

DERECHO PENAL Y TRATADO DE LISBOA

MARÍA ACALE SÁNCHEZ*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS OBSTÁCULOS A SUPERAR ANTE EL NACIMIENTO DEL *IUS PUNIENDI* EUROPEO
- III. TRATADO DE LISBOA Y EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EUROPEA O PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
- IV. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y EL ELENCO DE BIENES JURÍDICOS A PROTEGER
 1. BIENES JURÍDICOS EUROPEOS
 2. BIENES JURÍDICOS EUROPEIZADOS
 3. EL IMPULSO DE LAS ACCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS
 4. PREVISIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN
- V. OTROS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* EUROPEO: LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 13 de diciembre de 2007 pudo haber pasado a la historia como el día en el que se produjo el nacimiento del —reclamado por algunos y rechazado por otros tantos— *ius puniendi* europeo, con la aprobación del Tratado de Lisboa¹. Con ello, se hubiera logrado culminar con

* Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Cádiz.

¹ Sobre el Tratado de Lisboa en general, aunque no sobre la perspectiva específica —penal— que es objeto de análisis en este trabajo, véanse los primeros comentarios que han visto la luz: BARRET, G., «‘The king is dead, long live the king’: the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments», *European Law Review*, n.º 35-1, 2008, pp. 66 y ss; CRAIG, P., «The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance», *European Law Review*, n.º 33-2, 2008,

éxito una etapa más en lo que a la relación entre Derecho penal y Europa se trata.

El origen de esta nueva situación política europea ha de encontrarse en el rechazo hace unos años por parte de los ciudadanos franceses y holandeses al Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, lo que obligó a los líderes de la Unión a cambiar si no de rumbo, sí por lo menos la embarcación por otra más modesta y menos pesada, renunciando a los oropeles —banderas, himnos, etc.—, así como a ambiciones políticas de unificación —leyes europeas—. Como se verá, a pesar de que las diferencias entre los modelos diseñados por el Tratado de Lisboa y por su antecesor en el ámbito penal son mínimas —es más: casi intrascendentes—², la incidencia que sobre éste tiene la desaparición de las leyes europeas, hace que, de nuevo, se siga a la búsqueda de un Derecho europeo penal, cruzando la senda que marca el actual —y limitado— Derecho penal europeo³.

Y es que, en efecto, en el marco del Derecho comunitario, y durante muchos años, se partía de la base de que el Derecho penal no podía tener cabida en su seno, porque ambos eran considerados «realidades antinómicas»⁴;

pp. 137 y ss.; DUFOURCQ, J., «Après le traité de Lisbonne, quels objectifs stratégiques pour l'Union européenne?», *Revue du Marché Común et de L'Union Européenne*, n.º 516 marzo, 2008, pp. 156 y ss; MOUSSIS, N., «Le Traité de Lisbonne: une Constitution sans en avoir le Titre», *Revue du Marché Común et de L'Union Européenne*, n.º 516 marzo, 2008, pp. 161 y ss. En particular, sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa: DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 417 y ss.

² MOUSSIS, N., «Le Traité de Lisbonne: une Constitution sans en avoir le Titre», *cit.*, p. 162.

³ En este trabajo, bajo la etiqueta «derecho europeo penal» se va a hacer referencia a un futuro momento histórico en el que la Unión europea pueda dictar normas de contenido penal que sean de forma directa aplicable en los Estados miembros. Con la más limitada etiqueta de «derecho penal europeo» se quiere hacer referencia a las normas penales que han de aprobar los distintos Estados miembros para proceder a proteger bienes jurídicos de interés europeo —o europeizados—. En el primer caso se antepone el adjetivo «europeo» al de «penal», en la medida en que se quiere incidir en que se trataría de normas de titularidad europea; en el segundo, se antepone el adjetivo «penal» al de «europeo», en tanto en cuanto se tiene en consideración que prima el contenido —penal— de la regulación, lo que al día de hoy sigue determinando la necesidad de que los Estados miembros procedan a poner en marcha la protección de bienes jurídicos de titularidad supra nacional.

⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Política y Derecho penal en Europa», *Revista Penal*, n.º 3, 1999, p. 61; véase también: ASÚA BATARRITA, A., y DE LA MATA BARRAN-

esta premisa determinaba no obstante un resultado complejo, porque si bien por un lado, no cabía por parte del ente comunitario obligar a los Estados miembros a que intervinieran penalmente en uno o en otro sentido, sí es lo cierto que —por otro lado— nada impedía que directivas y reglamentos incidieran en las legislaciones penales nacionales a través de las leyes penales en blanco, o en lo que al elenco de causas de justificación se refiere. Esto es lo que dio lugar al denominado por Vogel «sistema sancionador de tipo binario»⁵, en el que Europa disponía las infracciones y sanciones administrativas, mientras que los Estados miembros se encargaban de definir las infracciones y sanciones de carácter penal, tarea ésta en la que por otro lado no podían desconocer los intereses comunitarios⁶. Además, durante esta etapa, se dejó ya diseñado el modelo en virtud del cual, la falta de un Derecho penal comunitario no era obstáculo para que se aprobaran distintos instrumentos legales que venían a poner en marcha un Derecho procesal comunitario que aproximaba las legislaciones de los distintos Estados miembros⁷.

Con el tiempo, tras la aprobación del Tratado de la Unión Europea (TUE), se instituyó la Europa política de los tres pilares, en el último de los cuales, se incluyó lo relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal (Título VI TUE), caracterizado porque su funcionamiento no se basaba ya en la integración —como el primer pilar relativo al Derecho comunitario—, sino en la cooperación intergubernamental⁸. Entre sus objetivos destacaba el de «la prevención y la lucha contra la delincuencia» (artículo 2). El instrumento

CO, N. J., «La regulación penal del fraude de subvenciones en los Estados miembros de la Comunidad Europea», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 52, 1994, pp. 6 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, E., «La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho penal español», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 41, 1990, pp. 213 y ss; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Derecho penal y competencias de las Comunidades europeas», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 48, 1992, pp. 811 y ss.

⁵ VOGEL, J., «Frode ai dan degli interessi finanziari delle Comunità Europee (sulle proposte della Commissione formulate in data 7-7-1994 a tutela degli interessi finanziari della Comunità», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n.º 2/3, 1995, p. 604.

⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., «Las subvenciones comunitarias y sus fraudes», en TERRADILLOS BASOCO, J. M. (ed.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 61.

⁷ CASTRONUOVO, D., «El marco del Derecho penal europeo. Salud y seguridad en el trabajo en Derecho penal comunitario y comparado», en TERRADILLOS BASOCO, J. M., y ACALE SÁNCHEZ, M. (eds), *Estudios Jurídicos sobre Siniestralidad Laboral*, Ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, pp. 182 y ss.

⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y BLANCO CORDERO, I., «El modelo penal de la Constitución Europea», en CARBONELL MATEU, J. C., y otros, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 290.

normativo destinado a incidir directamente en las legislaciones penales de los Estados miembros era el de las Decisiones Marcos, instrumento que, sin embargo, nació con sus efectos claramente limitados⁹.

Si se observa, con el transcurso de los años, se había pasado de forma perceptible de una situación en la que Derecho penal y Europa eran considerados realidades antinómicas, a otra en la que urgía la necesidad de aproximar las legislaciones penales. En lo penal, la lógica de la evolución imponía como última fase de la construcción europea, el nacimiento de un verdadero Derecho europeo penal, que unificara la protección de determinados bienes jurídicos de titularidad *supra* estatal. Pero para ello, era necesario que previamente se reconociera un *ius puniendi* europeo.

