del legislador; la Constitución italiana impregna todo el Derecho penal a través de una miríada de principios y corolarios dotados de variados niveles de justiciabilidad, en algunos casos explícitamente previstos por la Carta fundamental, en otros casos fruto de la actividad reconstitutivo-argumentativa de la Doctrina, pero en cualquier caso destinados a influir significativamente sobre la interpretación de las normas penales. Se ha dado así vida a un verdadero «modelo constitucional» que concierne no solo al proceso penal, sino también, por lo que a nosotros interesa, el injusto penal. En Italia, por lo menos a partir de la década de los setenta del siglo pasado, se ha afirmado una verdadera «lectura constitucional del Derecho criminal», es decir, una «aproximación constitucional al Derecho penal» que legitima a este último impregnando la Teoría general del delito. De acuerdo con dicho enfoque, en particular, los derechos y más en general los bienes jurídicos de rango constitucional asumen, además de la función de *límite a la intervención penal*, la de *objeto de la tutela penal*.

Ahora bien, dicho esto, ¿existen actualmente los presupuestos para una aproximación constitucional al Derecho penal producida por las fuentes supranacionales europeas? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿cómo debe entenderse una aproximación de ese tipo? Son las preguntas que creo que me han sido hechas por los organizadores del congreso al encargarme la presente ponencia.

2. La tradicional aproximación constitucional de carácter autárquico a las fuentes penales de la Unión europea

En extrama síntesis, sostengo que la aproximación constitucional a las fuentes penales producidas por instituciones supranacionales europeas (y por lo tanto, en definitiva, por la Unión europea, teniendo en cuenta la naturaleza no *supranacional* sino *internacional* de otra organización europea productora de fuentes penales como es el Consejo de Europa) puede ser de dos tipos. El primer tipo se coloca en la esfera de la tradicional lectura constitucional del Derecho penal, y tiene por lo tanto un carácter puramente nacional; el segundo tipo presenta, por el contrario, perfiles sin duda más innovadores, en tanto que está orientado a pasar las fuentes penales europeas por el tamiz de un constitucionalismo supranacional.

Allí donde se adhiera a la aproximación del primer tipo, el Derecho penal originado por las fuentes e instituciones de la Unión europea se examinará, en cada Estado miembro, a la luz de los principios, derechos y libertades fundamentales contenidos en las relativas constitucionales nacionales (y por lo tanto —en lo que concierne a Italia— a la luz de los principios, derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución republicana de 1948 y en las otras fuentes nacionales equivalentes a la misma), con independencia de los enlaces previstos por éstas para permitir la recepción a nivel constitucional del Derecho de la Unión. Se tratará, naturalmente, de un examen solo de vez en cuando confiado a los jueces de las leyes. Mucho más frecuentemente se tratará de un examen de carácter hermenéutico *latu sensu* operado de modo casi automático por los jueces internos para interpretar las normas penales europeas conforme a los clásicos principios contenidos en la Constitución nacional; o bien de un examen demandado a la Doctrina, con intención de identificar momentos de tensión entre las normas penales europeas y las constituciones nacionales, momentos de tensión no necesariamente justiciables, pero en cualquier caso apreciables en una perspectiva crítica potencialmente rica de consecuencias sobre el plano tanto científico como político.

Debo reconocer que esta primera y más tradicional aproximación constitucional al Derecho penal europeo —aunque en ciertos aspectos respetuosa con los actuales equilibrios europeos e incluso fecundo— me genera dudas

en otros aspectos, y en cualquier caso me parece, por sí sola, totalmente insuficiente. De hecho, en mi opinión, juzgar fuentes y mecanismos supranacionales con la mirada dirigida a las particularidades del propio sistema jurídico nacional, aunque fuese solo a las de rango constitucional, favorece puntos de vista demasiado influenciados por la realidad local en la que se está sumergido desde siempre; implica pretensiones de adaptación de lo general (el sistema supranacional) a lo particular (el sistema nacional) en ciertos aspectos comprensibles pero nunca realizables completamente; incluso facilita el resurgimiento de una concepción de la soberanía nacional como entidad indivisible desmentida precisamente por la existencia de «fuentes e institucionales supranacionales» que producen Derecho; en consecuencia, sugiere valorar la legitimidad del Derecho penal de matriz supranacional utilizando como parámetro las constituciones nacionales mucho más allá de lo que no suceda en el ámbito de la llamada «teoría de los contralímites» (*teoria dei controlimiti*), a través de la cual, como se sabe, el espacio en el que el Estado continúa siendo plenamente soberano resulta circunscripto por sus principios supremos y derechos fundamentales en su núcleo esencial.

Cierto, no ignoro que (en línea con una reciente tendencia a repensar la teoría de los contralímites —por lo demás ya de por sí extraordinariamente problemática—) no faltan autorizadas tomas de posición que parecerían avalar, aunque sea indirectamente, la opción no sólo de reforzar y dilatar hasta el extremo, sino incluso de superar en una óptica más marcadamente chovinista, esa forma de «patriotismo constitucional» constituida precisamente con la teoría de los contralímites; el todo, en la más general perspectiva de proteger con cualquier medio las identidades constitucionales nacionales de los riesgos representados para éstas por la constitucionalización de la Unión europea. Pienso, en particular, en la conocidísima sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 30 de junio de 2009, que a juicio de muchos enfatiza la obligación de respetar la identidad constitucional de Alemania al atribuir a las normas de la Carta suprema «una inédita centralidad (...) no sujeta a la erosión del sistema europeo.»¹ Parece bastante claro que los argumentos del *Bundesverfassungsgericht* implican límites bien diversos de los establecidos por algunos Tribunales constitucionales (el italiano, en primer lugar) con referencia a la primacía del Derecho europeo. Como se ha afirmado puntualmente, «para el *Bundesverfassungsgericht* la Constitución alemana no pone particulares barreras o «contralímites» al Derecho europeo, sino que su particular identidad da forma a la «constitución europea». Es la Constitución nacional la que por lo tanto condiciona la Constitución europea y no viceversa. De este modo, se aleja totalmente de la teoría de los contralímites.»²

1 M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazione_Seminario-BVG_21_09_09.pdf, p. 2.

2 Idem.

De acuerdo con la concepción estatocéntrica hecha propia por el Tribunal Constitucional alemán (y compartida por la parte más tradicional y autárquica de la Doctrina constitucionalista y penalista europea), en el ámbito de la Unión los estados miembros mantienen una soberanía plena, de forma tal que la Unión misma terminaría por no ser más que una organización internacional de Estados soberanos. En consecuencia, también cuando se reconociese la subsistencia de una «identidad constitucional europea», ésta se colocaría en un cuadro de conjunto compuesto por «una serie de sistemas concéntricos, cuyo «corazón» está representado por las constituciones nacionales,»³ por las constituciones de esos Estados que son y estarían destinados a permanecer por siempre, «los señores de los Tratados».

Tomando esta posición, en definitiva, el propio título de esta ponencia sería desorientador en cuanto se refiere a «fuentes e institucionales supranacionales» en lugar de «internacionales». Más allá de esta presunta inexactitud, en lo que respecta específicamente a la «aproximación constitucional al Derecho penal», estaría claro que, en cualquier caso, se refiere a la Constitución nacional en tanto que *Grundnorm*, única Ley fundamental. A este punto, la Constitución europea, si se admitiese su existencia, resultaría tan impregnada de elementos de intergubernabilidad que ello desnaturalizaría irremediablemente los tradicionales perfiles de las cartas fundamentales.

3. Crítica a la concepción estatocéntrica que sostiene tal aproximación tradicional

Sin embargo, no debe ignorarse que una autorizada parte de la Doctrina atribuye a la citada sentencia del *Bundesverfassungsgericht* contenidos menos disruptivos respecto a la estructura de la Unión y al devenir del proceso de construcción europea, totalmente inidóneos a hacer de Alemania un «país constitucionalmente «enemigo» (*feindlich*) de Europa.»⁴ Y en cualquier caso, a parte de esto, no parece para nada pacífico que el actual punto de vista del Alto tribunal alemán (totalmente antagónico al del Tribunal de Justicia) deba compartirse. En otros términos, no parece para nada pacífico que un grupo de magistrados, por muy autorizados que sean, pueda marcar el fin de un recorrido que ha durado casi sesenta años y que se ha realizado con el impulso de todos los órganos legislativos y jurisdiccionales de la Unión, hasta ahora aceptado por los países miembros y explícitamente avalado por muchos tribunales constitucionales (entre ellos, el italiano).

La sentencia en cuestión, por otra parte, ha sido criticada tanto por eminentes juristas alemanes como, en general, de toda Europa; críticas llegadas por parte no sólo de nostálgicos federalistas, sino también por aquellos que por las más diversas razones (entre las que no tienen poca importancia las relacionadas con la progresión de un efectivo «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia») son favorables a un ulterior desarrollo de la integración europea, de una integración europea que desde hace ya tiempo se ha extendido también al sector penal. Se trata de críticas demasiado numerosas y articuladas para poder ser discutidas o si quiera mencionadas en esta sede. Basta recordar aquí que la integración europea ha sido siempre considerada un proceso a etapas sin una meta última preestablecida, una sucesión de fases caracterizadas por el progresivo incremento de las competencias de la Unión y por un igualmente progresivo reforzamiento de la estructura de esta última. Como se ha observado desde otras partes, los propios Tratados europeos afirman expresamente el carácter progresivo de la construcción europea. Basta pensar al segundo apartado del Art. 1 TUE, según el cual «el presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.» Además de todo, es conocido que este «proceso creativo» ha sido considerado desde hace mucho tiempo en una perspectiva constitucional, y sobre todo ha asumido características de indiscutible matriz constitucional. Incluso, según algunos, el proceso de constitucionalización de Europa debe considerarse como un elemento originariamente constitutivo del ordenamiento comunitario.

Por lo tanto, incluso tras la caída del Tratado constitucional europeo de 2004, parece sin duda legítimo hablar, al unísono con lo sostenido desde hace tiempo por Häberle, de una «Constitución europea».⁵ Constitución que, «por las particulares características del ordenamiento de la UE ha sido definida [y estamos de acuerdo] —precisamente por los estudiosos alemanes— como una *Wandel-Verfassung*, una Constitución en transformación;» una Constitución influida, sí, por las constituciones nacionales, pero en medida ciertamente no menor apta también para condicionar estas últimas, y en cualquier caso no subordinada a ellas, ni siquiera en términos generales. Más en general, ya desde hace tiempo un gran número de juristas también (pero no solo) alemanes están de acuerdo en afirmar que la UE disfruta de un «original poder público» cuyos componentes «constitucionales» son valorables.

3 P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, cit., p. 7.

4 G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente «Lissabon Urteil»*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, cit., p. 7.

5 P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, cit., p. 15; P. BADURA, *Costituzione e diritto costituzionale in Europa, in profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, coord. por E. Castorina, Torino, 2007, p. 7 ss.; G. DE VERGOTTINI, *voce Costituzione europea*, en *Enc. dir.*, 1, 2007, p. 445 ss.

4. El Derecho penal de la Unión en una perspectiva constitucional europea: consideraciones preliminares

Por todo lo visto hasta aquí, parece por lo menos plausible un diverso tipo de aproximación constitucional a las fuentes penales europeas, orientado a pasar por el tamiz de la legitimidad de estas últimas desde la perspectiva de un constitucionalismo supranacional; una aproximación de este tipo me parece incluso —por las razones que explicaré— más interesante, fundada y fructífera que la tradicional. Esta requiere, sin embargo, una serie de *consideraciones preliminares*, necesarias para permitir al penalista de formación clásica la aceptación de algo que hasta la mitad del siglo pasado —es decir, hasta la «edad del Estado-nación, de los sistemas de Derecho nacional y de las culturas jurídicas nacionales»⁶— parecía totalmente inimaginable: la escisión de la idea de Constitución de la idea de Estado. Se trata de hecho de un cambio de perspectiva que pone en dificultad la (escasa) flexibilidad cultural de los penalistas, dado que la rama del Derecho de su competencia es la más marcadamente autárquica-estatal, que desde siempre expresa las tradiciones nacionales y por lo tanto poco abierto a las influencias «externas» y a los rápidos cambios de contenido y de estructura del sistema jurídico en su conjunto.

Primera consideración: todo proceso de supranacionalización de ese complejo de «garantías, límites, frenos y equilibrios»⁷ que expresa el constitucionalismo debe llegar sobre la base de presupuestos precisos que sean aptos para legitimarlo. Primero que todo, es necesario que la nueva y más amplia área geográfica interesada por un proceso de constitucionalización supranacional esté desde el principio formada por Estados caracterizados por un patrimonio de garantías al menos tendencialmente común. Ahora, bajo este perfil, así como falta completamente un patrimonio de este tipo común a los países miembros de la ONU, tanto que actualmente no parece ni siquiera hipotizable un proceso de constitucionalización de tan amplio alcance, ciertamente no se puede decir lo mismo respecto a los países que forman parte de la Unión europea. Estos países, de hecho, no solo gozan todos de ordenamientos de tipo liberal-democrático, sino que han visto subordinado su ingreso en la Unión al cumplimiento de ciertos requisitos que manifiestan un nivel tendencialmente equivalente de cultura jurídica.

Segunda consideración preliminar: en una perspectiva supranacional la entidad geográfica objeto del proceso de constitucionalización no parecería que deba poseer algunas peculiaridades que frecuentemente se consideran indispensables en un proceso de este tipo, pero que carecen de valor absoluto e incluso de fundamento. En particular, se debe hacer desaparecer la idea de que el ente sometido a

dicho proceso debe disfrutar de una *soberanía plena* y originaria. Por un lado, como es bien conocido, el concepto de soberanía plena e indivisa puede decirse a estas alturas superado también respecto a los propios Estados-naciones; por otro lado, la concepción según la cual la Constitución da origen al Estado parece revelarse inexacta cuando se compara con el hecho de que las Cartas fundamentales han sido a menudo creadas respecto a Estados ya formados, legitimándolos o si se prefiere refundándolos sobre la base de nuevos presupuestos institucionales. Así, el proceso de constitucionalización de la Unión europea —no por casualidad realizado a través de la adopción de la que hemos recordado que es una «constitución en transformación»— mira precisamente a legitimar progresivamente esta organización internacional a medida que se le confíen nuevas competencias, cada vez más delicadas, entre las cuales la materia penal.

Tercera consideración preliminar, estrechamente relacionada con la segunda: para poder mirar en una «perspectiva constitucional europea» al «Derecho penal de la Unión» sin ser acusados de excesiva utopía, hay que manifestar ser conscientes de que el Derecho constitucional europeo es todavía una disciplina embrionaria, y además con un difícil camino ante sí.

Cuarta y última consideración preliminar: reconocer la existencia de un proceso de constitucionalización en el ámbito europeo no equivale a anunciar el fin de las constituciones nacionales sino, como mucho, implica llamar la atención sobre la necesidad de que estas adquieran una estructura diversa, en verdad ya ampliamente realizada en la mayoría de los casos. La llegada de dicho proceso, de hecho, requiere que las constituciones nacionales dejen de ser sistemas cerrados y autosuficientes, para abrirse paulatinamente a los aportes de «materiales constitucionales» externos a éstas, especialmente en materia de derechos fundamentales; todo ello en plena simetría con lo que se puede encontrar en la «Constitución europea», dado que a la edificación de esta última contribuyen —como veremos enseguida— «materiales constitucionales» de origen frecuentemente nacional (además de internacional). Todo ello implica la superación del dogma del monopolio estatal de los derechos, propio del constitucionalismo clásico, y la progresiva afirmación de un sistema multinivel de tutela de una especie de «ordenamiento interconstitucional», en el ámbito del cual se realiza un continuo intercambio apto para perfeccionar el desarrollo de los principios generales y de los derechos fundamentales en el signo de un *maximum standard* de tutela.⁸ *Maximum standard* que, si no ha sido ya alcanzado de forma adecuada en el interior de la Constitución (es decir, esa *Wandel-Verfassung* europea movida a transformar una comunidad económica en una *Grundrechtsgemeinschaft*), se podrá alcanzar —en últi-

6 SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, en *Rev. hist. dr. franç. étr.*, 1992, p. 39.

7 P.G. GRASSO, *Il costituzionalismo oltre lo Stato e la teoria generale del diritto pubblico*, en *Europa e Costituzione*, coord. por P. G. Grasso, Napoli, SEI, 2005, p. 47 ss., p. 49.

8 Cfr., A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, cit., p. 16.

ma y sufrida instancia— recurriendo al mecanismo de los «contralímites».

5. El proceso de constitucionalización de la construcción europea. Una extrema síntesis

Antes de examinar la efectiva incidencia de una aproximación constitucional de tipo supranacional a las fuentes penales europeas, vale la pena hacer un breve resumen, sobre como ha ido evolucionando el proceso de constitucionalización de la Unión europea, especialmente en referencia al reconocimiento y la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales. Al respecto es posible delinear un sintético esquema basado en cuatro fases distintas que tienen, respectivamente, como objeto: el nacimiento de organizaciones internacionales reguladas por tratados asimilables en ciertos aspectos a las constituciones; el progresivo surgimiento de un sistema de tutela de los derechos fundamentales por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; la codificación de los derechos fundamentales de la Unión a través de la proclamación de una apropiada Carta europea; la atribución a dicha Carta del mismo valor jurídico que los Tratados y la adhesión de la Unión a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

5.1. La llegada de los Tratados, su presunto carácter «constitucional» y los relativos principios evocativos de derechos fundamentales

La primera fase del proceso constitucional europeo es aquella en la que, con la proclamación en los años cincuenta del siglo pasado de los Tratados europeos (CECA, Euratom y sobre todo CEE), ha surgido —aunque sea en modo meramente embrionario— un «sistema constitucional», capaz de expresarse «materialmente a través de órganos con competencias asimilables al ejercicio de poderes tradicionalmente considerados soberanos.»⁹ Obviamente, es imposible pararse en esta sede sobre la cuestión relativa al muy discutido «carácter constitucional» de los Tratados; carácter este, por otra parte, varias veces subrayado con énfasis por el Tribunal de Justicia, por lo menos respecto al Tratado de la CEE. A nuestros fines merece la pena recordar sobre todo que este último Tratado, aun careciendo de un catálogo de principios generales en materia de derechos fundamentales, preveía desde el primer momento algunos principios en cierto modo asimilables a estos, además de principios de otro tipo, pero de todos modos (en lo que aquí interesa) capaces en abstracto de tener significativos efectos en ámbito penal: baste pensar en el principio de no discriminación, previsto *ab origine* en el Art. 7 TCEE y en el principio de paridad de tratamiento entre hombres y mujeres, previsto *ab origine* en el Art. 119 TCEE. A dichos

«principios de derecho escrito», justiciables en ámbito supranacional, se han unido otros mediante los Tratados sucesivos: baste pensar en el principio de subsidiariedad, introducido con el Tratado de Maastricht de 1992 en el art. 3-B (luego 5) del Tratado CEE, sobre el que se volverá durante el análisis que sigue.

5.2. La tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia

La segunda fase del proceso de constitucionalización de la construcción europea ha tenido lugar entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, cuando el Tribunal de Justicia —sobre la base de algunos artículos del Tratado CEE que parecían autorizar el recurso a principios generales del Derecho no escritos para colmar las lagunas del Derecho comunitario escrito— decidió utilizar dichos principios con el fin de tutelar los derechos fundamentales y así reconocer en vía definitiva la primacía de este último sobre el Derecho interno. Por lo tanto, a fin de que los países miembros pudiesen sentirse a salvo del riesgo de la promulgación por parte de los órganos comunitarios de textos normativos en contradicción con dichos derechos, no sólo legítimos a nivel comunitario sino también caracterizados por una posición de primacía sobre el Derecho interno (y como tales no sometibles al control de ningún tipo de juez interno), a partir de la sentencia Stauder¹⁰ el Tribunal de Justicia ha afirmado que «los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia garantiza el Tribunal.» Sin embargo, para tranquilizar verdaderamente a los países miembros, no bastaba realizar la afirmación apenas mencionada; era necesario, además, hacer entender que el nivel de tutela de los derechos fundamentales asegurado por el Tribunal de Justicia era tal que evitaría la vigencia en el ordenamiento comunitario de textos normativos en conflicto con el nivel de desarrollo alcanzado por estos derechos en los sistemas constitucionales de los citados países. A tal fin, el propio Tribunal de Justicia precisó que en el interior del catálogo de principios en materia de derechos fundamentales implícitamente recibidos y tutelados por el Derecho comunitario (hoy en día, Derecho de la UE) debían considerarse contenidos tanto los derechos fundamentales previsto por las Cartas internacionales a las que se hubiesen adherido los países miembros de la Unión, como los que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes de dichos países, identificados por el propio Tribunal a través de investigaciones de tipo comparativo.

Debe observarse, por otra parte, que son múltiples y muy heterogéneos los criterios teóricamente utilizables para identificar por vía comparativa los derechos fundamentales comunes, con la consecuencia de que, según el criterio

9 S. GAMBINO, *Prospettive e limiti del processo di costituzionalizzazione europeo*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200510/gambino.html>

10 12 novembre 1969, causa 29/1969, *Stauder*.

utilizado, será diverso el catálogo de dichos derechos y el grado de desarrollo de cada uno de ellos. Ciertamente, en sede de identificación de las «tradiciones constitucionales comunes», se debe sin duda descartar el criterio del *minimum standard* (pese a estar avalado por quienes sostienen que el Tribunal de Justicia debe limitarse a garantizar el mínimo común denominador de tutela de los principios y derechos fundamentales identificables en las constituciones nacionales); de hecho, dicho criterio es absolutamente inidóneo para dar seguridad a los estados miembros sobre el respeto del habitual nivel de desarrollo de los citados principios y derechos por parte de las fuentes de la UE, y por lo tanto, es inidóneo para favorecer el reconocimiento de la primacía de dichas fuentes sobre las internas. Igual de cierto es que el mejor criterio comparativo, abstractamente, es el llamado de *maximum standard*, sobre la base del cual a cada uno de los principios generales y derechos fundamentales se les asegura, en el interior de las fuentes de la UE, el más alto nivel de desarrollo y protección que se les haya reconocido comparando los sistemas constitucionales de cada uno de los países miembros. Dicho criterio —a pesar de que es sin duda el más correcto en el plano teórico y el más eficaz en el plano político— es, sin embargo, de difícil aplicación práctica, en primer lugar, por la dificultad de conciliar en el ámbito de la UE el más alto nivel de tutela de cada uno de los principios generales a veces en conflicto entre ellos y de derechos fundamentales (individuales y colectivos, civiles y políticos, económicos y sociales) a veces en relación de recíproca tensión. En la práctica, por lo tanto, los criterios comparativos más utilizados son esencialmente dos: el del *ordenamiento prevalente*, a partir del cual dichos principios y derechos serían reconocidos a nivel comunitario sobre la base y dentro de los límites de la «tendencia prevalente en los estados miembros»; el de la *better law*, sobre la base del cual a partir de los múltiples desarrollos seguidos en cada sistema constitucional por los principios generales y los derechos fundamentales, los resultados obtenidos mediante el criterio del *orientamiento prevalente* pueden someterse a correctivos, teniendo en cuenta las peculiares exigencias del ordenamiento de la Unión europea. El criterio de la *better law*, a pesar de su «arbitrariedad», parece ser el preferido, de modo más o menos explícito, por los jueces de Luxemburgo; lo cual es plausible al tener en cuenta que su punto de vista es naturalmente distinto del de los jueces constitucionales nacionales, cuanto menos porque diverso es el contexto en el que son llamados a juzgar.

De todas formas es necesario reconocer que las variables inherentes en el método comparatístico trascienden la cuestión del criterio elegido, dados los notables niveles de discrecionalidad a los que puede conducir una activi-

dad de comparación desarrollada (de forma, en verdad, bastante poco meticulosa la mayoría de las veces) a partir de veintisiete ordenamientos jurídicos nacionales. De ahí el surgimiento de graves problemas desde el punto de vista de la certeza del Derecho, problemas tanto más graves si se tiene en consideración que el control del Tribunal de Justicia en materia de principios generales y derechos fundamentales tiene lugar no sólo respecto a las fuentes europeas, sino también respecto a las fuentes internas que aplican aquellas, revelando así la aptitud del actual sistema constitucional multinivel de sustraer el desarrollo en vía interpretativa de tales principios y derechos del control de los países miembros y de sus órganos jurisdiccionales, incluso cuando los mencionados principios y derechos operan en el interior de los sistemas jurídicos nacionales. De aquí el deseo, formulado por muchos, de que se redactase lo más pronto posible un catálogo escrito de derechos fundamentales, apto por lo menos para orientar mejor los relativos desarrollos jurisprudenciales.

Por otra parte, es cierto que el análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia evidenciaría como, a veces, valora con una cierta tolerancia el respeto de los principios generales y derechos fundamentales por parte de los estados miembros en el ámbito de la transposición de las fuentes de la UE, teniendo cuenta también las justificaciones esgrimidas por dichos estados, en los casos en que los relativos sistemas jurídicos contrastan con el de la Unión. Es igualmente cierto que las incertezas sobre el real contenido en el ámbito de la UE de los principios y derechos fundamentales recabados de los sistemas constitucionales nacionales (o establecidos en la CEDH) han estado siendo atenuadas gracias a la creciente interacción sea entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Derechos Humanos, sea entre dichos Tribunales supremos y las jurisdicciones internas. Actualmente, en lo concerniente a la materia específicamente penal, dichas incertezas han sido atenuadas, por la escasez de principios y derechos fundamentales de carácter penal examinados por el Tribunal de Justicia: y ello a causa esencialmente de la persistente ausencia de competencia penal de la Unión europea (ausencia, esta, de carácter absoluto hasta el Tratado de Maastricht de 1992, y luego, limitada al pilar comunitario de la Unión, hasta 2008).¹¹ Así que, en definitiva, el único verdadero principio jurídico no escrito rico en pronunciamientos sobre el plano penal ha sido el de proporcionalidad, el cual (leído conjuntamente con algunos otros principios comunitarios contenidos en los Tratados, y en particular con el principio de cooperación leal en sus diversas articulaciones previstas en los apartados 1 y 2 del Art. 10 TCEE), ha permitido al Tribunal de Justicia declarar la ilegitimidad comunitaria de numerosas normas penales nacionales;¹² así como ha

11 Como se sabe, el primer texto de Derecho penal europeo marcado por el método comunitario fue la *Directiva* 2008/99/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 19 de noviembre de 2008, sobre la tutela penal del Medio Ambiente.

12 Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, coord. por T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 257 ss., letra. a); Id., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 111 ss.

permitido al mismo Tribunal afirmar la admisibilidad de verdaderas obligaciones de incriminación a cargo de los estados miembro en el ámbito de transposición de textos del primer pilar.¹³

5.3. La proclamación de una Carta europea de derechos fundamentales carente de validez formal

La tercera fase de constitucionalización de la construcción europea coincide con la llegada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, solemnemente proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Nizza y por segunda vez el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, pero dotada durante muchos años de un carácter meramente político, en razón de las dudas de los Estados miembros frente a las consecuencias de orden constitucional que podía generar una eventual elevación de la Carta al rango de Derecho comunitario originario.

El hecho de que la mencionada Carta haya sido concedida algunos años después de la proclamación de la Unión europea y la paralela atribución a su tercer pilar de una explícita competencia penal, explica por qué se puedan recabar de ella no pocos principios garantistas fundamentales en materia penal, solo parcialmente deudores de la CEDH o representativos de los más importantes «principios sectoriales» comunes a las constituciones de los Estados miembros. Además de las clásicas prohibiciones de la pena de muerte y de penas inhumanas y degradantes, respectivamente previstas en los Arts. 2, apartados 2 y 4 de la Carta, en el Título VI, en materia de «Justicia» se puede encontrar en su Art. 49 el principio de legalidad no carante de perfiles innovativos y el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas no previsto, por lo menos expresamente, en la mayor parte de las Constituciones europeas y de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales. A estos se añade un desaparecido pero significativo catálogo de principios garantistas procesales, tales como: el derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial (Art. 47); la presunción de inocencia y los derechos de defensa (Art. 48); el principio del *ne bis in idem* (Art. 50).

Ciertamente, dada su originaria falta de juridicidad, existían razones para temer que la Carta europea se constituyese en una especie de oxímoron, la noción de «derechos fundamentales» en comprometida relación con la ausencia de carácter vinculante de los mismos, o en cualquier caso implicando una especie de desvaloración. Los hechos han demostrado, sin embargo, que gracias a la Carta europea los derechos fundamentales han adquirido tal visibilidad y relieve en el ámbito de la UE como para influir en la actividad legislativa de la Unión europea y, significativamente, en la actividad interpretativa de los jueces de Luxemburgo, de los nacionales e incluso de los de Estrasburgo¹⁴.

Sin embargo, los hechos han demostrado también que la Carta europea solo en mínima parte ha conseguido canalizar adecuadamente los procesos interpretativos de la jurisdicciones europeas en materia de principios y derechos fundamentales. Es decir, mínimamente ha conseguido poner remedio a la incerteza sobre el contenido atribuido a los principios y derechos fundamentales de Derecho no escrito, como así también por reflejo, a la incerteza de sus efectos en cuanto control de «calidad» de la normativa europea o de origen europeo, y marcadamente en cuanto control sobre los límites garantistas establecidos a las normas penales de la UE dirigidas a realizar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Art. 67 TFUE). Y ello es así, por lo menos, como consecuencia de tres ordenes distintos de razones. En primer lugar, a causa de la natural tendencia de los principios y derechos fundamentales a evolucionar libremente a nivel jurisprudencial, incluso estando inscriptos en Cartas redactadas expresamente para dicho objetivo. En segundo lugar, por el hecho de que los principios y derechos fundamentales de la Carta europea, en tanto «no jurídicamente vinculantes» han sido llamados a convivir (so pena, en caso contrario, de una inadmisibles regresión del efectivo nivel de garantías individuales) con los principios y derechos fundamentales recabados de la CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con sus, a veces, controvertidos desarrollos hermenéuticos. En tercer lugar, en razón de la persistente pluralidad de órganos jurisdiccionales habilitados a interpretar dichas múltiples fuentes (Tribunal de Justicia de la Unión europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jueces nacionales ordinarios y constitucionales). Por lo tanto, lejos de manifestarse el riesgo de una «atrofia» del diálogo jurisprudencial entre los diversos tribunales y de una «estaticidad» de los respectivos resultados interpretativos tras la cristalización de los principios-derechos fundamentales en textos escritos, se ha asistido a una desordenada proliferación de interpretaciones jurisprudenciales que se entrecruzan, e incluso de fenómenos que se objetivizan en la invasión de los respectivos ámbitos de tutela jurisprudencial.