Lejos de lo esperado por algunos —y de lo temido por otros—, como se pondrá de manifiesto, la aprobación del Tratado de Lisboa, y con él, la renuncia al Tratado de una Constitución para Europa, ha provocado —de nuevo— un estancamiento en cuanto a las relaciones que han de establecerse entre el Derecho penal —como instrumento protector de los bienes jurídicos más importantes— y el Derecho europeo —generador de bienes jurídicos propios que reclaman la tutela de aquél—. Más que culminar pues ningún largo proceso en la europeización del Derecho penal de los países miembros, con la creación de un verdadero Derecho europeo penal¹⁰, lo único que se hace es profundizar en la andadura ya experimentada del Derecho penal europeo.

En este tránsito, hay que reconocer la importancia de la labor del Tribunal de Justicia —al que Tratado de Lisboa denomina «Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (artículo 2.7)—, que en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo, C-176/03, vino a reconocer la posibilidad de que el Derecho comunitario obligara a los Estados miembros a imponer sanciones penales a los autores de determinadas conductas que afectaran a bienes jurídicos comunitarios (como los intereses económicos, el blanqueo de capitales, o el tráfico ilegal de personas, o de drogas), así como a otros bienes de interés comunitario, a través de directivas (primer pilar), sin tener que recurrir a la vía de las Decisiones Marco (tercer pilar)¹¹. En ese mismo

⁹ CASTRONUOVO, D., «El marco del Derecho penal europeo. Salud y seguridad en el trabajo en Derecho penal comunitario y comparado», *cit.*, p. 184.

¹⁰ MIRÓ LLINARES, F., «Cooperación judicial en materia penal en la Constitución europea», en ÁLVAREZ CONDE, E., y GARRIDO MAYOR, V. (eds.), *Comentarios a la Constitución Europea*, L. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1.203.

¹¹ En extenso: ACALE SÁNCHEZ, M., «Sentencia de 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03-Medio ambiente, Derecho Penal y Europa», *Revista de Derecho Comunitario*

sentido se ha vuelto a manifestar dicho Tribunal en su sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo, 440/05, en relación con la Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques debido a su adopción fuera del marco legislativo ordinario¹².

Ha de recordarse no obstante, que el Tratado entrará en vigor el próximo 1 de enero de 2009, una vez que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad: habrá que estar por tanto pendientes de lo que todavía tenga que suceder.

II. LOS OBSTÁCULOS A SUPERAR ANTE EL NACIMIENTO DEL *IUS PUNIENDI* EUROPEO

El primer obstáculo con el que tradicionalmente se ha topado el nacimiento del *ius puniendi* europeo ha sido el de la falta de una sólida base democrática de las normas emanadas de las instituciones europeas, en particular, por la falta de elección directa de los órganos sobre los que recae la potestad legislativa: como es sabido, el principio de legalidad penal no sólo se constituye en un límite formal a la intervención estatal —que exige que las normas que lo conforman tengan rango de ley orgánica—, sino que además es un límite de carácter material, que también exige una sólida base democrática que legitime las decisiones en materia de intervención penal en uno o en otro sentido¹³.

En esta línea, el Tratado de Lisboa no termina de solventar el entuerto planteado durante años, a pesar de que diseñe un modelo en virtud del

Europeo, n.º 26, 2007, pp. 171 y ss.; véase HATZOPOULOS, V., «With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice», *European Law Review*, n.º 33, 2008, pp. 44 y ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Competencia de la Comunidad Europea en el ámbito penal y procesal penal», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 316 y ss.

¹² Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo, C-440/05, *DO C* 315 de 22.12.2007, pp. 9-10.

¹³ Véase el análisis que realiza de dicho principio SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, *cit.*, pp. 251 y ss.

cual, los miembros del Parlamento europeo —sobre el que recae en mayor medida la facultad de legislar—, sean elegidos directamente por los ciudadanos de la Unión, pues encarga dicha labor legislativa además de a aquél, al Consejo, compuesto por un representante ministerial de cada uno de los Estados miembros y que, por tanto, se trata de un órgano que carece de la legitimidad democrática a la que se alude; el modelo diseñado no tiene otro objetivo que el control mutuo, ante la falta de confianza por parte de los Estados en la construcción del entramado normativo europeo por las propias instituciones europeas. Con ello, como afirmaba Miró Llinares —en relación con el texto del Tratado de Constitución—, «sigue pues existiendo cierto déficit democrático en el sentido de que se concede poder legislativo a un órgano del poder ejecutivo y no elegido democráticamente por los ciudadanos»¹⁴.

Por otro lado, ha de tenerse en consideración que a pesar de lo anterior, tampoco la iniciativa legislativa en materia penal va a recaer en las instituciones europeas mencionadas, pues es el Consejo Europeo, formado por los jefes de Estado, que por tanto carece de aquella legitimidad europea directa, el encargado según el artículo 68 de definir «las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia»: con ello, parece que se está haciendo recaer sobre éste —el Consejo Europeo— la potestad para orientar las líneas de intervención de la Unión en esta concreta materia, esto es, el señalamiento de la política criminal que sostenga dichas iniciativas. Quizás debió ser el Parlamento europeo el encargado de esta función, soslayando así los problemas de falta de la base democrática de partida¹⁵.

Pero al margen ya de las limitaciones estructurales al propio modelo de Europa, también desde el ámbito del Derecho penal se han alzado las voces de un sector de la doctrina que rechaza la atribución de competencias penales a la Unión Europea, en el entendimiento de que con ello, se estaría ante el nacimiento de un nuevo ente generador de más Derecho penal, en un momento histórico, en el que se coincide en afirmar que ha de ser un Derecho penal de mínimos, que sólo debe intervenir en contadas

¹⁴ MIRÓ LLINARES, F., «Cooperación judicial en materia penal en la Constitución europea», *cit.*, p. 1.211. Véase: TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 20, 2005, p. 33.

¹⁵ Y ello con independencia de que posteriormente el art. 82 TFUE establezca un mecanismo en cuya virtud un Estado miembro pueda paralizar un proyecto de directiva cuando afecte a «aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal».

ocasiones. En este estado de cosas, residenciar otro *ius puniendi* en otro ente, sería tanto como multiplicar las fuentes generadoras de normas penales y, por tanto, pasar de un Derecho penal de mínimos, a otro de máximos¹⁶.

No obstante, desde un punto de vista puramente penal, este razonamiento ha de ser rechazado, en la medida en que se puede defender la existencia de un Derecho penal mínimo y simultáneamente la existencia de un nuevo ente que, en la medida en que es capaz de generar bienes jurídicos propios, sea capaz de llevar su tutela hasta el fin, esto es, sea capaz de definir los bienes jurídicos en juego y de señalar las sanciones que velen por la preservación de aquéllos —tengan éstas la naturaleza que tengan—. La cuestión se reduciría simplemente a consensuar en sentido estricto el catálogo de los bienes jurídicos a proteger. Y para legitimar en este sentido el nacimiento de este Derecho europeo penal, bastaba con anclarlo desde el inicio en sólidos principios que sirvieran de límites a su puesta en escena, de forma que actuaran como resortes que coartaran las ansias de un futurible legislador europeo punitivista.

Como se verá a continuación, el Tratado de Lisboa contiene el andamiaje imprescindible como para haber diseñado ese Derecho europeo penal, con la selección de un elenco de bienes jurídicos protegidos a través de un catálogo más o menos cerrado de eurodelitos, así como con la inclusión de límites formales y materiales al *ius puniendi* europeo. Y a pesar de ello, como se verá a continuación, no se ha dado el paso definitivo.

III. TRATADO DE LISBOA Y EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* EUROPEA O PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD¹⁷

El Título V —bajo la rúbrica «espacio de libertad, seguridad y justicia»— del ahora denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), contiene previsiones específicas de naturaleza puramente penal¹⁸.

¹⁶ Por todos, véase al respecto: DONINI, M., «Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria», en el mismo, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penale in Italia*, Ed. Cedam, Milán, 2003, p. 116.