Todo ello no debería sorprender si se considera que el complejo sistema de derechos fundamentales que opera en el ámbito de la UE (debido a la coexistencia de la Carta, de la CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes) tiende casi inevitablemente a ver ampliado su ámbito natural. Es cierto que, de hecho, sobre la base del Art. 51 de la Carta europea, el campo de aplicación de los derechos de la Carta (e implícitamente también de los otros derechos recibidos en el ámbito de la UE) concierne tanto a las instituciones y organismos de la Unión como a los Estados miembros, pero en este último caso sólo cuando estos actúen en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; es igualmente cierto que tal campo de aplicación

13 Cfr. TJCE, ord. 13 de julio de 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), en *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; s. 28 de enero de 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), en *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447.

14 Cfr., ancora, P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 380.

termina extendiéndose en el interior de los sistemas penales de los Estados miembros: sea, de forma limitada, en las competencias compartidas de la Unión, bastante ampliadas actualmente por los Arts. 82 y ss. TFUE; sea, más radicalmente, en el conjunto de los mencionados sistemas penales, teniendo en cuenta los efectos expansivos producidos por las «normas sobre Europa» previstas por las Constituciones nacionales, además de tener en cuenta aun anteriormente la dificultad de dar vida a formas de tutela diferenciada de los derechos fundamentales en el interno de un mismo sistema nacional.

Si, por lo tanto, el campo de aplicación de los derechos previstos por la Carta europea aparece destinado a variadas formas de dilatación, vale la pena subrayar que están destinados a quedar diferenciados los órganos jurisdiccionales de control: los jueces de Luxemburgo, limitadamente, en el campo de aplicación fijado por el Art. 51 de la Carta y los jueces nacionales europeos en las otras hipótesis.

Una última observación en cuanto a esta tercera fase de constitucionalización de la construcción europea. En el ámbito de la tendencia a considerar los derechos fundamentales no solo como instrumentos limitativos de la intervención penal sino también como bienes primarios necesitados de tutela penal, la recepción de los derechos fundamentales en una Carta europea, proclamada casi al mismo tiempo que la explosión del terrorismo internacional y que el consecuente crecimiento de la inseguridad colectiva, podría focalizar la atención, mas que nada, sobre este segundo aspecto. Por lo demás, el tema de la salvaguardia de los derechos fundamentales a través del instrumento penal está íntimamente ligado al progresivo desarrollo de un espacio europeo pensado en función no sólo de la libertad y la justicia, sino también la seguridad. Se entiende bien, entonces, como la codificación de los derechos fundamentales pueda favorecer fenómenos de extensión de la intervención penal; fenómenos tanto más problemáticos si son impulsados por la Unión y con modalidades tales como para hacer dudar de que el principio de subsidiariedad se haya respetado plenamente.

5.4. La atribución de una plena jurisdicción a la Carta europea y la adhesión de la Unión a la CEDH

La cuarta fase de constitucionalización de la construcción europea se ha iniciado recientemente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha conllevado una compleja redefinición de la estructura y de los ámbitos de competencia de la Unión europea.

En lo que concierne específicamente a los derechos fundamentales, es notorio que el Tratado en cuestión, pese a renunciar a insertar la Carta europea dentro de los Tratados, le ha atribuido pleno valor jurídico, inscribiéndola entre las fuentes originarias del Derecho de la UE. De tal modo, los principios y derechos contenidos en la Carta europea devienen, al igual que aquellos previstos por la CEDH y recabables de las tradiciones constitucionales, en parámetros para valorar la legitimidad del Derecho de la UE derivado y de las normas nacionales de transposición.

El Tratado, además, preve la adhesión de la Unión a la CEDH, con el consecuente refuerzo de la tutela de los derechos humanos a través del sometimiento del sistema jurídico de la UE al control externo e independiente de los jueces de Estrasburgo.

Esta doble reforma, sin embargo, no ha implicado una significativa simplificación del sistema de tutela de los derechos fundamentales dentro de la Unión, por dos órdenes distintos de razones.

a) En primer lugar, de acuerdo con el Art. 6.3 TUE, los derechos de la CEDH y los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes continúan formando «parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales.» En caso contrario, por lo demás, se habría generado el riesgo de un vistoso empobrecimiento del catálogo de los principios y derechos fundamentales reconocidos en el seno de la Unión. De hecho, a pesar de que no hayan faltado voces de aviso al contrario, la Carta está lejos de retomar todos los derechos de la CEDH y de representar la mejor cristalización de las tradiciones constitucionales comunes.

Más precisamente, la Carta no contiene algunos de los principios y derechos previstos por la CEDH, o si los contiene, es de una forma más débil que la que les confiere la CEDH. Además, obviamente, la Carta europea no consigue prever todos los principios y derechos recabables por las Constituciones de los países miembros y en todo caso —cuando los preve— no llega siempre a atribuir a dichos principios y derechos los múltiples perfiles que se les puede conferir sobre la base de un análisis de las tradiciones constitucionales comunes algunas veces inspirado en los criterios del *maximum standard*, del orientamiento prevalente y de la *better law*.

Ahora bien, la permanencia dentro de la Unión de tres conjuntos distintos de principios y derechos fundamentales contenidos respectivamente en la Carta europea, en la CEDH y en las tradiciones constitucionales de los países de la UE deja abierta una serie de cuestiones ya planteadas en el periodo en el que a la Carta europea no se le reconocía plena relevancia jurídica: antes que todo, el que concierne al rol de los principios y derechos recabados de las tradiciones constitucionales comunes dentro de un sistema actualmente marcado por la juridificación de la Carta. La respuesta sin duda preferible, de todos modos, continua siendo la misma: es decir, que los derechos y principios de matriz constitucional deben elevarse al nivel de fuente complementaria no solo para suplir a la eventual radical ausencia en la Carta europea de algunos principios y derechos fundamentales, sino también para integrar el contenido de los principios y derechos fundamentales previstos en ella. Parece evidente que esta última solución sea la mayormente garantista y la más idónea a favorecer la evolución jurisprudencial en el Tribunal de Justicia de una constante ampliación «por vía comparativa» del catálogo de los principios / derechos fundamentales y de sus corolarios.

b) En segundo lugar, la mencionadas novedades introducidas en materia de derechos fundamentales por el Tratado de Lisboa no se muestran capaces de atenuar la tasa de

problemáticas que ha marcado, en los últimos años, el diálogo mantenido al respecto entre el Tribunal de Justicia, el TEDH y los tribunales nacionales. Es más, dicho diálogo parece destinado a hacerse todavía más difícil cuando se haga operante el control del TEDH sobre los actos de la Unión, con el consecuente riesgo de contrastes entre los jueces de Estrasburgo y los de Luxemburgo respecto a la conformidad de la normativa de la UE con los principios y derechos de la CEDH, todavía reconocidos —como se ha recordado *supra*, *sub a*)— como principios generales del Derecho de la Unión. Más en general, las dificultades relacionadas al intensificado diálogo previsto por el Tratado de Lisboa entre jueces pertenecientes cada uno a órganos internacionales, supranacionales y nacionales parecen vinculadas con una multiplicidad de factores. Considérese, a tal fin, que los mecanismos de dicho diálogo no están precisados ni por los Tratados ni por la Carta europea; que continúan siendo inciertas las «relaciones de fuerza» entre las respectivas jurisprudencias, tanto es así que solo una férrea voluntad de recíproco apoyo entre los respectivos órganos jurisprudenciales (que a menudo se da, pero que no está garantizada *a priori*) puede limitar las contradicciones; que en todo caso una implemención distónica de los principios y derechos fundamentales resulta favorecida —más allá de toda voluntad de armonización— por la diversidad de contextos institucionales en los que los respectivos órganos jurisdiccionales operan para la identificación de los citados principios y derechos fundamentales; que el contenido de estos últimos queda condicionado en concreto por diversas ponderaciones en gran medida incontrolables, especialmente cuando tienen lugar por obra del Tribunal de Justicia, es decir, de un órgano que puede tomar en consideración principios y derechos muy diversos en cuanto a su proveniencia y contenido.

Por todos estos motivos, y por otros imposibles de recordar aquí, se puede sostener verosimilmente que el mayor recuso, en ámbito europeo, de los derechos fundamentales, en su doble función de instrumento de control o bien de impulso de la intervención penal, pese a ofrecer valiosos aportes y cada vez más intensos para el progreso del sistema jurídico de la Unión mediante un control sobre la calidad de sus productos normativos, no estará carente de costes bajo el perfil de la seguridad jurídica.

6. Racionalidad de una aproximación constitucional de tipo supranacional al Derecho penal europeo

Por lo tanto, el proceso de constitucionalización de la Unión europea ha implicado la progresiva estratificación y solapamiento de principios y derechos fundamentales expresamente previstos o extraídos por vía interpretativa de fuentes muy heterogéneas entre ellas, y en particular de los Tratados constitutivos primero de las Comunidades y después de la Unión, de la CEDH, de las Constituciones de los Estados miembros.

La multiplicidad de fuentes; una inminente duplicación de los órganos jurisdiccionales europeos con funciones de tutela de tales principios y derechos en el ámbito de la UE; un creciente riesgo de contradicciones en el ámbito del diálogo entre jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales tendencialmente equiparadas entre ellas en cuanto al prestigio y rango jerárquico; las persistentes dudas sobre los criterios privilegiados por el Tribunal de Justicia en el ámbito de aplicación de principios / derechos fundamentales (sean escritos o no escritos) aptos tanto para limitar como para sostener las opciones punitivas de la Unión: todo parece inducir a que se mire con desconfianza una «aproximación al Derecho penal de la UE» orientada desde una perspectiva constitucional europea; desde una perspectiva constitucional, por lo tanto, no de carácter nacional. Sobre todo porque el Derecho penal, independientemente de sus fuentes y de su ámbito de aplicación, persigue un grado de certeza difícilmente compatible con formas de control constitucional basadas sobre principios y derechos que siendo pretendidamente compartibles, a veces se manifiestan inciertos y mutables según el tiempo y el espacio.

Sin embargo, a pesar de todo, no hay duda de que la aproximación constitucional al Derecho penal producida por las fuentes y las instituciones supranacionales debe llevarse a cabo como señal de rechazo, en la medida de lo posible, de toda autarquía nacionalista. A este respecto, cabe señalar que la progresiva afirmación de principios y derechos fundamentales comunes, por lo demás situados ahora en gran parte dentro de una Carta jurídicamente relevante a nivel europeo, tiende de modo inevitable (a pesar de las garantías al respecto de los propios Tratados) a afectar el reparto de competencias entre Unión y Estados miembros, fomentando un «movimiento centrípeto»¹⁵ destinado a influir también y sobre todo en el control jurisdiccional. Parece además superfluo observar que solo una aproximación constitucional europea del Derecho penal europeo, restituye a la totalidad del discurso una simetría que de lo contrario estaría totalmente ausente allí donde se hiciese una aproximación al Derecho penal de este tipo utilizando esquemas constitucionales de matriz puramente interna. De hecho, parecería intrínsecamente contradictorio contraponer a un proceso de homogeneización sectorial de la jurisprudencia penal formas de control parceladas a escala nacional, por los menos cuando éstas no sean funcionales para la tutela del irrenunciable núcleo de principios y derechos propios de cada ordenamiento constitucional, es decir, no sea expresión de la teoría de los contralímites. Del mismo modo, parece contradecir los propios fines del Derecho penal europeo la sumisión de la política criminal de la Unión a opciones orientadas a la tutela de principios-derechos expresivos no ya de intereses y valores compartidos, sino de intereses y valores peculiares de uno o algunos Estados miembros, y por lo tanto incompatibles con una visión en conjunto: siempre que, naturalmente, las decisio-

15 M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, en *Giornale di dir. amm.*, 2010, 3, p. 221 ss.

nes político-criminales de la Unión no contradigan aspectos fundamentales del ordenamiento penal nacional para cuya tutela han sido previstos los «frenos de emergencia» de los Arts. 82.3 y 83.3 TFUE.

Siempre desde la óptica del respeto de una exigencia de coherencia entre centralización de los espacios de producción de normas de carácter penal vinculantes (aunque sea indirectamente) para los Estados miembros y centralización de las fuentes constitucionales sobre la base de las cuales operan los relativos controles de legitimidad, merece la pena recordar que la europeización del constitucionalismo expresa exigencias muy homogéneas, o por lo menos convergentes, con las que subyacen a la europeización del Derecho penal, constiuyendo ambos procesos de supranacionalización una reacción respecto a la insuficiencia del Estado nacional para asegurar la paz interna, el bienestar colectivo, la protección frente a formas de agresión externa; reacción que, por otra parte, implica la obvia renuncia —salvo los casos extremos que autorizan el recurso a los «frenos de emergencia» y a los «contralímites»— a una aproximación de tipo particular.

Pero, sobre todo, el hecho de que el Derecho penal europeo deba beneficiarse de una aproximación constitucional de tipo al menos prevalentemente supranacional se justifica por cuanto, sobre la base del sistema de control en su conjunto de las fuentes de la UE, la legitimidad de las normas penales ideadas en Bruselas se examina prevalentemente en relación a los principios y derechos fundamentales previstos o recabados en el ámbito del sistema jurídico de la Unión, y solo excepcionalmente —a partir de la teoría de los contralímites— sobre la base de los derechos fundamentales previsto por las Constituciones nacionales. De hecho, es notorio que los contralímites revisten una importancia casi exclusivamente teórica, habiéndose recurrido a ellos en casos extraordinariamente raros.¹⁶

En definitiva, se puede afirmar que, por una pluralidad de razones, el naciente Derecho penal europeo debe legitimarse, en primer lugar, en la constitución material europea. De este modo, y es antes que nada, es dicha constitución —como se ve con el tiempo, construida gracias también a la contribución de los distintos sistemas constitucionales nacionales— la que se pone como límite general a los eventuales excesos del legislador penal europeo, en orden a la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia respetuoso «de los derechos fundamentales además de los diversos ordenamientos jurídicos y de las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros» (Art. 67.1 TFUE). En una perspectiva más general, capaz de expresar las múltiples valoraciones inherentes en una «aproximación constitucional al Derecho penal europeo», tal sistema constitucional debería estar destinado a desarrollar una

obra de total orientación de la política criminal europea, con el fin de que las normas de relevancia penal que operan en el interior de la Unión no solo no contradigan los principios y derechos fundamentales elaborados a escala europea, sino que se dirijan también a la tutela de dichos derechos y más en general de los bienes que el sistema constitucional europeo pone de relieve como merecedores de salvaguarda.

7. Las fuentes penales europeas en el marco de los principios y derechos fundamentales previstos por la Unión y por los distintos Estados miembros. Un breve resumen

Como se ha venido expresando hasta aquí, la aproximación constitucional al Derecho penal de la Unión debe centrarse prevalentemente sobre principios y derechos fundamentales de la UE, en la perspectiva de la construcción de un modelo penal-constitucional supranacional.