¹⁷ Como es sabido, el Tratado de Lisboa somete a una amplia reforma al TUE así como del Tratado de la Comunidad Europea, al punto que éste último pasa a denominarse «Tratado de Funcionamiento». A no ser que se señale lo contrario, los preceptos de ambos Tratados que a continuación van a ser citados se corresponden con la redacción dada a los mismos en Lisboa.

¹⁸ Ver DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia...», *cit.*, pp. 432-433.

Antes de pasar a desglosar su contenido hay que tener en consideración que, según establece el artículo 3 TFUE, las competencias relativas al «espacio de libertad, seguridad y justicia», son compartidas entre la Unión y los Estados miembros, con lo que, desde el pórtico, se están dejando sentadas las fuentes —plurales— de emanación de normas en esta materia, fuentes que quedan desde este momento condenadas a entenderse. Si se tiene en consideración que en el Tratado de Constitución para Europa se consagraba expresamente —en su artículo I.6— el principio de primacía, y que el Tratado de Lisboa guarda silencio al respecto, quizás se concluya equivocadamente destacando la importancia cualitativa del cambio operado. No obstante, una cosa es dejar sentadas las bases sobre una posterior distribución de competencias, y otra muy distinta que el principio básico de la primacía del Derecho europeo haya sido abandonado. Como afirma Martín Pérez de Nanclares se trata de un principio «irrenunciable»¹⁹.

Además establece que las medidas legislativas que emprenda el Derecho europeo tendrán que tener en consideración el principio de subsidiariedad en los términos establecidos en el Protocolo de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que en su artículo 7 establece que «cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo 2 del apartado 1, el proyecto deberá volver a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 61 TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia»: se incluye pues una previsión que garantiza que los Estados miembros van a tener mayor fuerza en esta materia que cuando de otras se trate. De esta forma, la asunción de competencias en materia de libertad, seguridad y justicia se hace desde un punto de vista que intenta poner límites a la intervención europea, dando prioridad a las legislaciones penales de los Estados miembros²⁰.

¹⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Estudio preliminar», en www.realinstitutoelcano.org, también en *Tratado de Lisboa*, edición preparada por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y URREA CORRES, M., Marcial Pons - Real Instituto Elcano, 2008, pp. 13-48.

²⁰ Dentro todavía del capítulo de disposiciones generales el artículo 75 da pautas para la prevención y lucha contra el terrorismo y las «actividades relacionadas con él»: el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario «un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios

El objetivo general a alcanzar en el seno de dicho espacio es el de «garantizar un nivel elevado de seguridad». Con ello, el dilema entre «seguridad» y «garantías individuales» entra en la escena del Derecho penal europeo; y en este sentido, quizás haya que tenerse en consideración que la seguridad no puede ser utilizada a modo de estandarte libertino que permita cualquier iniciativa de política criminal. La legitimidad de un modelo político criminal basado en la idea de seguridad sólo se alcanza respetando los principios que tradicionalmente inspiran al Derecho penal, en particular, los de resocialización, dignidad personal y humanidad de las penas, es decir, los límites materiales al *ius puniendi* propios de un Estado de Derecho²¹.

Dicho objetivo se prevé alcanzar a través de un conjunto de medidas distribuidas en cuatro niveles; el primer lugar lo ocupan las medidas de «prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y la lucha contra ellos»; el segundo, las de «coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales»; en tercer lugar se encuentran las de «reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en materia penal»²², y, sólo finalmente, «si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales». De estos cuatro niveles, las medidas que se incluyen en el segundo grupo tiene una naturaleza puramente procesal, mientras que las incluidas en el tercer escalón tienen un carácter mixto penal (porque entre otras cuestiones, dará lugar a apreciar la reincidencia) y procesal. Las otras dos tienen una indudable naturaleza penal.

En efecto, en relación con las medidas relativas a la prevención de la delincuencia, llama la atención la angostura de la letra de la ley, pues si se observa, en esta sede sólo se hace referencia a eso, esto es, a la «preven-

económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales». Sobre el principio de subsidiariedad puede verse: BARRET, G., «‘The king is dead, long live the king’: the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments», *loc. cit.*, pp. 68 y ss; CRAIG, P., «The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance», *loc. cit.*, pp. 149 y ss.

²¹ BARATTA, A., «Seguridad», *Capítulo Criminológico*, n.º 29, 2001, p. 23; ACALE SÁNCHEZ, M., «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.), *Serta in memoriam Alexandra Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 1.226.

²² Véase al respecto: GUTIÉRREZ-ZARZA, A., «El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales y la lucha contra el fraude en la Unión Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, *cit.*, pp. 109 y ss.

ción de la delincuencia», obviando mención alguna a la sanción —aunque en el interior del Tratado se hace referencia a ellas—, a pesar de que es a través de ella como previene el Derecho penal la delincuencia. Por otro lado, si se observa, se guarda silencio en torno a la necesidad de prestar asistencia a las víctimas, las cuales quedan relegadas a la condición de mero apéndice procesal²³: en efecto, es el artículo 82.2 TFUE el que dentro de las medidas para el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial establece que se aprobarán normas mínimas mediante directivas que irán referidas entre otras cuestiones a «los derechos de las víctimas de los delitos».

En el cuarto y último escalón, se incluye el recurso a la aproximación de las legislaciones penales, pero sólo «si es necesario»: las cautelas que se reflejan en la dicción legal son claras. En es sentido, la primera nota que caracteriza al Derecho penal nacido del Tratado de Lisboa la marca el principio que se podría denominar *ultima ratio* europea, en virtud del cual, sólo cuando sea necesario, se llevará a cabo la aproximación de las legislaciones penales nacionales, que son las se rigen por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal²⁴.

IV. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y EL ELENCO DE BIENES JURÍDICOS A PROTEGER

El Tratado de Lisboa recoge en su interior —originariamente, por tanto— un catálogo cerrado de bienes jurídicos de naturaleza puramente europea y obliga a los Estados partes a que procedan a protegerlos penalmente (artículo 83 TFUE). Es lo que se denomina Derecho penal europeo esencial²⁵. Junto a él, establece las bases en virtud de las cuales crezca el anterior catálogo de forma sucesiva —y, por tanto, derivada—.

Ambas previsiones dan forma al que pudiera considerarse núcleo duro del Derecho penal europeo. En su interior, como se verá, destaca la falta de referencia expresa al fraude a los intereses financieros de la Unión,

²³ Restándole así la importancia que a las mismas otorgó en el ámbito europeo la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 082, 22/03/2001).

²⁴ Sobre las relaciones entre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, véase DONINI, M., «Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria», *cit.*, pp. 124 y ss.

²⁵ MIRÓ LLINARES, F., «Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea», *cit.*, p. 1.211.

cuestión ésta que el Tratado de Lisboa separa de la anterior: lejos de ser una cuestión puramente sistemática, como se verá, la separación de ambas materias se lleva a cabo por parte del legislador de forma muy consciente, poniendo con ello de manifiesto que quizás sea con relación a la lucha contra el fraude donde se encuentre la semilla de la que terminará germinando el Derecho europeo penal. Aunque para ello, como se verá, haya que seguir esperando.

1. BIENES JURÍDICOS EUROPEOS

El artículo 83.1 TFUE establece que el Parlamento europeo y el Consejo podrán establecer mediante directivas a través del procedimiento legislativo ordinario «normas mínimas» relativas a la definición de las «infracciones penales» y de las «sanciones» en ámbitos de «especial gravedad» —que posteriormente tasa el párrafo segundo de este artículo—, que además tengan una dimensión transfronteriza derivada del «carácter», o de las «repercusiones» de dichas infracciones, o de la «necesidad particular» de combatirla según criterios comunes: estos son pues los puntos esenciales sobre los que levanta la Unión su capacidad para obligar a los Estados a dirigir su actividad legislativa en materia penal; podrá comprenderse fácilmente que en este contexto, lo que haya que entenderse por «normas mínimas» pasa a ser la cuestión esencial.

En un principio, parece que se trata de normas mínimas con relación a la identificación del catálogo de figuras delictivas. Ahora bien, en la medida en que el Tratado de Lisboa no supone una etapa distinta, sino simplemente un momento posterior al actual desarrollo del acervo comunitario, por el contenido de las Decisiones Marcos aprobadas durante los últimos años, todo apunta a que dichas previsiones van a abarcar también cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal y, por ende, tomarán partido en torno al castigo expreso de la tentativa, la tutela de bienes jurídicos colectivos, las formas imprudentes o la participación —entre otras—.

Los delitos que pasan a ser pues competencia europea son aquellos que tengan una «dimensión transfronteriza», es decir, que extiendan sus efectos más allá de uno de los Estados miembros. La misma se obtendrá bien por el «carácter» de las infracciones, esto es, porque afecte a bienes jurídicos directamente relacionados con la esencia de la Unión Europea (por ejemplo, conductas relativas a la introducción de drogas, o de personas, o

de capitales dentro de su territorio), bien con las «repercusiones» que vayan a tener en más de uno de los Estados miembros (por ejemplo, la contaminación transfronteriza). El último criterio al que se hace referencia tiene naturaleza puramente preventivo general: la necesidad «particular» en un momento dado de combatir determinada clase de delincuencia.

Tampoco queda claro hasta dónde pueden llegar esas normas mínimas en materia de penas. Por ejemplo, no se alcanza a comprender hasta dónde podrá llegar la coerción del Derecho europeo para que un Estado sancione una conducta con una «concreta» pena, por ejemplo, de prisión o de multa de una determinada duración. A esta compleja labor de uniformización se añade otra: y es que precisamente en materia de penas es donde existe una mayor desuniformización de los Derechos penales de los Estados miembros; basta recordar que el ordenamiento jurídico italiano o el alemán, siguen conservando si quiera como *nomen iuris* la pena de cadena perpetua, mientras que, por el contrario, en España las penas son temporales, dándose la situación paradójica de que la pena de prisión española temporal, es más perpetua que la perpetua alemana (art. 57.a *StGB*) o italiana (art. 22 del *Codice Penale*). Finalmente, dentro del apartado relativo a las sanciones penales a imponer ha de hacerse referencia también al espinoso —por complejo— problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, problema al que se ha hecho frente por parte de los Estados miembros de formas muy diversas²⁶.

Ha de tenerse en consideración que tanto en lo que se refiere a las normas mínimas en materia de delitos, como en materia de penas, se corre el riesgo de intentar uniformar las distintas culturas jurídicas que forman parte de la Unión. En este sentido, quizás baste con desarrollar «una política criminal unida en la diversidad, que respetando identidades históricamente fraguadas, supere las antiguas divisiones»²⁷.

Los ámbitos de especial gravedad vienen tasados en el propio artículo 83.1 párrafo 2.º TFUE: terrorismo²⁸, trata de seres humanos y la explo-

²⁶ Por todos véase: SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, cit., pp. 143 y ss.

²⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, loc. cit., p. 226.

²⁸ Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (*DO L 253*, 29/9/2005).

tación sexual de «mujeres y niños»²⁹, tráfico ilícito de drogas³⁰, tráfico ilícito de armas, blanqueo capitales³¹, corrupción³², falsificación de medios de pago³³, delincuencia informática³⁴, así como delincuencia organizada³⁵. Se trata pues de un elenco de materias completamente europeizado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa a través de distintas Decisiones Marcos. Estos serían los bienes jurídicos propiamente europeos³⁶.

Si se observa, las conductas aquí incluidas no son idénticas: así, un primer grupo de materias se refieren al castigo del «tráfico» de personas,

²⁹ Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (*DO L 203, 21/8/2002*) y a la Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, para reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (*DO L 328, 5/12/2002*).

³⁰ Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delito y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (*DO L 325, 4/4/2004*).

³¹ Decisión Marco 2001/500/JAI, del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (*DO L 182, 5/7/2001*).

³² Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (*DO L 92, 31/7/2007*); Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 (*DO C 195, 25/6/1997*).

³³ Decisión Marco 2001/413/JAI, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo (*DO L 149, 2/6/2001*).

³⁴ Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, sobre los ataques contra los sistemas de información (*DO L 69, 16/3/2005*).

³⁵ En materia de delincuencia organizada, véase el Proyecto Común europeo de Lucha contra la criminalidad organizada, elaborado por las universidades de Castilla La Mancha, Pablo de Olavide, el Instituto Max Plank de Friburgo, así como la Fiscalía de Palermo. La propuesta de eurodelitos fruto de los trabajos de esta comisión puede verse en TIEDEMANN, K. (dir.), NIETO GARCÍA, A. (coord.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003. Un comentario sobre dicha propuesta puede verse en FOFFANI, L., «L'armonizzazione del Diritto penale dell'economia nell'Unione Europea: il Progetto 'Eurodelitti'», en el mismo (ed.), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Ed. Giffré, Milán, 2006, pp.143 y ss.

³⁶ PICOTTI, L., «La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, cit., p. 79.

de drogas y de armas dentro del territorio de la Unión. Aunque no se aclara en este punto de forma expresa, tal como señala el número 1.º del artículo 83, dicho tráfico ha de tener un carácter transfronterizo, sin que se especifique si se trata de un tráfico externo (introducción de drogas, armas o personas desde fuera de la Unión) o también interno (tráfico entre distintos Estados de dichas sustancias y personas). Por otro lado, en relación con la explotación sexual, obsérvese que sólo se hace referencia a la «explotación sexual de mujeres y niños», por lo que otras clases de explotaciones sexuales, en particular la que afecta a los hombres, parece que no entran a formar parte de este Derecho penal europeo mínimo. No obstante, como es sabido, la explotación sexual de los hombres es una de las formas de la trata de seres humanos y, por tanto, el hecho de que se resalte la explotación sexual de niños y mujeres no tiene más que una finalidad puramente simbólica, que en este momento, se debería haber rehuido de utilizar.

A ellos se une los delitos de terrorismo, que merecen una atención autónoma; como afirmaba la Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, éste es la forma más grave de atentar contra los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sobre los que se fundamenta la propia Unión Europea, por lo que hay que deducir, de forma silogística, que el terrorismo constituye un atentado contra la propia Unión Europea³⁷.

A continuación se puede unificar el análisis del fundamento de los bienes jurídicos europeos relacionados con el blanqueo de capitales y la falsificación de los medios de pago: sin duda alguna, la existencia de una moneda única en casi todos los países de la Unión favorece el nacimiento de intereses europeos relacionados con ella, lo que justifica el nacimiento de esa necesidad de proteger los bienes jurídicos en juego (por ejemplo, a través de instrumentos comunes de lucha como el decomiso de los activos).

Por otro lado, se incluye la referencia expresa a la «corrupción», sin que se señale si se refiere a la corrupción pública o privada. No puede olvidarse en este sentido el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunida-

³⁷ Ampliamente: ACALE SÁNCHEZ, M., «Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y su transposición al Derecho penal español», en GARCÍA RIVAS, N. (ed.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 217 y ss.

des Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea³⁸, en cuya Exposición de Motivos, se puso de manifiesto la necesidad «de adaptar —vía asimilación— las legislaciones nacionales en la medida en que no tipifiquen como delito los actos de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y en los que estén implicados funcionarios comunitarios o funcionarios de otros Estados miembros»³⁹. En relación con este tema, las diferencias en torno al distinto tratamiento en los distintos Códigos penales europeos son obvias: así, por ejemplo, Italia mantiene en su Código el delito de *concussione*, que no existe en el Código penal español⁴⁰.