Ello no excluye que las normas penales de matriz europea, incluidas las normas penales nacionales de transposición, pese a ser conformes a los principios y derechos previstos por el sistema constitucional de la Unión, puedan considerarse ilegítimas sobre la base de las Constituciones nacionales en los casos en que los relativos principios supremos y derechos fundamentales no sean respetados por dichas normas: la teoría de los contralímites, a partir de la cual se consiente un control nacional constitucional de dicho tipo, parte precisamente del presupuesto de que en algunas hipótesis extremas el sistema constitucional europeo puede no garantizar el núcleo esencial de los distintos sistemas constitucionales nacionales.

Sin embargo, es claro que en otros supuestos podría verificarse una situación opuesta, en la que las normas europeas de carácter penal y las respectivas normas penales nacionales de transposición, pese a ser conformes a los tradicionales principios y derechos del sistema constitucional del Estado miembro, resulten ilegítimas en base al sistema constitucional de la Unión. Este último supuesto presupone, obviamente, que algunos principios y derechos fundamentales elaborados en ámbito de la UE sean desconocidos por el sistema constitucional nacional,¹⁷ o bien que presenten un nivel de desarrollo mayor que el de los homólogos principios y derechos nacionales, y por lo tanto, terminen poniendo, a su vez, límites a las normas internas que comprenden la esfera de tutela asegurada por el sistema constitucional europeo. Ahora bien, todo hace pensar que este último supuesto sea más frecuente que el opuesto. Ya a nivel teórico, por lo demás, el complejo y problemático método formativo del catálogo de los principios y derechos fundamentales de la UE tiende a conferirles contenidos más articulados, en definitiva más garantistas, que

16 *Conseil constitutionnel* francés 10.6.2004, n.496; Tribunal constitucional español, 13.12.2004, 1/2004; *Bundesverfassungsgericht*, 18.7.2004, 2BvR 2236/04, *Darkanzali*; Tribunal constitucional polaco, 27.4.2005, P 1/05. *Consiglio di Stato* italiano, n. 4207 del 2005 (*Federfarma*).

17 Si naturalmente, como ya se ha dicho, no se reconduzca a este sistema también los «materiales constitucionales de origen exterior» vehiculados por las «normas constitucionales sobre Europa» (en Italia, Arts. 11 y 117 de la Constitución).

los atribuidos a los «paralelos» principios y derechos fundamentales nacionales; a nivel práctico aplicativo, parece evidente que los casos en que las normas (penales) nacionales de transposición se contradicen con los principios y derechos fundamentales de la UE son bastante más numerosos que aquellos en los que las normas europeas (de carácter penal) se contradicen con los principios y derechos fundamentales de la Constitución interna, de tal forma que impliquen la activación del mecanismo «nacionalista» de los contralímites.

En definitiva, como ya se ha mencionado anteriormente,¹⁸ el sistema de tutela de los principios y derechos fundamentales actualmente existente en relación al Derecho (penal) de la Unión y a las respectivas normas nacionales de implementación consiste en un doble filtro constitucional, o si se prefiere, consta de dos filtros, ambos de tipo constitucional. Surge así con claridad la insuficiencia del filtro garantista ofrecido por una sola Constitución, ya sea la nacional o la europea. Desde ahora, por lo tanto, se puede considerar vigente un sistema *interconstitucional* de control de las fuentes normativas de la Unión, basado en la constitución (material) europea y en la constitución nacional: constituciones ambas incompletas, llamadas a integrarse y apoyarse recíprocamente en una perspectiva de tutela optimizada de los derechos fundamentales.

También como se mencionó anteriormente, el complejo sistema de tutela de los principios y derechos fundamentales elaborado en el seno de la Unión está destinado a enriquecerse con el aporte de los órganos jurisdiccionales de la CEDH, pronto llamados a controlar la legitimidad de las mismas fuentes de la UE y de las normas nacionales de transposición respecto a las normas de principio contenidas en la Convención europea de derechos humanos. A nivel teórico, también una vez ampliados los ámbitos de operatividad de los jueces de Estrasburgo, como formas más penetrantes de control en relación a la legitimidad de las fuentes penales europeas, deberían de cualquier modo quedar aquellas centradas sobre los principios y derechos fundamentales fruto de la actividad de reconocimiento e interpretación del Tribunal de Justicia; de hecho, los principios/derechos fundamentales de la UE son más numerosos y, al menos tendencialmente, más desarrollados respecto a los homólogos principios-derechos previstos por la CEDH, los primeros comprendiendo a los segundos, pero no viceversa. Por lo demás, el objetivo primigenio de la Convención europea y de sus órganos jurisdiccionales era simplemente el de realizar, a través de la predisposición de garantías mínimas comunes, esa «unión más estrecha» entre los Estados deseada por el Consejo de Europa; mientras que el objetivo de la UE y de los jueces de Luxemburgo es, más ambicioso, ya que se vincula con el del progresivo desarrollo político-jurídico de una comunidad integrada. Por otra parte, es cierto que en lo que afecta a las normas

de la UE y a las relativas normas nacionales de aplicación, el control desarrollado por el Tribunal de Justicia sobre la base de los principios/derechos fundamentales de la UE tiende a ser distinto por método y funciones del control paralelo que se desarrollará en el futuro por el Tribunal de Estrasburgo a partir de los principios/derechos fundamentales de la CEDH, lo cual terminará así condicionando el contenido atribuido por vía de interpretación a dichos principios/derechos. Se comprenden bien, por ello, las dificultades que se presentan para hacer toda predicción sobre futuros equilibrios entre las jurisprudencias de los dos supremos Tribunales europeos, siendo la única previsión factible aquella según la cual el tipo de debate destinado a existir entre dichos órganos debería ser reflejo del ya existente hoy en día en los Tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo.

A este punto, insistir sobre el insuficiente nivel de seguridad jurídica relacionado con las actuales formas de control propias del sistema constitucional de la Unión es por supuesto legítimo, pero no se puede olvidar cuán joven y en evolución es dicho sistema. Por lo demás, bastaría dar una mirada hacia atrás y observar cómo han evolucionado los controles de constitucionalidad nacionales a partir de los años inmediatamente sucesivos a la segunda guerra mundial y la aparición de las primeras Constituciones republicanas europeas, para poder considerar con cierta indulgencia los paralelos controles predispuestos en el ámbito de la Unión. Es cierto, sin embargo, que la flexibilidad es un dato intrínseco a todo control de las leyes que es confiado a los jueces, y por lo tanto, el mayor poder de control de estos últimos dentro del sistema jurídico (y en especial del sistema jurídico europeo) implica casi inevitablemente una mayor capacidad de evolución del Derecho que la obtenible a través de la sola intervención del legislador. El problema no es, entonces, el de eliminar esa capacidad para evolucionar, sino el de sujetarla a mecanismos racionales, capaces de hacer predecibles, cuanto sea posible, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional. Por lo demás —no está de más repetirlo— hay que ser conscientes de que los mismos mecanismos para verificar la conformidad de las leyes a la Constitución están en continua evolución en todas partes; que dicha evolución está obviamente destinada a ser particularmente rápida dentro del sistema constitucional europeo, como se ha expresado, en constante transformación;¹⁹ que de todos modos, en el ámbito de la Unión europea, el *ius commune* en materia de tutela de los principios y derechos fundamentales constituirá siempre algo extremadamente precario y «continuamente por reconquistar», relacionado con la evolución general del continente, con las transformaciones de las respectivas sociedades nacionales así como con los «desarrollos de los casos concretos.»²⁰

18 Cfr., *supra*, sub par. 4, in fine.

19 Cfr., *supra*, sub par. 3, in fine.

20 M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, en *Giornale dir. amm.*, 2010, 3, par. 3, in fine.

SECCIÓN II. *El Derecho penal europeo en el marco de los principios y derechos fundamentales de la Unión.*

8. Subsidiariedad y legalidad. Dos principios / derechos constitucionales europeos ricos de efectos en ámbito penal

Si por lo tanto el vistoso proceso de constitucionalización de la construcción europea, conjuntamente con el progresivo refuerzo de las competencias penales de la Unión, impone en este momento una «aproximación constitucional europea» a las fuentes penales de la UE, ha llegado el momento de examinar el impacto ejercido sobre dichas fuentes por los principios y derechos fundamentales contenidos en los Tratados, en el CEDH, en la Carta europea y en las tradiciones constitucionales comunes. En esta sede, sin embargo, nos limitaremos a una sintética reseña de los perfiles asumidos por algunos de los mencionados principios dotados de efectos particularmente significativos sobre el Derecho penal europeo. Aludimos al principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión y al principio de legalidad de los delitos y de las penas. Se trata de principios caracterizados por un contenido destacadamente garantista, los cuales por lo tanto se traducen en verdaderos derechos fundamentales destinados a vincular al legislador y al interprete.

9. Normas penales de origen europeo y principio de subsidiariedad de la intervención de la Unión. Premisa

El principio de subsidiariedad es, como se sabe, un generalísimo principio organizativo del poder acogido, en particular, en el Derecho constitucional y en el Derecho europeo. Sobre la base de este principio —reconducible a los grandes temas de la democracia, de la representatividad, de las relaciones entre ejercicio del poder y libertad, y por tanto caracterizado por indudables valores garantistas— la intervención de una entidad mayor y/o superior en lugar de una entidad menor y/o inferior es legítima sólo cuando esta última no es capaz de desarrollar suficientemente la intervención en cuestión.

Como se sabe, en el ordenamiento de la Unión el principio de subsidiariedad está expresamente mencionado ya en el Preámbulo del Tratado de la UE cuando se afirma que, de conformidad con dicho principio, las decisiones funcionales al «proceso de creación de una unión cada vez mas estrecha entre los pueblos de Europa» deben ser «tomadas lo más cerca posible del ciudadano.»²¹ Está además

previsto en Art. 5.3 TUE,²¹ sobre la base del cual «en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o de los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.»

En el marco del ordenamiento de la UE la subsidiariedad ha sido considerada desde siempre un principio fundamental,²² destinado a asumir particular relieve en los sectores del Derecho penal de competencia compartida, jugando a favor de los órganos nacionales de producción normativa, los cuales (sean de carácter central o regional) resultan sin duda más cercanos a los ciudadanos que los paralelos órganos europeos. No es menos cierto que precisamente la Doctrina penal no ha cesado de subrayar las carencias del principio en cuestión en lo que atiene tanto al relativo debate teórico como a su misma formulación normativa.²³ Estas últimas carencias se han visto resueltas solo parcialmente en el Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, anexo al TUE y al TFUE: de hecho, el éste se limita a prever que todo proyecto de acto legislativo de la Unión debe estar motivado con relación a los mencionados principios (Art. 5), a precisar los mecanismos a través de los cuales los Parlamentos nacionales pueden interactuar con los órganos de la Unión para oponerse a la violación de tales principios (Arts. 6 y 7) y a afirmar la competencia del Tribunal de Justicia «a pronunciarse en los recusos por violación, mediante un acto legislativo, del principios de subsidiariedad» (Art. 8). Ya anteriormente, por lo demás, las carencias definitorias del principio de subsidiariedad contenidas en el Art. 3B TCE no habían sido colmadas adecuadamente por las Conclusiones de la Presidencia en ocasión del Consejo europeo de Edimburgo del 12 de diciembre de 1992, el cual, sin embargo, había especificado los fines a seguir para la verificación del respeto del principio en cuestión por parte de textos normativos europeos.²⁴

La verdad es que, como se recuerda en las mismas Conclusiones de la Presidencia, «la subsidiariedad es un concepto dinámico que debería aplicarse sobre la base de los objetivos enunciados por el Tratado. Ello permite extender las acciones de la Comunidad cuando lo requieran las circunstancias y, viceversa, rechazarlas o interrumpirlas cuando éstas ya no estén justificadas.»²⁵ con todas las

21 Anteriormente, en Art. 5 (3B) TCE.

22 Cfr. los Arts. A y B de la versión original del TUE.

23 Cfr. N. PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der europäischen Union. Zugleich: einige Ueberlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik*, in GA, 2010, p. 84 ss., par. VI.

24 Cfr. *Impostazione generale dell'applicazione, da parte del Consiglio, del principio di sussidiarietà e dell'art. 3B del trattato sull'Unione europea*, in *Codice dell'Unione europea*, coord. por A Tizzano, Padova, 1995, p. 334 ss.

25 Idem, p. 335-336.

dificultades ligadas a la valoración de las circunstancias que hacen necesarias las acciones a nivel comunitario, que la solicitud de «indicadores cualitativos o, si es posible cuantitativos»²⁶ no son ciertamente suficientes para superar.

9.1. Los efectos en materia penal del principio de subsidiariedad: entre carencia de justiciabilidad e instancias de centralización de las decisiones político-criminales

En sustancia, por lo tanto, al principio europeo de subsidiariedad se le puede atribuir también un valor extensivo para el refuerzo de la acción «centralizada» de los órganos de la UE: si y cuando los objetivos de la acción prevista no pueden conseguirse de modo suficiente por los Estados miembros y pueden ser realizados mejor por la Unión, la acción de esta última debe considerarse sin duda justificada.

Pero admitiendo también que, con la evolución de los Tratados, la eventual valoración extensiva de la intervención de la Unión ínsita en el principio de subsidiariedad haya caído progresivamente en desgracia, parece pacífico que —a pesar de la persistente solicitud de «indicadores cualitativos y, si es posible, cuantitativos» que deberían anexarse a los actos legislativos de la UE para demostrar el respeto de dicho principio—²⁷ la «tasa de discrecionalidad política de la valoración sobre la suficiencia o no de las normativas nacionales» queda muy elevado.²⁸ Como consecuencia, el recurso al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad es practicable con éxito solo respecto a las violaciones macroscópicas, siendo probablemente más factible la acción de obstaculización preventiva operable por los Parlamentos nacionales respecto a proyectos de actos legislativos de la UE considerados no respetuosos con el principio en cuestión.²⁹

Ahora, precisamente en relación con las normas europeas de carácter penal podría subsistir un riesgo particularmente elevado de que las dificultades de un eficaz control judicial sobre la subsidiariedad puedan excederse en la tendencia a centralizar en sede europea las decisiones penales en los sectores de competencia compartida. De hecho las decisiones políticas en ámbito penal parecen desde siempre refractarias a cualquier exigencia de «cercanía» con los destinatarios. Es más, las mencionadas decisiones tienden desde siempre a radicarse preferentemente en sede normativas centralizadas, lejos por lo tanto de estos

sujetos; de tal modo pueden ser respetadas mejor tanto las exigencias de eficacia preventivo-represiva de los textos penales, como los deseos de máxima cognoscibilidad de los hechos prohibidos, como sobre todo las pretensiones de igualdad sustancial, es decir, de paridad de tratamiento de los ciudadanos frente a violaciones que, precisamente porque son penales, implican respuestas punitivas particularmente gravosas. Así, en lo que concierne a Italia, es ante todo a la luz del principio constitucional de igualdad del Art. 3 de la Constitución, la razón por la que las leyes regionales (pese a caracterizarse de una elevada tasa de carácter democrático) carecen de competencia penal.

Sin duda, las razones que históricamente han llevado a centralizar en ámbito nacional las decisiones de política criminal podrían mantener su actualidad, también, desde una perspectiva de centralización a escala europea. Basta pensar cuanto más eficaces resultarían, en muchos sectores penales, decisiones fuertemente armonizadas o incluso uniformes dentro de la Unión, en cuánto más fácil sería, en la Europa sin fronteras, conocer los hechos prohibidos en presencia de disciplinas penales nacionales tendencialmente homogéneas,³⁰ en cómo estaría más en línea con el principio de igualdad que los autores de los delitos sujetos a la competencia compartida de la Unión, en lugar de ser expuestos a una torre de babel de disciplinas nacionales muy heterogéneas entre ellas, fuesen castigados de modo suficientemente uniforme y las víctimas fuesen protegidas de modo análogo.³¹ Por tanto, en referencia a la llamada competencia penal autónoma de la Unión, no debería ser demasiado difícil justificar a la luz del principio de subsidiariedad la opción de producir directivas de armonización penal dirigidas a prevenir y reprimir de modo homogéneo las formas de «criminalidad particularmente graves que presentan una dimensión transnacional» específicamente elencadas en el Art. 83.1, apdo. 2º, TFUE. Del mismo modo, de forma limitada a la llamada competencia penal accesoria de la Unión prevista por el Art. 83.2 TFUE, teniendo en cuenta la dificultad de considerar «no indispensable» la armonización de los delitos y de las sanciones en sectores normativos que ya son objeto de procesos de aproximación de carácter extrapenal, no parece fácil sostener que el principio de subsidiariedad sea violado por toda normativa europea que prevea dichas formas de armonización penal. Sobre todo, como la Doctrina no ha cesado de subrayar, ha de tenerse presente que en el caso de la intervención penal de la Unión el principio de subsidiariedad

26 *Idem*, p. 337.

27 Cfr. el Art. 5 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

28 M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, en M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 136.

29 Art. 7 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

30 Cfr. U. SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 983; A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 815.

31 Cfr. A. BERNARDI, *La armonización de las sanciones en Europa*, en *Los Caminos de la Armonización Penal*, coord. por Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth, Ulrich Sieber, Valencia, 2009, p. 380; C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 542 ss.

sería respetado también cuando solo un Estado miembro no pudiese conseguir adecuadamente, con sus propios medios, los mismos objetivos.³²

9.2. Las razones que subyacen a un riguroso observamiento del principio de subsidiariedad en ámbito penal

Por todo lo que se ha dicho hasta aquí, en definitiva, no faltarían argumentos para considerar que en el ámbito penal el principio de subsidiariedad no constituya una barrera adecuada a las tendencias expansionistas de la Unión, o que incluso pueda llevar a asumir, en los hechos, ese valor extensivo de la acción «centralizada» de los órganos de la UE en su tiempo ventilado por una parte de la Doctrina.³³

Sin embargo, existen argumentos no menos significativos para considerar que, al contrario, precisamente en el ámbito penal, sea necesario valorar con particular rigor el repeto del principio de subsidiariedad, con el fin de que lleve a limitar al máximo los casos de interferencia de la Unión en las decisiones político-criminales nacionales.

Al respecto, ha de observarse antes que nada que, de acuerdo con parte de la Doctrina, para que el principio de subsidiariedad pueda considerarse respetado no basta que la acción de la Unión se justifique a la luz de una exigencia de armonización europea, sino que es necesario que, en un juicio de ponderación, esta exigencia prevalezca sobre la opuesta exigencia nacional de conservación de la estructura del ordenamiento interno. Ahora, no hay duda de que los deseos de conservación del relativo sistema nacional se adviertan con particular fuerza en el sector penal, en cuanto rama del Derecho mayormente expresiva de las tradiciones y de la cultura nacional propias de los distintos Estados miembros, es decir, expresiva de esa «identidad nacional», que la Unión, de acuerdo con el Art. 4.2 del Tratado de la Unión europea (versión de Lisboa), debe expresamente salvaguardar.³⁴ Por tanto, la Unión debería intervenir en este sector con especial cautela; con una cautela, por ejemplo, mucho mayor que la requerida en el sector comercial, desde siempre abierto a hibridaciones de todo tipo.³⁵ También hay que considerar que en el sector penal, más que en cualquier otro, cada una de

las normas europeas de armonización puede determinar efectos colaterales a veces difícilmente previsibles en relación tanto a algunos institutos de parte general como a la propia disciplina procesal: tanto es así, que incluso prescindiendo de las soluciones ofrecidas por el Tratado de Lisboa a través de la introducción de los llamados «frenos de emergencia», sería aun así clara la oportunidad de un uso convencional de las directivas en materia penal. Ello sobre todo si se considera que un atento examen de conjunto de la producción normativa del tercer pilar que tuvo lugar hasta 2009 rebelaría, según algunos, un recurso a las decisiones marco en algunos casos excesivamente espontáneo,³⁶ apoyado por genéricas afirmaciones sobre el respeto formal al principio de subsidiariedad carentes de bases empíricas capaces de demostrar la efectiva incapacidad de los Estados miembros de alcanzar de modo autónomo los mismos objetivos.³⁷ Por lo demás, siempre de acuerdo con una parte de la Doctrina, las mismas propuestas de directivas lanzadas con posterioridad a las conocidísimas sentencias del Tribunal de Justicia que ya antes del Tratado de Lisboa habían reconocido en casos excepcionales una competencia penal indirecta en el primer pilar,³⁸ parecen a veces inspirarse en lógicas de criminalización poco respetuosas del principio en cuestión.³⁹

En todo caso, con independencia de la mayor o menor conformidad de la previa normativa penal de la Unión con respecto al principio de subsidiariedad, se puede estar de acuerdo con el hecho de que en el marco de la reciente actividad de reforma general de los Tratados, no faltan señales normativas sintomáticas de una particular exigencia de atención al mencionado principio en ámbito penal. En particular, el mencionado Art. 67 TFUE⁴⁰ recuerda que la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia debe tener lugar en el respeto no sólo de los derechos fundamentales, sino también «de los diversos ordenamientos jurídicos y de las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros.» Además, el Art. 7.2 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad preve que, con la finalidad de reexaminar los proyectos de actos legislativos europeos, el umbral cuantitativo de los informes transmitidos por los Parlamentos nacionales sobre la violación del principio de

32 Cfr. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2010, p. 291; H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, p. 447.

33 Cfr. A. BERNARDI, «Europeizzazione» del diritto penale commerciale?, en *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 1996, p. 36 ss.; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, en M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 139 ss.

34 *Manifiesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, p. 739 (publicado en castellano en el presente número de *Revista Penal*).

35 A. KLIP, *European Criminal Law*, Antwerpen-Oxford-Portland, 2009, p. 36.

36 Cfr. los casos sobre los que se informa en el *Manifiesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 744 ss.

37 Cfr., de nuevo, el *Manifiesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 745.

38 Cfr. s. 13 de septiembre de 2005, C-176/03 (*Comisión c. Consejo*); s. 23 de octubre de 2007, C-440/05 (*Comisión c. Consejo*).

39 E. HERLIN KARNELL, *Subsidiarity in the Area of EU Justice and Home Affairs Law - A Lost Cause?*, en *European Law Journal*, 15, n. 3, 2009, p. 353.

40 Cfr. *supra*, sub par. 6, in fine.

subsidiariedad por parte de tales proyectos sea más bajo cuando estos últimos afectan al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.⁴¹

La valorización del principio de subsidiariedad como muro de contención frente a la producción de normas europeas de carácter penal ha tocado techo, sin duda, en las varias veces recordada sentencia del Tribunal constitucional alemán del 30 de junio de 2009 sobre la legitimidad constitucional de la ley de adhesión al Tratado de Lisboa. Así, en lo que afecta a la competencia penal autónoma de la Unión, dicha sentencia subraya antes que nada que la exigencia de una interpretación restrictiva surge del propio catálogo de los delitos previstos por el Art. 83.1 TFUE, y de la referencia a «ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las implicaciones de dichas infracciones o de una particular necesidad de combatirlos según criterios comunes.»⁴²

Más tarde da evidencia también de cómo en relación a dicho catálogo de delitos sólo se le permite a la Unión fijar normas mínimas «que dejen a los Estados miembros márgenes sustanciales de elección.»⁴³ Pero es sobre todo en referencia a la competencia penal accesoria de la Unión, donde el *Bundesverfassungsgericht* exalta los valores restrictivos del principio de subsidiariedad, ínsitos en el requisito de indispensabilidad de la aproximación de las normativas penales nacionales «para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión en un sector que ha sido objeto de medidas de armonización» (Art. 83.2 TFUE). De hecho, afirma que «para satisfacer los requisitos de este supuesto de excepción y poder considerar que se ha atribuido una competencia de legislación penal accesoria, debe haberse comprobado de modo documentable que existe efectivamente un déficit de ejecución tan importante que solo pueda ser eliminado sólo por medio de la amenaza de la sanción penal.»⁴⁴

Ciertamente, esta tendencia a restringir al extremo la competencia penal europea nace de la dificultad de aceptar que los Tratados puedan impedir a los Estados «decidir, según las propias ideas sobre los valores, sobre la ofensividad de determinados tipos de conducta e incluso sobre la aplicación de penas detentivas;»⁴⁵ dificultad, esta, por lo demás compartida por una gran parte de la Doctrina alemana, favorable a una tendencia restrictiva de este tipo.⁴⁶ Sin embargo, parece difícil pretender del legislador europeo que presente convincentes demostraciones empíricas,

que normalmente no se requieren al legislador nacional. De forma diversa, la ponderación entre las exigencias de armonización penal interestatales por un lado y de preservación de las opciones político-criminales los distintos Estados en vista de la conservación de la identidad nacional por otro lado⁴⁷ terminaría privilegiando *de facto* siempre las segundas, con la consecuente inutilización de las formas de armonización y cooperación penal previstas por los Tratados.

Es cierto, sin embargo, que cuando para la legitimación del proceso de europeización del Derecho penal descrito en el Art. 83.2 TFUE, bastase una «necesidad para alcanzar los objetivos de la Unión» simplemente proclamada y no, por el contrario, apoyada también por datos empíricos convincentes, el principio de subsidiariedad perdería de hecho todo valor restrictivo, apropiándose nuevamente, en la práctica, de esa ambigüedad de contenido que lo caracterizaba en los años inmediatamente sucesivos a su introducción en el ordenamiento jurídico de la Unión. En definitiva, por lo tanto, todavía hoy el principio en cuestión parece oscilar incontrolablemente entre dos extremos igualmente insatisfactorios: el primero que implica efectivos y severos tests empíricos sobre el carácter indispensable de toda norma europea de armonización penal, en verdad, difícilmente pretendibles; el segundo resignado a una justiciabilidad circunscrita, como mucho, a los casos más evidentes de innecesidad de la intervención de la Unión en materia penal. La esperanza es que, en el ámbito de los procedimientos previstos por el Protocolo (nº 2), el diálogo entre las instituciones europeas y los parlamentos nacionales sepa conferir al principio en cuestión los perfiles de equilibrio difícilmente alcanzables a través de fórmulas definitorias.

10. El principio de legalidad penal y sus dos perfiles fundamentales

En una perspectiva constitucional europea, la legitimidad de las normas de carácter penal producidas por Bruselas no está ciertamente condicionada solo por el hecho de que intervengan en sectores de competencia de la Unión y respeten el principio de subsidiariedad descrito anteriormente. Dichas normas, de hecho, deben resultar también conformes al principio de legalidad de la UE. Ahora bien, el problema de la observancia de dicho principio por parte de las fuentes penales europeas ha sido desde siempre muy

41 Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 111.

42 S. 30 de junio de 2009, punto 363.

43 S. 30 de junio de 2009, punto 363.

44 S. 30 de junio 2009, punto 362.

45 S. 30 de junio 2009, punto 363.

46 Cfr., M. KUBICIEL, *Das «Lissabon»-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht*, in GA 2010, p. 105; F. ZIMMERMANN, *Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in Jura, 2009, p. 850.

47 Cfr. N. PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der europäischen Union. Zugleich: einige Ueberlegungen zu den Grenzen und Grundlagen einer legitimen europäischen Kriminalpolitik*, cit., par. VIII, n. 2 in fine.

debatido, y parece cada vez más reflejado dicho debate en el plano de aplicación tras la reciente reforma de los Tratados. Esta última ha implicado de hecho, en particular: la ampliación de las competencias de la Unión en materia penal; un crecimiento del poder de control del Tribunal de Justicia sobre la legitimidad de las fuentes penales de la UE y de las relativas normas nacionales de transposición; el pleno valor jurídico de la Carta europea de los derechos fundamentales, la cual preve expresamente un principio de legalidad enriquecido por el corolario de la retroactividad favorable.

Las razones por las que dentro de la Unión el principio de legalidad penal constituye un tema complejo e interesante son fácilmente comprensibles, cuando se considera por un lado que el presunto déficit democrático europeo —entendido como déficit de legalidad— ha sido durante mucho tiempo el argumento privilegiado por quienes se declaraban contrarios a una competencia penal supraestatal, y por otro lado y más en general, que el principio en cuestión asume perfiles con poca frecuencia muy distintos entre ellos en los Estados miembros,⁴⁸ tanto que es difícil atribuir al mismo características que no generen el descontento de ninguno de dichos Estados.

Puesto que al tema de la legalidad penal europea se le han dedicado numerosos ensayos y monografías⁴⁹ cuyo contenido no es ni siquiera resumible en esta sede, nos limitaremos aquí a realizar algunas observaciones sintéticas, distinguiendo el perfil «histórico-político» de dicho principio (que concierne las cuestiones relativas a los órganos legitimados a producir textos penales a las fases de formación de dichos textos) del al perfil «ahistórico-universal» del mismo (que concierne el problema de la «calidad» de las normas penales, es decir, de su accesibilidad, cognoscibilidad, claridad en el contenido, prevedibilidad de los resultados interpretativos).⁵⁰

10.1. El perfil «histórico-político» de la legalidad penal en la perspectiva de la Unión. Órganos y procedimientos para una legitimación democrática de las normas penales de origen europeo

En lo que respecta al corolario del principio de legalidad tendiente a vincular las normas penales a procesos formativos expresivos del máximo coeficiente de legitimidad de las decisiones político-criminales, se sabe que en Europa subsisten todavía posiciones fuertemente divergentes,

especialmente (pero no sólo) entre los sistemas de *civil law* más atentos a la salvaguarda de la «reserva de ley» y los sistemas de *common law* más sensibles a la dimensión aplicativa del Derecho, y por lo tanto a una «justicia del caso concreto». Por ello, se entiende bien cómo no solo los Tratados, sino también el Art. 7 CEDU y el Art. 49 de la Carta de los derechos de la UE ignoran el perfil «histórico-político» de la legalidad penal. Por lo tanto, la esperanza de que en el ámbito de la Unión surjan vínculos precisos sobre los órganos habilitados para la producción de las normas penales de origen europeo y sobre los procedimientos para la adopción de estas últimas reside solo en la valoración de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros realizada por el Tribunal de Justicia. De hecho, no pocas de las Constituciones de los países de la UE, además de los tradicionales corolarios «ahistórico-universales» de la legalidad, prevén también los relativos corolarios «histórico-políticos». Sin embargo, la concreción de estos últimos a través del recurso a las «tradiciones constitucionales comunes» depende grandemente del criterio mediante el cual estas son identificadas. Al respecto, hemos visto anteriormente que, una vez excluido el criterio del «mínimo común denominador», queda la alternativa entre los criterios del *maximum standard*, de la «orientación prevalente» y de la *better law*,⁵¹ diversas veces acogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora, los tres criterios mencionados presentan la característica común de permitir —aunque sea de distintos modos— no sólo el acogimiento del perfil «histórico-político» de la legalidad que concierne a la identificación de los órganos legitimados para la creación de normas penales europeas, sino también la concreción de dicho perfil en la «democraticidad» de dichos órganos. Por lo demás el corolario de la «reserva de ley» —que, aunque sea con varios matices, es acogido dentro de la mayor parte de los sistemas constitucionales de los países de la UE— expresa precisamente la exigencia de que las normas penales sean creadas por el más democrático de los órganos nacionales, es decir, por el Parlamento. Sustancialmente, pues, el perfil «histórico-político» de la legalidad aparece en Europa permeado de la instancia democrática, la cual no puede por lo tanto ignorarse ni en base al *maximum standard* ni en base a la orientación prevalente. En cuanto al criterio de la *better law*, en su perspectiva «funcionalista» el reconocimiento de la democraticidad de las normas europeas de carácter penal se demuestra muy útil con vistas a la consecución

48 Cfr. A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, en *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 43 ss.