Finalmente, merecen un examen conjunto la referencia en el interior del párrafo 2.º del artículo 83.1 a la «delincuencia informática» y a la «delincuencia organizada». En efecto, si se observa, en estos casos se utiliza un criterio de marcado carácter criminológico. En este sentido, la referencia a la delincuencia organizada⁴¹ es, por un lado, puramente reiterativa, en la medida en que con ella se hace referencia a delitos que anteriormente ya han sido señalados; pero, por otro, sirve para ampliar mucho

³⁸ DO C 195, 25/6/1997.

³⁹ En su artículo 6 contiene las reglas de la aplicación de las respectivas leyes penales nacionales en el espacio; *vid.* NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda pública comunitaria: de la asimilación a la unificación», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, A Coruña, 1998, pp. 225-226; del mismo, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, ed. Praxis, Barcelona, 1996, pp. 5 y ss. Sobre el concepto de «corrupción» véanse también del mismo autor NIETO MARTÍN, A., «Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: la corrupción como ejemplo», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006 (www.cienciaspenales.net), sin paginar.

⁴⁰ No obstante, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal español publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 15 de enero de 2007 preveía ya su introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre la legislación italiana véase FOFFANI, L., «La ‘corruzione fra privati’ nel nuovo Diritto penale societario: un primo passo o un’occasione mancata?», en ACQUAROLI, R., FOFFANI, L. (eds.), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, ed. Giuffrè, Milán, 2003, pp. 377 y ss.

⁴¹ Ver: PAPA, M., «Repressione del crimine organizzato: interessi italiane e prospettive transnazionali», *Diritto Penale e Processo*, n.º 7, 2002, pp. 797 y ss. Sobre los problemas que plantea el castigo de los actos cometidos en el seno de organizaciones en Italia: LIGUORI, U., «La possibilità di configurare la C.C. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma», *L’Indice penale*, n.º 1, 2004, pp. 163 y ss.

el elenco. Así, el «terrorismo» no es más que una clase de delincuencia organizada. Además, en la mayoría de las ocasiones, las conductas relativas al tráfico de drogas, de personas, de capitales, se llevan a cabo en el seno de organizaciones criminales por la complejidad de las operaciones que deben realizar. En definitiva, se confunden bienes jurídicos con características de los concretos ámbitos de la criminalidad en atención al sujeto activo. Pero además, como se decía, va a abrir las puertas a ese Derecho penal europeo a toda la delincuencia organizada, con independencia de los delitos cometidos, aunque eso sí, responda al carácter transnacional que se predica de todas estas materias, por un lado, y por otro, al «carácter», las «repercusiones de dichas infracciones» o la «necesidad particular» de combatirla. Por ejemplo, la Unión podrá dar indicaciones penales a los Estados partes con relación al castigo de las organizaciones criminales que se dediquen a introducir en su territorio géneros corrompidos. Lo mismo ocurre con la referencia a la inclusión de la «delincuencia informática»: en lugar de mencionar en este caso a un bien jurídico, lo que se consigue de esta forma es incorporar al elenco de conductas que conforman originariamente ese Derecho penal europeo todos los atentados contra bienes jurídicos cometidos a través de medios informáticos: una estafa o una calumnia, esto es, delitos que afectan a bienes jurídicos tan distintos como el patrimonio o el honor; pero también un fraude de subvenciones comunitarias cometido a través de Internet: posteriormente se analizarán las previsiones específicas del Tratado de Lisboa en esta concreta materia.

El efecto provocado es llamativo, pues si bien por un lado se aprecia como se cierra el catálogo —con la inclusión expresa de un número tasado de delitos—, se amplía, por otro, al hacer referencia a la delincuencia organizada y a la delincuencia informática.

Y aquí acaba el catálogo cerrado de figuras delictivas a las que se refiere de forma expresa el artículo 83.1 TFUE. Y sin embargo, el párrafo tercero de ese mismo artículo deja abierta la posibilidad de su ampliación, cuando señala que «teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento europeo». En este punto es donde —con mayores márgenes— se establecen las bases para la posterior asunción de competencias en materia penal por parte de la Unión. No obstante, como cláusula de salvaguarda de la soberanía de

los Estados miembros en materia penal, ha de observarse que dicha tarea se limitarán a aquellos supuestos que obedezcan a los criterios establecidos en el apartado anterior: esto es, habrá que tener en consideración, la dimensión transfronteriza derivada «del carácter», o de las «repercusiones» de dichas infracciones, o de la «necesidad particular» de combatirla según criterios comunes. Estos criterios sirven pues como cierre y como forma de limitar los nuevos ámbitos del Derecho penal europeo derivado; ahora bien, a pesar de que efectivamente se constituyan en límites, hay que tener en consideración que se trata de criterios sumamente amplios, por lo que habrá que esperar a la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea haga de los mismos. La utilización de semejantes elementos normativos no viene más que a desdibujar los límites, causando, con ello, inseguridad jurídica.

Al margen de otras cuestiones relativas a la oportunidad política, dos son las ausencias más destacadas en el interior del Derecho penal europeo esencial originario: por un lado, no se hace ninguna previsión expresa a la posibilidad de que la Unión proporcione a los Estados miembros normas mínimas para definir las conductas constitutivas de delito contra el medio ambiente, así como respecto a las sanciones a imponer a los responsables de los mismos, que, como se sabe, es la materia que dio lugar a la importante Sentencia 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03⁴² y posteriormente a la Sentencia 23.10.2007, Comisión/Consejo, C-440/05⁴³; idéntica omisión se produce en torno a la posibilidad de que se den indicaciones penales en materia de protección de los intereses financieros de la Unión Europea, materia ésta que, desde un inicio, se pensó que constituirían la base de un futuro Derecho europeo penal⁴⁴. El hecho de que a ninguna de

⁴² ACALE SÁNCHEZ, M., «Sentencia de 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03-Medio ambiente, Derecho Penal y Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo cit.*, pp. 171 y ss. El artículo 11 TFUE establece que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

⁴³ Sentencia *cit.* en nota 12.

⁴⁴ TIEDEMANN, K., «Le frode alle sovvenzioni: origine di un Diritto Penale Europeo?», *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, n.º 3, 1999, p. 566; más recientemente, pero en la misma línea: del mismo autor, «Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico, cit.*, p. 174. En el mismo sentido, VERVAELE, J., «La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario. ¿Hacia un 'espacio penal europeo'?», *Cuadernos de Política*

estas dos trascendentes cuestiones se haga referencia expresa, no significa que vayan a quedar huérfanas de tutela penal europea, como se verá posteriormente.

Antes de terminar de analizar las previsiones contenidas en el artículo 83 TFUE es preciso resaltar que el instrumento normativo europeo previsto para llevar a cabo la uniformización mencionada de los Derechos penales de los Estados miembros es el de la directiva. Con ello, se obliga a que una vez se apruebe ésta, los Estados miembros tienen que aprobar a su vez una ley nacional (que en España tendrá rango de ley orgánica) en la que se «defina y concrete la exigencia de la norma penal esencial comunitaria»⁴⁵, quedando obligado el Estado en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejando en sus manos la elección de la forma y de los medios.

2. BIENES JURÍDICOS EUROPEIZADOS

El artículo 83.2 TFUE establece que «cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentos de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización se podrán establecer, mediante directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo al proceso legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio de artículo 76». En este caso, se trata de la asunción de competencias en materia penal cuando resulte imprescindible para garantizar la eficacia de una política europea, esto es, que ya no responda expresamente a la dimensión transfronteriza derivada «del carácter», o de las «repercusiones» de dichas infracciones o de la «necesidad particular» de combatirla según criterios comunes.

A través de esta concreta vía, se amplían considerablemente las competencias penales de la Europa nueva: sin el límite de dichos principios, la asunción de estas competencias sólo va a tener el tope que marca el

Criminal, n.º 43, 1991, p. 122. El TFUE dedica el Capítulo VI de la VI Parte relativa a las «disposiciones institucionales y financieras» a regular la «lucha contra el fraude», como se analizará posteriormente.

⁴⁵ MIRÓ LLINARES, F., «Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea», *cit.*, p. 1.209.

principio genérico de subsidiariedad. Pero aun así se deja abierta la puerta para una multiplicación de las indicaciones de carácter penal por parte de ese Derecho penal europeo. En particular entrarían todas las materias sobre las que la Unión asume competencia exclusiva, pero además atendiendo al tenor literal del Tratado de Lisboa todas aquellas otras que se incluyen en el mismo: medio ambiente, transporte, agricultura y pesca, etc.

Todo apunta pues a que a través de esta vía, se haya colado la aceptación general de la competencia de la Unión en materia penal en la línea abierta, por otro lado, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo, C-176/03, y por la posterior Sentencia del mismo Tribunal de 23 de octubre de 2007, Comisión/Consejo, C-440/05. En efecto, la asunción de competencias en una concreta materia por parte del Derecho europeo ha de ser entendida, no de forma horizontal, sino transversal; en este sentido afirmaba la primera de las sentencias citadas que el hecho de que la Comunidad Europea no sea competente en materia penal ni procesal penal «no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicten en materia de protección medio ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente».

Así, para que se amplíe con posterioridad a la aprobación del Tratado de Lisboa las materias que entran a formar parte del Derecho penal europeo, hay que tener en consideración que la Unión ha asumido como propio un elenco de bienes jurídicos muy amplio que se refiere a intereses comunes de todos los ciudadanos europeos. En este sentido, la Unión podrá dar indicaciones sobre conductas delictivas y sobre las sanciones a imponerles a los responsables de las mismas en todas aquellas materias que siendo de interés europeo, no hayan sido configuradas expresamente como competencia de los Estados miembros, con el límite que marca en este sentido el principio de atribución (artículo 5 TUE) en virtud del cual, «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros»⁴⁶.

⁴⁶ SCHWARZE, J., «Le Traité de Lisbonne. Quesques remarques d'un observateur allemand», *Revue du Marché Común et de l'Unión Européenne*, n.º 518, mayo 2008, p. 283.

Nótese como de esta forma se incluyen dos listados distintos. En el primero, se hace referencia a bienes jurídicos puramente europeos; en el segundo, a otros intereses de carácter difuso, que como afirma Castronuovo «aun no siendo ‘propios’ de la Comunidad, y ahora de la Unión, asumen el papel de intereses de relevancia europea, entendidos como merecedores de tutela penal a este nivel supranacional»⁴⁷.

3. EL IMPULSO DE LAS ACCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Finalmente, el artículo 84 TFUE prevé que el Parlamento y el Consejo podrán establecer «medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados en el ámbito de la prevención de la delincuencia, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados». Ciertamente el contenido de esta disposición es complejo en la medida en que es el artículo 67.3 TFUE, como se señalaba anteriormente, el que establece que el objetivo de la Unión es el de la prevención de la delincuencia, con lo cual no se entiende muy bien que en el artículo 84 TFUE se establezca lo que allí se dice: que el Parlamento y el Consejo van a poder impulsar medidas de los Estados miembros en pro de la prevención de la delincuencia, excluyendo toda armonización. La infeliz redacción del precepto parece que está poniendo de manifiesto que cuando no se trate de ámbitos de la criminalidad sobre los que la Unión pueda asumir competencias compartidas con los Estados miembros, aquélla impulsará la actuación de éstos, eso sí, sin poder armonizar las distintas legislaciones con la finalidad común de prevenir la delincuencia.

4. PREVISIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN

Antes de terminar el análisis de los listados de bienes jurídicos a los que se refiere el Tratado de Lisboa es preciso hacer notar el notable vacío que existe en el interior del artículo 83 en lo que a la protección penal de los intereses financieros de la Unión se trata que, como se decía, en opinión de la primera doctrina que se especializó en torno al nacimiento de un Derecho penal comunitario, se predecía que estaría en la base de la

⁴⁷ CASTRONUOVO, D., «Salud y seguridad en el trabajo en el Derecho penal europeo y comparado», *cit.*, p. 185.

asunción de competencias por parte de Europa en materia penal⁴⁸. Cuando se hace referencia a dichos intereses se alude tanto a la política de gastos de la Unión (a través de las subvenciones públicas), como a la de ingresos (esto es, su capacidad para gravar con impuestos bienes u operaciones)⁴⁹.

Si se tiene en consideración cuales son los criterios en virtud de los cuales se han seleccionado las materias que entran a formar parte de este Derecho penal europeo en el artículo 83.1, el fraude a los intereses financieros de la Unión debió tener cabida allí porque con independencia de que afecten a un bien puramente europeo, se trata de un ámbito de especial gravedad para la Unión, y existe una necesidad particular de combatir dichas conductas, que quizás no sea tan intensa en los Estados miembros; a ello se añade finalmente el indudable carácter transnacional de esta conducta⁵⁰. Ahora bien, el hecho de que hoy se guarde silencio al respecto en el interior del artículo 83 con relación a este ámbito de la criminalidad, no significa que el legislador europeo no pueda utilizar la vía que le ofrece su párrafo 3.º para incluir dentro de las materias sobre las que puede dar indicaciones penales a los Estados miembros: bastaría pues con tener en consideración la evolución de la delincuencia en esta materia. Ahora bien, el hecho de que el artículo 325 contemple unas previsiones específicas sobre la «lucha contra el fraude», obliga a sustraer esta materia del régimen general previsto en el artículo 83.

En efecto, dentro de la VI Parte del TFUE —rubricada «disposiciones institucionales y financieras»—, se incluyen previsiones específicas en materia de «lucha contra el fraude»; así, el artículo 325 establece que «la Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán

⁴⁸ TIEDEMANN, K., «Le frode alle sovvenzioni: origine di un Diritto Penale Europeo?», *loc. cit.*, p. 566; en el mismo sentido, VERVAELE, J., «La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario. ¿Hacia un ‘espacio penal europeo’?», *loc. cit.*, p. 122.

⁴⁹ TIEDEMANN, K., «Sobre el concepto de delito económico en la Constitución Europea», *cit.*, p. 174.

⁵⁰ En este sentido, resalta PICOTTI («La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», *cit.*, p. 45) dicho carácter transnacional apoyándose en el preámbulo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995 (DO C 313, 23/10/1996) —sobre el que se volverá posteriormente—, y en el que se establecía que «el fraude que afecta a los ingresos y los gastos comunitarios no se limita en muchos casos a un solo país y es cometido a menudo por organizaciones criminales organizadas».

tener un efecto simbólico y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros en las instituciones y organismos de la Unión». Como se observa, si bien se encarga tanto a la Unión como a los Estados miembros la tarea de combatir el fraude y otras actividades contra los intereses financieros, no se hace ninguna mención en torno a qué instrumentos han de utilizarse para ello. No obstante, a pesar del silencio que se guarda en este sentido, todo apunta a que se está haciendo referencia a instrumentos de naturaleza penal, esto es, a la definición de conductas constitutivas de delito así como la previsión de sanciones penales para sus responsables. Y ello por varias razones de peso.

En primer lugar, porque la protección penal de los intereses financieros de la Unión es una de las materias que mayor europeización ha alcanzado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa: basta hacer referencia al *Corpus Iuris* que incluía dentro del catálogo de eurodelitos los fraudes a dichos intereses financieros; o al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad de 25 de noviembre de 1995⁵¹, en cuyo artículo 1.2 se establecía en esas tempranas fechas que «cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias y convenientes para transponer al Derecho penal interno las disposiciones del apartado uno (definiendo los elementos constitutivos del fraude a los intereses financieros de las Comunidades europeas), de modo que los comportamientos que contempla sean erigidos en tipos penales»⁵²; así como los tres Protocolos que siguieron al Convenio citado⁵³.

⁵¹ DO C 316, 27/11/1995.