49 A. BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, p. 1-90; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; M. MUNOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo. Legitimidad y Racionalidad*, tesis de doctorado, Ciudad Real, 2010.

50 El carácter «ahistórico-universal» de este perfil de la legalidad hay que reconducirlo al hecho de las diversas exigencias de «calidad» de la norma penal aparecen estrechamente funcionales a la misma naturaleza del mecanismo punitivo. Dichas exigencias, pese a ser advertidas de modo no uniforme de un sistema jurídico a otro, presentan un ámbito tendencialmente universal y en absoluto contingente, que les hace menos sensibles a condicionamientos de matriz histórico-política, y por lo tanto menos inclinados a asumir desarrollos completamente diversos dentro de cada ordenamiento constitucional.

51 Cfr. *supra*, sub par. 5.2.

de los objetivos de la Unión, dado que solo en presencia de este requisito se puede esperar que a la legitimidad de dichas normas no se oponga la mayor parte de los Estados miembros.

Incluso si el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendiente a implementar el principio de legalidad penal europeo mediante el recurso a las tradiciones constitucionales nacionales se manifiesta, en conjunto, desilusionante,⁵² no parece por ello legítimo dudar de que en ámbito europeo el principio de legalidad contenga el corolario de la democraticidad. Bajo este perfil, por lo tanto, al menos en principio, respecto a las normas penales de origen europeo, las de origen nacional estarían dotadas de un nivel superior de legitimación, dada la mayor representatividad y la mayor cercanía a los ciudadanos de los Parlamentos nacionales respecto al Parlamento europeo y más en general respecto a los órganos de la UE implicados en el procedimiento de codecisión.

Cierto es, sin embargo, que no todos los Estados de la Unión demuestran, en los hechos, particular sensibilidad sobre el problema de democraticidad de las leyes penales: y ello no solo cuando el principio de legalidad acogido en estos no comprende el corolario de la reserva de ley, sino también, a veces, cuando el respectivo sistema jurídico, pese a acoger formalmente el mencionado corolario, se manifiesta en los hechos capaz de traicionar la *ratio* democrática. Es emblemático al respecto el ejemplo de Italia, donde la reserva de ley ha sido materialmente comprometida, dejando por un lado un espacio cada vez más amplio a las aportaciones del Ejecutivo en sede de formación de los textos penales, vaciando por otro lado con cada vez mayor frecuencia su carácter democrático incluso en el proceso formativo de la ley ordinaria mediante distorsiones dirigidas a empobrecer o incluso excluir el debate en el seno del Parlamento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, por influencia de la construcción europea, los procesos formativos de las normas de la UE se han ido afinando progresivamente, hasta caracterizarse —tras el Tratado de Lisboa— por un procedimiento en tres fases (ascendente, centralizada, descendiente) ciertamente susceptible de ulteriores mejoras, pero desde ahora para nada insensible al requisito de la democraticidad.

Dicho requisito, a decir verdad, se cumple ya parcialmente en la primera fase, en la que los órganos de la UE habilitados para la producción normativa (la Comisión y el Consejo) interpelan a los Parlamentos nacionales, con el fin de evitar —en la medida de lo posible— la producción de textos que luego se encuentren con el desacuerdo de

los Estados miembros. Baste aquí recordar que sobre la base del primero de los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa —que concierne precisamente el «papel de los Parlamentos nacionales en la Unión europea»— se les asegura la transmisión directa por parte de la Comisión de todos los documentos de consulta, de los actos programáticos de acción de la Unión y de los proyectos de actos legislativos de la Unión. De tal modo se favorece el procedimiento de control sobre la correcta aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad al que se dedica el ya recordado Protocolo n.º 2.

Una notable atención a la democraticidad se da también en la segunda fase del *law making process* europeo, en el cual los textos propuestos por la UE, que han sido ya objeto de discusión entre órganos europeos y órganos nacionales, entran en el meollo del proceso normativo de Bruselas. Con la reciente reforma de los Tratados, de hecho, el «procedimiento legislativo ordinario» se ha convertido en el mecanismo general de adopción de los actos de Derecho derivado, en particular en lo que afecta a la materia penal (Arts. 82 y ss. TFUE). Sobre la base del Art. 294 TFUE, dicho procedimiento subordina la aprobación del texto propuesto al voto favorable del Parlamento europeo, el cual por otra parte no dispone solo del poder de veto, sino que puede por otra parte sugerir modificaciones o aportar enmiendas al texto en cuestión, produciéndose con ello un general y vistoso incremento de la legitimación democrática de los productos normativos de la Unión.

Finalmente, el requisito de la democraticidad se refuerza (o mejor dicho, podría reforzarse) en la tercera fase, que afecta a la actividad de transposición-concreción de los textos penales de la UE por parte de órganos normativos nacionales:⁵³ siempre que, naturalmente, las normas europeas que los Estados miembros están llamados a transponer sean verdaderamente mínimas, para aportar un refuerzo de legitimación a la norma de penal de origen europeo. Ahora, bajo ambos perfiles parece lícito no dar riendas sueltas a excesivos optimismos. Bajo el primer perfil, de hecho, la práctica de las directivas detalladas está hoy muy enraizada en el ámbito europeo, pudiendo suponerse que la tendencia a crear dentro de la Unión preceptos que dejan exiguos márgenes de maniobra a los Estados miembros puede mantenerse también allí donde dichos preceptos están expresamente previstos como penales por las directivas en cuestión. Y bajo el segundo perfil, el ejemplo italiano sobre el efectivo papel desarrollado por el Parlamento nacional en sede de transposición de las directivas de la UE⁵⁴ demuestra cuánto se descuida en los hechos el principio de la reserva de ley.⁵⁵

52 Cfr. A. BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., p. 82 ss; Id., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., p. 53 ss.

53 Solo Reglamentos de la UE que contuviesen tanto el precepto como la sanción penal podrían prescindir de esta fase nacional de transposición-precisión.

54 Pero también en sede de implementación penal de los Reglamentos de la UE carentes de expresas indicaciones sobre la tutela sancionatoria que los Estados miembros están llamados a garantizarles.

55 Cfr. A. BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, p. 85 ss.

En todo caso, se puede considerar que, si el Tribunal de Justicia fuese llamado a valorar la legitimidad de las normas penales de origen europeo a la luz del nivel de democrática de los relativos procedimientos de adopción, el juicio del Tribunal estaría marcado por una gran tolerancia en lo que respecta a la tercera fase del procedimiento normativo europeo. De hecho, como se ha recordado,⁵⁶ el control del Tribunal en materia de principios y derechos fundamentales presenta (o al menos debería presentar) un mayor grado de flexibilidad cuando dicho control concierne no a las normas de Derecho derivado, sino a las normas nacionales que transponen el Derecho europeo, ya que los jueces de Luxemburgo, no podrían no tener en cuenta las peculiaridades de los distintos sistemas nacionales, además del propio interés de la Unión. Ahora bien, en el ámbito de la UE no parece subsistir ningún interés concreto en someter las normas nacionales de transposición al respeto del corolario de la reserva de ley, dado que la única preocupación verdadera de la Unión será probablemente la de no obstaculizar la actividad nacional de transposición de los textos de Derechos derivado pretendiendo el respeto de procedimientos normativos extraños a algunos ordenamientos jurídicos internos, además de verificar la efectividad y la adecuación de la disciplina nacional que transpone las imposiciones (penales) europeas.⁵⁷ Ciertamente es, por otro lado, que precisamente en vista de este último objetivo, el Art. 12 TUE, c) preve una particular valorización de la actividad de los Parlamentos nacionales en cuanto al control de la aplicación de las políticas de la Unión en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. En sustancia, por lo tanto, también en la tercera fase del proceso normativo europeo se confirma la especial atención al dato de la democrática en el sector penal: eso sí, siempre que esta atención se exprese no tanto en un control sobre la democrática de los mecanismos nacionales de transposición o aplicación penal de los textos normativos de la UE, sino sobre la democrática de los órganos llamados a valorar la aplicación por parte de los Estados miembros de las políticas de la Unión en ámbito penal.

Una última observación al margen del perfil «histórico-político» de la legalidad penal en perspectiva europea. El corolario de la democrática de las normas penales de origen europeo se deduce, como se ha visto, tanto del coeficiente de representatividad democrática de algunos de los órganos implicados en la producción de las normas penales de la UE, como de los procedimientos utilizados para la adopción de estas normas. Solo que, bien visto, tanto los mencionados órganos como los procedimientos legislativos en los que están implicados son funcionales a la persecución no solo de la democrática sino también de algunos posteriores principios y de la «calidad» de las decisiones penales de matriz europea. Al respecto, ya se ha recordado el papel de los Parlamentos nacionales en vista del respeto

del principio de subsidiariedad por la intervención de la Unión; pero no hay que olvidar que la interacción entre los Parlamentos nacionales y los órganos de la Unión (Parlamento europeo, Consejo y Comisión) implicados en el proceso de producción de las normas penales de origen europeo, así como las mismas etapas de este proceso, tienden a favorecer también la circunspección, la racionalidad, la proporcionalidad e incluso la claridad-precisión de dichas normas. En definitiva, por lo tanto, merece la pena subrayar que los perfiles «histórico-político» y «ahistórico-universal» de la legalidad, pese a ser netamente distinguibles, no están totalmente desvinculados, en cuanto los procesos formativos de las normas penales no son irrelevantes en vista de la «calidad» sustancial de las normas en juego.⁵⁸

10.2. El perfil «ahistórico-universal» de la legalidad penal de la Unión. Las garantías en materia de vigencia temporal de las fuentes penales europeas

A diferencia de lo que podemos encontrar en relación con el perfil «histórico-político» de la legalidad penal de la UE, su perfil «ahistórico-universal» no puede ser recabado sólo de las tradiciones constitucionales comunes, sino también, e incluso en primer lugar, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 7), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea (Art. 49), así como también de la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo y de Estrasburgo.

Como se sabe, tales normas tienden antes que nada a dictar principios-corolarios garantistas con respecto a la vigencia temporal de las disposiciones penales. Sin embargo —gracias sobre todo al dinamismo interpretativo del TEDH y, aunque de manera más reducida, del Tribunal de Justicia— consagran además la prohibición de aplicación extensiva o analógica de la ley penal y, más en general, la «calidad» de ésta; «calidad» que consistió, respectivamente, en la asequibilidad y la reconocibilidad externa del texto normativo, en la precisión y claridad de dicho texto, en la racionalidad y previsibilidad de su interpretación.

a) Comenzando por lo tanto por las cuestiones relativas a la vigencia temporal de las normas penales de origen europeo, cabe recordar en primer lugar que antes de la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la única norma común a los Estados miembros en materia de legalidad era el Art. 7 CEDH, que en su primer apartado fija el principio de irretroactividad desfavorable de la norma penal, sobre el que por otra parte existía un generalizado acuerdo por parte de todos los Estados de Derecho. Es por lo tanto en el marco de dicha norma y de la relativa actividad hermenéutica de los jueces de Estrasburgo, que el Tribunal de Justicia ha consagrado de modo expreso el principio de legalidad penal, recondu-

56 Cfr., *supra*, sub par., 5.2, nt. 81.

57 Cfr. A. BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., p. 79 y ss.

58 Cfr. C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale o europeo*, en prensa.

ciéndolo al interno de los principios europeos de Derecho no escrito y afirmando que la irretroactividad *in malam partem* de las normas penales constituye un imprescindible corolario de tal principio destinado a vincular también las normas de la UE.⁵⁹

Por otro lado, no se puede ignorar que el propio Tribunal de Justicia, confirmando una actitud «reduccionista» ya evidenciada en sede de interpretación de otros principios y derechos del CEDH, ha conferido en varias ocasiones al principio de irretroactividad una interpretación formalista y, en definitiva, poco garantista. Ciertamente, no es posible detenerse en las razones de orden general por las que los jueces de Luxemburgo, más allá de su afirmación sobre la configuración de los principios y derechos de la CEDH como límites imprescindibles de legitimidad de las normas de la UE, demuestran en los hechos no valorar adecuadamente tales principios y derechos e incluso erosionar parcialmente —en lo que interesa aquí específicamente— el núcleo esencial del principio de legalidad.⁶⁰ Bastará en esta ocasión subrayar que ello ha sucedido especialmente cuando los mencionados juicios, mediante el recurso a argumentos poco convincentes, han considerado legítima la aplicación por parte de la Comisión de sanciones más severas que las realísticamente previsibles en el momento de la comisión del ilícito.⁶¹ El hecho de que tales sanciones sean formalmente no penales, sino administrativas, no afecta al juicio negativo suscitado por esta toma de posición de los órganos jurisdiccionales de la UE: tan es así, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, a la que el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia están llamados a atenerse,⁶² el principio de legalidad del Art. 7 CEDH no se aplica sólo al Derecho penal en sentido estricto, sino también a la entera «materia penal» tal y como es conceptualizada por los jueces de Estrasburgo.⁶³ Por lo demás, con específicas referencias a la corriente jurisprudencial en examen, los jueces de Luxemburgo han reconocido que el principio de legalidad del Art. 7.1 CEDH rige tanto las normas de carácter penal como «los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas.»⁶⁴

b) Sin duda, un replanteamiento en clave garantista de las cuestiones relacionadas con el tema de la vigencia en el tiempo de las normas penales de origen europeo ha tenido lugar tras la adopción en diciembre de 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el principio de legalidad penal ha dejado de constituir en el ámbito de la UE una mera fuente de Derecho no escrito confiada a la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia. Ciertamente es que el Art. 49 de la Carta, que concierne a los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, reproduce en la primera parte del primer párrafo la formulación del Art. 7.1 CEDH. Ciertamente es que a la luz de los Arts. 52.3 y 53 de la propia Carta, en relación al principio de irretroactividad del mencionado Art. 49.1 *ab initio*, subsiste un vínculo tal de interpretación conforme a la jurisprudencia del TEDH en la materia, por el cual podría afirmarse que no se ha producido ningún cambio significativo en materia de retroactividad con la proclamación de la Carta.

No hay que olvidar, sin embargo, que el Art. 49.1 de la Carta ha tenido el gran mérito de hacer mucho más «visible» el principio de legalidad / irretroactividad penal hasta entonces limitado, en el ámbito de la UE, al nivel de principio «implícito.»⁶⁵ Pero lo que no hay que olvidar sobre todo es que la segunda parte del Art. 49.1 de la Carta concede una protección legal mucho más extendida que la permitida a través del Art. 7.1 CEDH, introduciéndose expresamente el ulterior corolario garantista de la retroactividad favorable.