⁵² Estos comportamientos son (artículo 1.1): la utilización o la presentación de declaraciones o de documentos falsos, incompletos o inexactos, que tengan por efecto la disminución ilegal de recursos o la percepción o retención indebida de fondos; el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; y desviar los fondos o los derechos obtenidos a fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio.

⁵³ El primero sobre la responsabilidad penal de los funcionarios públicos comunitarios y nacionales por conductas que causen o puedan causar un perjuicio patrimonial a los intereses financieros de la Comunidad (de 27 de septiembre de 1996, DO C 313, 23/10/1996); el segundo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad (de 20 de mayo de 1997, DO C 151, 20/5/1997); y, el tercero, contiene disposiciones como la consagración del principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la obligación de extender el delito de blanqueo de capitales a los productos del fraude a los intereses financieros de la Comunidad (de 19 de junio de 1997, DO C 221, 19/7-1997). Véase al respecto ACALE SÁNCHEZ, M., «Las subvenciones comunitarias y sus fraudes», *cit.*, p. 66.

En segundo lugar, porque como afirma Tiedemann, aunque se guarde silencio en relación con la naturaleza de las medidas para combatir el fraude de forma efectiva, implícitamente se está haciendo referencia a las infracciones y sanciones penales porque «las medidas de Derecho administrativo, en todo caso, no son suficientes para los casos graves»⁵⁴.

Y, en tercer lugar, porque basta con la lectura del artículo 86 TFUE para comprobar que si se prevé la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust «para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión», será porque se parte de que la Unión va a obligar a los Estados miembros a proteger sus intereses financieros a través del Derecho penal⁵⁵. En otros términos: la construcción del edificio procesal sin el cuerpo penal, carecería de sentido.

Visto pues cómo el artículo 325 TFUE obliga a la Unión y a los Estados miembros a combatir penalmente el fraude a los intereses financieros de aquélla, veamos cuál es la vía a la que se ha recurrido para alcanzar dicho fin. En este sentido, el artículo 325.2 recurre a la técnica de asimilación para exigir a los Estados miembros que «combatan el fraude que afecte a la Unión mediante las mismas medidas que utilice para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros»: es decir, en vez de proceder mediante la vía más expeditiva de la armonización a dar las pautas penales mínimas en torno a las conductas constitutivas de delito así como a las sanciones a imponer a sus responsables, se limita a exigir idéntica protección de sus intereses a la que se ofrezca a los intereses económicos de cada Estado miembro. El recurso a esta vía supone en cierta medida renunciar en un primer momento a la creación de un Derecho penal europeo que incorpore lo relativo a la protección de semejantes intereses. En este sentido, como afirma Terradillos Basoco, esta fórmula «presenta el inconveniente añadido de la desigualdad, ya que la defensa de intereses nacionales propios no es idéntica en los distintos países, con lo que las conductas punibles en uno de ellos pueden no serlo en otros, ni tampoco es equivalente la pena que a las mismas conductas se impone»⁵⁶.

⁵⁴ TIEDEMANN, K., «Constitución Europea y Derecho penal económico», *cit.*, p. 174.

⁵⁵ En el mismo sentido TIEDEMANN, K., «Constitución Europea y Derecho penal económico», *cit.*, p. 174. Sobre la importancia de dicha Fiscalía, véase: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El Fiscal en la Constitución Europea», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, *cit.*, pp. 29 y ss.

⁵⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, *loc. cit.*, p. 29.

En previsión no obstante del riesgo que plantea la vía de la asimilación elegida, a continuación el artículo 325 en su punto 4 establece que «el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz equivalente a los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Es decir, caso de que los intereses financieros de la Unión no sean protegidos como se espera por parte del Derecho penal de los Estados miembros, con esta cláusula, se reserva la Unión la posibilidad de —a través de directivas— armonizar directamente la protección de sus intereses financieros. El mecanismo pues de protección de estos intereses está reforzado mediante el recurso a la armonización, si fracasa el recurso a la asimilación. En este sentido entiende Picotti que el recurso en primer lugar a la asimilación no es más que un «*standard* mínimo inmediato», mientras que la previsión en segundo lugar del recurso a la vía de la armonización es una «cláusula expresa de reserva»⁵⁷. Quizás el hecho de que en este punto el artículo 325 se refiera a «medidas necesarias» en vez de a las «normas mínimas» a las que expresamente se refiere el artículo 83, pueda estar justificando parcialmente la diferenciación del trato.

No obstante, el instrumento legislativo al que se encomienda dicha labor vuelve a ser el de la directiva, esto es, el mismo que está previsto en el artículo 83 TFUE. Si se hubiera establecido que dicha tarea se llevara a cabo a través de un reglamento, quizás se hubiera podido justificar el tratamiento especial otorgado. El hecho de que se coincida en el instrumento normativo —directiva en ambos casos— pone de manifiesto que no hubiera pasado nada si se hubiera incluido dentro del artículo 83 TFUE una referencia expresa al fraude de subvenciones, con independencia de que posteriormente, en sede de disposiciones financieras, se volviera a hacer mención a él para extender en este caso el contenido de las «normas mínimas» a las «medidas necesarias».

Comprender la regulación de la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión en el Tratado de Lisboa no es tarea fácil. Sin embargo, puede ayudar a aclarar las ideas analizar el tratamiento que a esta cuestión se le otorgaba en el Tratado de Constitución para Europa: quizás así se encuentre —en parte— justificación a la situación actual.

⁵⁷ PICOTTI, L., «La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», *cit.*, p. 84.

En efecto, en el interior de éste último se reproducía la regulación de su sucesor en el tiempo, el Tratado de Lisboa, con una diferencia básica: así, si bien dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia se guardaba silencio en torno a la protección de los intereses financieros de la Unión, retrasándose su regulación al interior del conjunto de normas referidas a la lucha contra el fraude, se establecía que el instrumento normativo a través del cual se dieran a los Estados miembros las normas mínimas con relación al catálogo de figuras delictivas que expresamente mencionaba así como a las sanciones para castigarlas, era el de la «ley marco europea», que según el artículo I-33 del Tratado de Constitución obligaba al «Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios», por lo que requería posterior ratificación por parte de los Estados miembros.

Frente a ello, con relación a la lucha contra el fraude, se establecía en el artículo III-415 que bien por ley, o por ley marco europea, se señalarían «las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las Instituciones, órganos y organismos de la Unión. La ley o ley marco se adoptará previa consulta al Tribunal de Cuentas», ley europea que según el artículo I-33 era «un acto legislativo de alcance general. Será obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Con ello, se configuraba la regulación del fraude a los intereses financieros como una materia especial, la única en virtud de la cual la Unión podría establecer previsiones de naturaleza penal directamente aplicable en cada uno de los Estados miembros. Esto es lo que en especial resaltaba Picotti: que el Tratado constitucional pretendía darle al fraude de los intereses financieros un tratamiento distinto, como «objeto de la disciplina especial y autónoma»⁵⁸, a través de un modelo de unificación normativa: en esta sede sí se podía afirmar la existencia de un *sui generis* Derecho europeo penal⁵⁹.

⁵⁸ PICOTTI, L., «La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», *cit.*, p. 84.

⁵⁹ En este sentido, afirmaba GRASSO («Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, *cit.*, p. 235) que «está claro que las disposiciones

El hecho de que finalmente el Tratado de Lisboa haya eliminado el instrumento normativo de la «ley europea», por un lado, y por otro, que finalmente el artículo 325 TFUE se refiera en vez de al reglamento, a la directiva, al igual que ocurre en el artículo 83, hace que carezca de sentido la distinción legal y que nada hubiera cambiado si se hubiera incluido dentro de este último precepto una previsión específica en torno al fraude de los intereses financieros de la Unión.