En este momento merece la pena subrayar que el nuevo corolario de la legalidad penal previsto en la segunda parte del Art. 49.1 de la Carta ha tenido significativos efectos a nivel jurisprudencial antes incluso de que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dicha Carta adquiriese plena juridicidad. De hecho, el Tribunal de Justicia, en una conocidísima sentencia del 2005,⁶⁶ ha afirmado que el principio de retroactividad favorable «forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»⁶⁷, y por lo tanto «debe ser considerado como parte integrante de los principios generales del Derecho

59 Tribunal de Justicia, s. 10 de julio de 1984, 63/83, *Kirk*, en *Racc.*, 1984, p. 2689.

60 Para un análisis de dichas razones cfr. BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., p. 56 ss.

61 Sent. 28.6.2005, causa C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-206/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02 (*Dansk Rørindustri*), punto 229; sent. 5.4.2006, causa T-279/02, *Degussa AG*; sent. 18.5.2006, causa C-397/03, *Archer Daniels*; sent. 27.9.2006, causa T-329/01, *Archer Daniels*; sent. 27.9.2006, causa 59/02, *Archer Daniels*).

62 Cfr. antes del Tratado de Lisboa, Art. 6.2 TUE y, después del Tratado de Lisboa, Art. 6.3 TUE.

63 Cfr. *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, dir. por Delmas-Marty, en *Rev. Sc. crim.*, 1987, p. 819 ss. En referencia al filón jurisprudencial en examen, la s. de 5 de abril de 2006, causa T-279/02, (*Degussa AG*), cit., precisa que el principio de legalidad del Art. 7 CEDH informa tanto a las normas de carácter penal como a «los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas» (punto 67).

64 Cfr. sent. 5 de abril de 2006, causa T-279/02, (*Degussa AG*), cit., punto 67.

65 Cfr. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 673 ss.

66 S. 3.5.2005, causas reunidas 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*).

67 *Idem*, punto 68.

comunitario que el juez nacional debe observar cuando aplica el Derecho nacional adoptado para implementar el ordinamiento comunitario.»⁶⁸ Más allá de toda afirmación del Tribunal de Justicia, el reconocimiento por parte de dicho órgano jurisdiccional supremo del corolario de la retroactividad favorable, siempre descuidado anteriormente por el mismo,⁶⁹ parece explicarse no tanto a la luz de las «tradiciones constitucionales comunes» (que en verdad no concuerdan en absoluto sobre el mencionado corolario), sino más bien a luz de la incorporación del corolario en cuestión en el Art. 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales. Esta hipótesis parece tanto más realista si se considera que, al momento de la sentencia en cuestión, la Carta había sido colocada en la segunda parte del Tratado constitucional europeo, que no entraría nunca en vigor por el «no» de Francia y Holanda, pero cuya adopción era entonces considerada próxima en el tiempo por la mayoría; es decir, se considera que la Carta europea era sólo *soft law*, pero que poseía aun así una alta tasa de persuasividad peculiar de muchos actos de *pre-law*. Por lo tanto, por una vez el Tribunal de Justicia, como ya se ha dicho, tradicionalmente orientado a restringir el ámbito garantista de los principios y derechos de la CEDH y en especial de los corolarios del principio de legalidad, ha precedido al TEDH en el desarrollo por vía interpretativa de las garantías penales en materia de sucesión de leyes. Dado que a estas alturas —precisamente al amparo del Art. 49.1 de la Carta y de los avances jurisprudenciales de Luxemburgo—, también los jueces de Estrasburgo han acogido, con una sentencia del 2009,⁷⁰ el principio de retroactividad *in bonam partem*, el cual por lo tanto se establecerá en el futuro como parámetro de legitimidad de las fuentes penales de la UE en el ámbito del control «externo» de los órganos jurisdiccionales de Estrasburgo. Por consiguiente, el principio de retroactividad favorable constituye actualmente un elemento definitivo de la constitución material europea; tanto más definitivo en cuanto, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales ha sido elevada a fuente primaria del Derecho de la Unión.

10.3. Los corolarios «cualitativos» de la legalidad y las fuentes penales europeas antes y después de Lisboa

Un recorrido análogo parecen destinados a tener los corolarios del principio de legalidad que expresan la atención prestada al problema de la «calidad» de las normas penales.

a) Es notorio que, al menos hasta que el sistema jurídico de la Unión no ha poseído una norma propia en materia de

legalidad penal, los jueces de Luxemburgo no han disfrutado de las posibilidades ofrecidas ni por las «tradiciones constitucionales comunes» ni por el propio Art. 7 CEDH para enriquecer el principio de legalidad de los corolarios que afectan la «calidad» de las fuentes penales. En sustancia, el Tribunal de Justicia se había limitado a afrontar la cuestión relativa a la prohibición de interpretación analógica o extensiva de las disposiciones penales o, en general, sancionadoras, de origen europeo: cuestión, ésta, al mismo tiempo distinta pero relacionada con las de carácter estrictamente «cualitativo» que conciernen la accesibilidad y taxatividad de dichas disposiciones, en cuanto a que la prohibición de analogía y de interpretación extensiva participa junto con el principio de taxatividad en asegurar la previsibilidad de los comportamientos penal relevantes y de los respectivos procesados. En particular, en una sentencia de 1979 el Tribunal de Justicia había afirmado —sin, por otra parte, acudir al Art. 7 CEDH— que las disposiciones de Derecho comunitario de contenido sancionatorio tenían que interpretarse restrictivamente, especialmente en el caso en el que no fuesen plenamente satisfactorias bajo el perfil de la taxatividad.⁷¹ Más tarde, en una sentencia de 1996, había precisado que un corolario tanto del principio de legalidad de los delitos y de las penas del Art. 7 CEDH como, más en general, del principio de seguridad jurídica, impone, en sede de determinación de la responsabilidad penal resultante de una ley interna adoptada para transponer una directiva, no aplicar las normas penales de modo extensivo en perjuicio del imputado; y que tal corolario, por lo tanto, obsta al establecimiento de «procedimientos penales posteriores a un comportamiento cuyo carácter censurable no resulte de modo evidente de la ley.»⁷² En este caso, como es evidente, los jueces de Luxemburgo se han limitado a reproponer, en relación con el Art. 7 CEDH, la consolidada jurisprudencia de Estrasburgo sobre la *interpretación razonable* (al ser restrictiva) de la norma penal; *interpretación razonable* que a su vez constituye, para el TEDH, un corolario del principio de previsibilidad de la norma penal.

Por el contrario, por lo menos en el largo periodo transcurrido entre el nacimiento de la Comunidad y la proclamación de la Carta europea, los jueces de Luxemburgo no han encontrado nunca el modo de afrontar los fundamentales corolarios del principio de legalidad que tienen por respectivo objeto la *accesibilidad* y la *taxatividad* de las normas penales de origen europeo. Lo cual puede suscitar sorpresa si se considera que en el mismo periodo el TEDH —mediante formas de interpretación del Art. 7 CEDH extraordinariamente dinámicas, capaces de colmar

68 Idem, punto 69.

69 Cfr. A. DI MARTINO, *Le direttive CE non possono ostare all'applicazione della «pena più mite» anche se ritenuta comunitariamente illegittima*, en *Guida al diritto*, 2005, n. 20, p. 105 ss.

70 S. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

71 S. 13.2.1979, causa 85/76, (*Hoffmann-La Roche c. Commissione*), p. 461 ss., donde por otra parte no se hacía ninguna referencia al Art. 7 CEDH.

72 S. 12.12.1996, causas reunidas C-74/95 y C-129/95, cit., p. I-6609, punto 25.

las lagunas de dicho artículo respecto al perfil «histórico-universal» de la legalidad— se había dedicado a fondo al desarrollo del primero⁷³ y sobre todo del segundo⁷⁴ de los mencionados corolarios «cualitativos» de la legalidad; y si se considera también que las normas penales de origen europeo, por su propia génesis, estructura y (a veces breve) duración⁷⁵ resultan muy frecuentemente de problemático acceso y de insuficiente claridad y precisión.⁷⁶ Probablemente, la infrautilización por parte de los jueces de Luxemburgo de los éxitos hermenéuticos del TEDH en materia de «calidad» de la ley penal se debiera sobre todo a la menor «tendencia» (respecto a los de Estrasburgo) a la valorización de los principios y derechos fundamentales;⁷⁷ a su pertenencia a un órgano judicial «interno» en lugar de «externo» a la Unión europea; finalmente y sobre todo, a la ausencia de un principio de legalidad expresamente sancionado a nivel de Derecho originario de la unión que estimulase al Tribunal de Justicia a implementar los corolarios «ahistóricos» de la legalidad a los que el TEDH (gracias, precisamente, al Art. 7.1 CEDH) ha dedicado siempre la máxima atención.

b) Bien se entienda, por lo tanto, la probable contribución dada por la Carta europea a la mayoritariamente advertida necesidad de que el Derecho de la unión respete los principios de la constitución material europea, y sobre todo los corolarios «cualitativos» del principio de legalidad. En todo caso, en los últimos años es posible notar una mayor atención de los órganos de la Unión a las exigencias de accesibilidad y taxatividad de las normas penales de fuente europea. Y ello incluso si, a decir verdad, el Art. 49.1 de la Carta es un calco del Art. 7.1 CEDH en tanto que no menciona expresamente los referidos corolarios «cualitativos», dejando así que dicho vacío normativo sea colmado tanto por el dinamismo de los jueces habilitados para su interpretación como, más en general, por el aumento de la sensibilidad de todos los órganos de la Unión hacia el tema de la «calidad» de los productos normativos de Bruselas y de los textos nacionales de transposición.

Siendo imposible analizar los múltiples textos de *soft law* adoptados en el ámbito de la UE⁷⁸ con el fin de mejorar la accesibilidad, la taxatividad, la recíproca coherencia de los actos jurídicos de origen europeo⁷⁹ y la previsibilidad de los relativas decisiones, en esta sede nos limitaremos a algunas breves anotaciones en tema de *taxatividad* y de *interpretación razonable* de las normas penales de origen europeo.

10.4 Taxatividad de las normas y razonabilidad de la interpretación en el Derecho penal europeo

a) En referencia al corolario de la *taxatividad*, puesto que también tras el Tratado de Lisboa la Unión ha ampliado en gran medida su poder de intervención en materia criminal, es cada vez más importante aclarar qué obligaciones de claridad y precisión pesan, respectivamente, sobre el legislador europeo y eventualmente sobre el legislador nacional llamado a transponer en el Derecho interno las normas penales creadas por el primero. A tal fin, parece necesario distinguir si la norma penal de origen europeo está contenida en un texto que necesita ser transpuesto (es decir, en una *directiva*, pero también, en referencia a los actos del tercer pilar todavía vigente, en una *decisión marco*) o bien en un texto directamente aplicable (es decir, en un *reglamento*).

a1) Cuando la norma penal tiene origen en una *directiva* (o en un acto de tercer pilar), parece claro que el legislador europeo —llamado a describir, mediante «normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones», las características más importantes de los tipos penales— no está obligado a conferir a dichos tipos un grado de claridad y precisión comparable al que se pretende respecto de los órganos nacionales para la creación de tipos penales de origen interno. En caso contrario, el nivel de taxatividad de las normas penales contenidas en las *directivas* sería incompatible con el margen de discrecionalidad que las *directivas* deben dejar al legislador nacional llamado a implementarlas.

73 Sent. 26.4.1979, *Sunday Times c. Regno Unito, Serie A*, n. 30, par. 49; sent. 25.3.1983, *Silver e altri c. Regno Unito, Serie A*, n. 61, par. 87; sent. 29.3.2006, *Achour c. Francia*, cit., par. 42.

74 A. BERNARDI, «*Riserva di legge*» e fonti europee in materia penale, cit., p. 45 ss.

75 Cfr. G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 981 ss.

76 Cfr. A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario, I - La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 85-96.

77 De hecho —especialmente hasta la llegada de la Carta europea— es la CEDH y no la UE el «lugar» por excelencia de los principio y derechos fundamentales.

78 Cfr. *Risoluzione del Consiglio, dell'8 giugno 1993, relativa alla qualità redazionale della legislazione comunitaria*, in *GU C 166 del 17.6.1993*, p. 1; *Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria*, in *GU C 73 del 17.3.1999*, p. 1-4; *Progetto interistituzionale — «Legiferare meglio»*, in *GU C 321 del 31.12.2003*, p. 1-5; COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003.

79 Ulteriores finalidades distintas aunque relacionadas a las a penas recordadas son también la simplificación y la reducción cuantitativa de la legislación europea: cfr., en particular, el *Progetto interistituzionale — «Legiferare meglio»*, en *GU C 321 del 31.12.2003*, p. 4-5, n. 35 ss.

De todas formas, queda por aclarar hasta qué punto se pueda renunciar al requisito de la taxatividad respecto a las normas penales contenidas en directivas o en otros textos europeos que requieren implementación. A tal fin, en general, parece posible estar de acuerdo con quienes⁸⁰ sostienen que, cuanto más detallada sea la norma penal y deje por lo tanto un modesto margen de discrecionalidad al órgano nacional habilitado para la transposición y precisión en el Derecho interno, tanto más recaerá también sobre el legislador europeo el vínculo de la taxatividad. Ello, teniendo en cuenta que el legislador nacional deberá, de todas formas, hacer todo lo posible para estructurar la norma penal de transposición de modo que quede clara y precisa. En todo caso, sin embargo, aunque las normas penales contenidas en directivas resulten muy poco detalladas, no podrían prescindir totalmente del canon de la taxatividad; en caso contrario, de hecho, dichas normas no podrían ni siquiera dar cumplimiento a su objetivo de armonización.⁸¹ Además, las respectivas normas penales de implementación tenderían, a su vez, a ser no sólo distintas de un Estado a otro, sino también escasamente atentas a las exigencias de claridad y precisión de las que el legislador nacional está llamado a hacerse cargo.

A las mismas conclusiones respecto de la exigencia de claridad que pesa sobre el legislador europeo, se llega también considerando que las jurisprudencias nacionales resultan, cada vez más frecuentemente, condicionadas por la obligación de interpretación de las respectivas legislaciones internas en conformidad con las fuentes europeas. Dicha obligación, de hecho, para traducirse en una clarificación de los confines de lo penalmente relevante y no constituir por el contrario fuente de incertidumbres de todo tipo, postula que las mencionadas fuentes europeas estén provistas de un suficiente grado de taxatividad.

De todos modos, el vínculo de taxatividad de las normas penales contenidas en directivas o en actos del tercer pilar, debería ser meramente funcional a los objetivos específicos del acto en el que se coloca. Parece que apunta en tal sentido la conocidísima sentencia del Tribunal de Justicia⁸² que —tras una cuestión prejudicial efectuada por la *Cour d'arbitrage / Arbitragehof* belga— excluye

el vicio de claridad-precisión de algunas normas europeas de relieve penal contenidas en la decisión marco sobre la orden de arresto europea, a la luz del hecho de que «las normas en examen no constiuyen tipos penales de aplicación directa».⁸³ En el mismo sentido, una ulterior sentencia del Tribunal de Justicia⁸⁴ parece confirmar la legitimidad del recurso, en una norma penal europea, a términos no taxativos si es que se refieren a instituciones de Parte general. En sustancia, ambas sentencias, aunque sobre la base de argumentos diversos y bastante complejos, subrayan que frecuentemente las fuentes penales europeas pueden estar afectadas por una cierta imprecisión, destinada a ser sanada sólo en sede de transposición. Al mismo tiempo, sin embargo, las mencionadas sentencias dejan entender, o afirman expresamente, que en el caso en el que los textos penales europeos contengan las que, con moderna terminología, definimos como «normas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones.» se reclama un cierto grado de taxatividad.

a2) Muy diverso es el vínculo de taxatividad que pesa sobre una norma penal que tiene origen en un *reglamento*. En estos casos hay que distinguir entre *reglamentos penales en sentido estricto* (que contienen tanto el precepto como la sanción) y *reglamentos no penales* cuyos preceptos reciben implementación penal por parte de los Estados miembros.

En cuanto a los *reglamentos penales en sentido estricto*, la cuestión de si el Art. 86 TFUE prevé la atribución de una competencia penal directa para la Unión, recibe en la Doctrina tres soluciones diversas: la primera solución está dirigida a negar dicha competencia,⁸⁵ la segunda a admitirla,⁸⁶ la tercera a admitirla sólo para los preceptos, con la consecuente exclusión de que el reglamento penal indique también el tipo y entidad de las sanciones aplicables.⁸⁷ Pues bien, si nos adherimos a la segunda de estas soluciones, parece evidente que el nivel de taxatividad de los tipos penales contenidos en reglamentos de la UE deberá ser totalmente análogo al de los tipos penales de origen nacional; mientras que si nos adherimos a la tercera solución, dicha exigencia de taxatividad concierne sólo al precepto, quedando sólo sobre las espaldas del legislador nacional

80 Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 738.

81 Objetivo este necesariamente relacionado con las normas penales contenidas en una directiva de armonización o en una decisión marco de armonización; pero por el contrario no siempre presente en todos los textos penales de origen europeo.

82 S. 3.5.2007 C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*.

83 A. MARTUFI, *Qualità intrinseche delle norme penali europee e controllo di legalità*, en prensa.

84 S. 3.6.2008, causa C-308/06, *Intertanko*.

85 Cfr., aunque sea en referencia al Art. III-415 del Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, p. 381-382.

86 Cfr., de nuevo en referencia al Art. III-415 del Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 8-9; MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal «directa» en el Proyecto de Tratado Constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, cit., p. 85 ss. S. RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea. Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2004, pag. 1128 e ss.

(y no por el contrario sobre las del legislador europeo) el peso de precisar el marco penal aplicable. Más en general, estamos de acuerdo con quienes sostienen que siempre que «un acto normativo europeo se dirija a la unificación («plena armonización») de las disposiciones penales de los Estados miembros, dicho acto deberá observar en cuanto tal, como si fuese un tipo penal, el principio europeo de taxatividad;»⁸⁸ principio cuya violación no podría ser sanada por ninguna norma, europea o nacional, de implementación.

Paradójicamente, muy similar resulta el requisito de certeza respecto a los preceptos contenidos en *reglamentos no penales*, a los cuales los Estados miembros brindan formas de implementación sancionatoria de carácter penal. También en este caso, en efecto, el precepto previsto por el reglamento queda la mayoría de las veces sin ninguna modificación, por cuanto —por una serie de factores reconducibles a las difíciles relaciones de integración que existen entre el Derecho comunitario y el Derecho penal⁸⁹— la ley nacional que «penaliza» las violaciones de estos preceptos, se limita la mayoría de las veces⁹⁰ a efectuar una «remisión total» al precepto de la UE, y por lo tanto, nada agrega a su originario grado de claridad y precisión.

Al respecto, merece ser precisado que, con relación a algunos preceptos contenidos en reglamentos comunitarios no penales privados de autónoma tutela sancionatoria, la combinación del principio de leal cooperación, previsto en el art. 4.3, inc. 2 TUE (anteriormente art. 10.1 TCE) y del principio general de proporcionalidad de la sanción, establece en cabeza de los Estados verdaderas y propias obligaciones de incriminación, es decir, hace que en el ámbito de aplicación sancionatoria del precepto contenido en el reglamento, el Estado deba necesariamente recurrir al instrumento penal. En tales casos, obviamente, el precepto del reglamento de la UE «expresado como una forma de tutela penal nacional» deberá poseer el grado de certeza conforme a su «destino penal».

En muchos otros casos, sin embargo, el Estado queda libre de elegir, respecto a los preceptos contenidos en los reglamentos de la UE, la forma de implementación sancionatoria que prefiera (penal o administrativa), pudien-

do ambas resultar no conflictivas para los principios de leal cooperación y de proporcionalidad. No obstante ello, también en estos casos, el precepto del reglamento deberá tener, sin embargo, un elevado grado de certeza, ya que puede siempre transformarse —en algunos, en muchos o en todos los países UE— en un precepto penal. En sustancia, la Unión Europea, no pudiendo saber a priori cuál será la forma de tutela sancionatoria que recibirán en cada País miembro sus preceptos, debería dotarlos de un elevado nivel de claridad y precisión, coherente con su posible tutela penal.

El problema será, entonces, el de comprender los remedios posibles en los casos en que los preceptos penales de origen reglamentario resultaren carentes de precisión. En los casos concernientes a *reglamentos penales en sentido estricto* (que, debe subrayarse, al momento sólo existen en poquísimos, particularísimos y prácticamente ignorados casos de los años sesenta/ochenta del siglo pasado⁹¹), dado que el legislador nacional no podría sanar tal carencia de certeza, el remedio primario será el recurso de invalidez o aquél que proporciona la teoría de los contralímites, una vez que eventualmente se haya admitido que la precisión de las normas penales se configura como un principio supremo o un derecho fundamental. Viceversa, en los casos concernientes a los *reglamentos no penales* dotados de preceptos carentes de certeza y destinados a ser tutelados penalmente por los países miembros, se tratará, antes que nada, de comprender si son posibles, por parte de los legisladores nacionales, formas de intervención sobre los preceptos de los reglamentos en cuestión que mejoren el grado de determinación, sin por esto negar los principios del primado y del efecto directo del Derecho europeo.

Como es fácil comprender, tanto las eventuales, futuras normas de incriminación contenidas en reglamentos penales, como las normas penales derivadas de la interacción entre reglamentos de la UE y las fuentes penales nacionales encargadas de la tutela de los primeros, pueden plantear problemas muy complejos, todavía no adecuadamente investigados.

b) Con referencia, pues, al corolario de la *interpretación razonable* de las normas penales de origen europeo, por

87 Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cas.pen.*, 2010, p. 1146 ss., par. 6.2.

88 Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 738.

89 De hecho, en razón de la primacía de dichos reglamentos sobre la normativa interna y de su directa aplicabilidad, a los órganos legislativos de los Estados miembros está prohibido no solo reelaborar las prescripciones comunitarias en el ámbito de un nuevo precepto penal «nacionalizado», sino incluso reproducir textualmente estas últimas en un acto normativo interno (cfr., por todas, s. del Tribunal de Justicia del 18 de febrero de 1970, causa 40/69, *Bollmann*, in *Racc.*, 1970, p. 69), debiendo por lo tanto limitarse a remitir a éstas. Solo de dicho modo, por lo demás, puede salvarse la exigencia tanto de reservar al Tribunal de Justicia el monopolio de la interpretación de las normas reglamentarias, como de sustraer estas últimas al control nacional de constitucionalidad (como mucho, salvo en los casos en los que dichas normas estén en tensión con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Cfr. s. de la *Corte cost.* de 21 de abril de 1989, n.º. 232, en *Giur. cost.* 1989, I, p. 1001 ss.; sent. 18 de diciembre de 1995, n.º. 509, en *Foro it.*, I, c. 783 ss.), como finalmente de garantizar el efecto inmediato y directo de todo eventual modificación.

90 De hecho, está bien precisarlo, en sede de implementación de normas reglamentarias comunitarias sancionadoras se puede recurrir también, en algunos casos, a técnicas normativas distintas de la de «remisión total». Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, cit., p. 99 ss.

91 Reg. 28/62 art. 5; reg. 188/64, art. 5; reg. 1468/81, art. 19.

lo tanto, de la *previsibilidad* de los relativos antecedentes, nos limitaremos a realizar en este trabajo dos brevísimas consideraciones.

En primer lugar, estas normas son, en ocasiones, particularmente expuestas al riesgo de contradicciones jurisprudenciales. Esto sucederá, en particular, cuando éstas sean consideradas conflictivas respecto de algunos principios inspiradores del sistema jurídico nacional (emblemática es al respecto la norma —por lo demás, prevista por la normativa europea como no vinculante para los Estados⁹²— que sanciona la tenencia de material pornográfico infantil virtual, lo que resulta claramente inconciliable con el principio de ofensividad y de materialidad, no siendo posible probar ni siquiera su peligrosidad, sino sólo su indiscutible inmoralidad. Lo mismo puede afirmarse, *mutatis mutandis*, respecto a ciertas normas en materia de terrorismo caracterizadas por formas de anticipación de la punibilidad tan ampliamente anticipada que conllevan a hablar de un «Derecho penal pre-preventivo»⁹³ en contraste con los principios de proporcionalidad y de *extrema ratio*.) Obviamente, en relación a normas así creadas, tanto carentes de lesividad como ricas de componentes ético-ideológicos, todo tipo de interpretación forzada aparece como posible, produciendo un daño total a la garantía de la «interpretación razonable».

En segundo lugar, merece ser subrayado que respecto a las normas penales de origen europeo, pero también respecto a las normas penales nacionales llamadas a interactuar con el Derecho europeo, el deber de «interpretación razonable» no pesa ya solamente sobre los jueces nacionales, no obstante éstos sean los únicos que conservan el poder punitivo en relación a tales normas. Generalmente, también, los jueces de Luxemburgo, a través de sus sentencias interpretativas, concurren a determinar o invalidar la razonabilidad de las elecciones de los jueces internos. Ahora bien, desde hace tiempo se ha notado que en ocasiones la interpretación de las normas europeas llevada a cabo por los jueces de Luxemburgo, no sólo no ofrece respuestas claras y unívocas al juez interno sino que, en verdad, resulta ser ésta misma la fuente de ulteriores dudas e inseguridades.⁹⁴ Ciertamente, todos saben que cuando se decide sobre los recursos interpretativos, los jueces «europeos» no deben tomar posición sobre la compatibilidad o no de la normativa interna y la normativa de la UE, sólo deben dar la interpretación de la norma europea objeto de la cuestión prejudicial, de este modo, el juez nacional no resulta privado de su rol interpretativo, es decir, no resulta privado de sus (a veces problemáticas) elecciones. Por

otra parte, no es extraño que las respuestas de los jueces de Luxemburgo resulten sustancialmente inútiles, o incluso engañosas, u ofrezcan al juez interno «criterios tan elásticos y opinables que dejan, verosíblemente, abierto el camino a toda posible solución.»⁹⁵ Cuando, en casos de estas características, la jurisprudencia penal nacional se tornara «irracional», en cuanto particularmente contradictoria,⁹⁶ cuál sería hoy (y sobre todo, cuál será mañana, en vista de la adhesión de la Unión Europea a la CEDH) la actitud de los jueces de Estrasburgo para valorar la violación del principio de legalidad tal como ha sido desarrollado por ellos? Ciertamente, se trata de problemáticas nuevas y todavía no estudiadas, sobre las cuales resulta actualmente difícil dar una respuesta.

c) Una última observación debe realizarse con respecto a la aproximación constitucional europea a los corolarios «ahistórico-universales» de la legalidad, y a la tendencia a la ampliación de éstos por vía interpretativa. En un sentencia del TEDH del 2009, la profundización de los contenidos garantistas inherentes a los requisitos de accesibilidad, determinación e interpretación razonable de las normas penales reconocidos por el Art. 7 CEDH, ha conducido a los jueces de Estrasburgo a una verificación sobre los criterios de imputación de la responsabilidad, estableciendo como requisito subjetivo mínimo de imputación la «conciencia y voluntad» del hecho. En extrema síntesis, el TEDH da a entender que los anteriormente mencionados requisitos cualitativos serían vanamente requeridos si luego se pudiese condenar al autor de un delito a título de una simple responsabilidad objetiva, es decir, sin ningún coeficiente cognitivo-volitivo.

Puesto que, como otras veces se ha recordado, la jurisprudencia de Estrasburgo se identifica con la CEDH en cuanto al Derecho originario de la Unión, es posible suponer, entonces, que también el corolario de la «conciencia y voluntad» del hecho ingrese en el principio constitucional europeo de legalidad. Tal vez por esta vía podrían ser —al menos en parte— satisfechas las pretensiones de aquellos juristas que en mérito al principio de culpabilidad parecen no contentarse con la previsión contenida en el art. 48 de la Carta europea de los derechos fundamentales y con la misma norma prevista, en relación a las sanciones administrativas de la Unión, en el art. 5 del regl. (CE, Euratom) 2988/95. Recuerdan que tal principio tiene «su base en la garantía de la dignidad humana» y por lo tanto, forman «parte de la identidad constitucional indisponible»⁹⁷ del Estado, no tolerando por lo tanto ninguna erosión a nivel europeo en virtud de la teoría de los contralímites.

92 Cfr. decisión marco 2004/68/GAI, art. 1, letr. b), iii), art. 3 apdo. 1, art. 5 apdo. 4.

93 *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 741.

94 Cfr. C. PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 67 ss.

95 A. BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti*, coord. por E. Rook Basile, Milano, 1992, p. 252.

96 Cfr. G. SGARBANTI, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia: un dissidio sanato?*, in *Riv. Dir. Agrario*, 1987, p. 314.

97 Bundesverfassungsgericht, S. 30.6.2009, cit., punto 364.

11. Conclusiones

La progresiva afirmación de un Derecho penal europeo, fruto de las competencias sectoriales en materia criminal atribuidas al legislador europeo por los Tratados, pero en primer lugar por la actividad pretoriana de los jueces de Luxemburgo, postula la necesidad de que este Derecho sea sometido a un camino de constitucionalización similar al verificado, también en medida variable, en la mayor parte de los sistemas jurídicos de los países miembros. Asimismo, el particular Derecho penal europeo fruto de la interacción entre preceptos contenidos en reglamentos de la UE y las sanciones penales nacionales previstas para sus respectivas violaciones, requiere un camino análogo. No por causalidad el Tratado de Lisboa, cuando sanciona en forma

definitiva la competencia penal de la Unión, ha ampliado y valorizado los derechos fundamentales UE, previendo para éstos, ulteriormente, más refinados mecanismos de tutela y desarrollo. En este trabajo nos hemos limitado a examinar los perfiles asumidos en el ámbito europeo por los principios de subsidiariedad de la intervención de la Unión y de legalidad, además de señalar algunos problemas relativos a los contenidos de tales principios y a su respeto por parte de la normativa penal de origen europea.

El estudio de estos problemas evidencia que la construcción de un sistema penal supraestatal de carácter garantista implica una continua obra de perfeccionamiento de los procesos legislativos y del sistema multinivel de tutela de los derechos. Esta obra representa un desafío tan ambicioso como arduo para las nuevas generaciones de juristas.