Sólo quedaría pues justificada la situación actual si el instrumento normativo europeo a utilizar para regular el espacio de seguridad, libertad y justicia y lo relativo a la lucha contra el fraude fuera distinto: esto es, directiva en el primer caso (por lo que según establece el artículo 288 TFUE se obliga al «Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»), y reglamento en el segundo (que según el mismo precepto «tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro»).

De haber sido así, además de justificarse con ello el tratamiento separado de ambas materias, se permitiría afirmar que la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión, tal como se esperaba por los expertos, se habría convertido en el contenido del embrionario Derecho europeo penal «en grado de permitir enseguida –en este campo- un unificación limitada del derecho penal sustancial y procesal, según su modelo que podría preludiar aquél de un estado federal»⁶⁰.

Pero como se decía, no ha sido así: por ello, habrá que seguir esperando a otro momento posterior de desarrollo del ordenamiento jurídico europeo para que se permita el nacimiento de un Derecho europeo penal. Mientras tanto, habrá que seguir en la senda que marca el ya cansino Derecho penal europeo.

de las cuales hemos hablado sí dan vida a un Derecho penal de la Unión». Por su parte PICOTTI («La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», *cit.*, p. 85) afirmaba que «el artículo III-415 tr. const. representa, por ello, una específica y autónoma ‘base jurídica’ para la creación de un núcleo de Derecho penal *stricto sensu* europeo, con miras a proteger los intereses financieros ‘propios’ de la Unión Europea, que puede ser aplicable inmediatamente en el plano de los tipos y de las sanciones del Derecho penal sustancial..., según el modelo de unificación normativa análogo a aquél trazado por los arts. 1 a 17». Véase por todos GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), BACIGALUPO, S., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, *cit.*, pp. 273 y ss.

⁶⁰ PICOTTI, L., «La lucha contra el fraude del presupuesto de la Unión Europea desde la perspectiva de la Constitución Europea», *cit.*, p. 87.

V. OTROS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* EUROPEO: LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se decía al inicio, defender actualmente la existencia de un Derecho penal mínimo no es incompatible con atribuir competencias penales a otro ente, siempre y cuando se someta a límites cerrados que coarten las ansias punitivistas de la nueva instancia legislativa.

En este sentido, vistos ya cómo limitan al Derecho penal europeo los principios de *ultima ratio* del Derecho penal o de subsidiariedad europea, así como el principio de ofensividad, todavía es posible deducir otros límites a este limitado *ius puniendi* europeo en el interior del Tratado de Lisboa. Sin embargo, con relación a esta cuestión hay que ir al TUE para encontrar en su artículo 6 que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»⁶¹: el motivo por el cual no se ha incluido dentro del articulado del Tratado de Lisboa el contenido de dicha Carta es algo que no se alcanza a comprender, aunque la remisión indirecta a su contenido solventa en parte la situación: se trata pues de una cuestión que tiene «simplemente» una «gran» importancia simbólica.

En el preámbulo de la Carta se establece que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación»: desde aquí se afirma ya que la dignidad de la persona, que es el límite más temprano que tiene el poder estatal, limita materialmente el Derecho penal europeo diseñado en el interior del Tratado de Lisboa⁶². Su vigencia en este ámbito garantiza que no se podrán dar indicaciones a los Estados miembros para que legislen en materia penal sin

⁶¹ Sobre la Carta, véase: CRAIG, P., «The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance», *loc. cit.*, pp. 161 y ss.; SCHWARZE, J., «Le Traité de Lisbonne. Quelques remarques d'un observateur allemand», *loc. cit.*, p. 284.

⁶² Véase el comentario que realiza GRASSO, G., «Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *cit.*, pp. 231 y ss.

respetar la dignidad de la persona, que en lo penal supone partir del principio del Derecho penal de hecho —desterrando pues todo vestigio del Derecho penal de autor—, así como del principio de culpabilidad, por lo que no cabrá extender la responsabilidad penal más allá de la persona de su autor, ni sobrepasar su grado de culpabilidad.

Junto a estos límites materiales, en el interior de la Carta también se encuentran una serie de previsiones específicas que afectan directamente al catálogo de sanciones penales. En particular, se afirma que «nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado» (artículo 2); «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (artículo 4), y que «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado y obligatorio» (artículo 5): sendas prohibiciones no son más que una consecuencia lógica derivada de la consagración del principio de dignidad de la persona⁶³.

Todos ellos son límites materiales que han de limitar el exceso de intervención punitiva, así como la forma de hacerlo: como se observa, se trata de alargar al ámbito del derecho europeo los límites tradicionales de todo sistema penal democrático⁶⁴.

A lo anterior, dentro del Capítulo VI de la Carta se incluyen previsiones en materia de «Justicia». Así, se consagra el principio de legalidad en los siguientes términos: «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta»; de esta forma, se consagra el principio de legalidad en lo que a la definición de las conductas constitutivas de delito se trata, pero también en lo que a la disposición de las penas que le corresponda al autor, reconociendo la retroactividad de las disposiciones favorables al reo. El término de referencia, si se observa, ya no es la «ley vigente» sino el «derecho

⁶³ Por otro lado, también se hace una referencia específica al derecho de asilo en el artículo 18 «dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Ver: DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», *cit.*, pp. 429-430.

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La Constitución para Europa: un reto político-criminal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, *loc. cit.*, p. 33.

nacional o el derecho internacional». Lo que no se entiende entonces en este contexto muy bien es el contenido del número 2 del mismo artículo 49⁶⁵: «el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones». Con ello se está afirmando que, a pesar de que cambie la legislación vigente, si en el momento de comisión de los hechos esa conducta es constitutiva de delito, nada impedirá su castigo. Por ello, no se alcanza a comprender la vigencia del principio de legalidad. Parece que con la inclusión expresa de este número 2 se quiere asegurar al legislador el castigo, en todo caso, en este concreto supuesto.

Pero además se reconoce el principio de proporcionalidad, derivado de los principios de dignidad de la persona y de culpabilidad: «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

El elenco de principios penales consagrados en la Carta se cierra con el reconocimiento del *non bis in idem* en el artículo 50: «nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley». Se trata de una lectura muy limitada de dicho principio que puede venir a plantear problemas en aquellos casos en los que una persona haya sido sancionada en un país miembro por unos hechos administrativamente y vaya a volver a ser sancionada por los mismos hechos penalmente en otro país.

La complejidad que encierra el principio *non bis in idem* se ve acrecentada cuando no se deja claro el fundamento de las infracciones en la Carta, pues según se interprete éste de una u otra forma, se admitirá o no la imposición de doble sanción por la realización de un mismo hecho. No obstante, como afirma el artículo 53 «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como por las constituciones de los estados miembros».

⁶⁵ Que lejos de suponer alguna novedad, no hace más que repetir en este punto el viejo artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como afirma Pérez Manzano la admisión de la doble sanción penal y administrativa por la realización de unos mismos hechos va en contra del artículo 14.7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos («nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley penal de cada país»), así como del artículo 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 («1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas»), que protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— del mismo»⁶⁶.

En este sentido, si bien en España la interpretación doctrinal y jurisprudencial en torno al principio examinado ha ido evolucionando desde un momento histórico en el que se entendía que las infracciones administrativas no protegían bienes jurídicos, sino que se limitaban a sancionar la desobediencia del ciudadano a la norma administrativa, por lo que a desigualdad de fundamento, no existía violación del principio *non bis in idem* por falta de *idem*, hoy, una vez aceptado que entre el ilícito administrativo y el penal, no existe una diferencia cualitativa sino meramente cuantitativa, sólo cabrá la imposición de una sanción —penal o administrativa, según los casos—. Basta con hacer una lectura de la jurisprudencia constitucional en la que después de dicha evolución, se interpreta ahora el principio *non bis in idem* como un derecho fundamental del ciudadano a no ser castigado dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento, tengan las sanciones impuestas la naturaleza que tengan⁶⁷.

⁶⁶ PÉREZ MANZANO, M., «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 91.

⁶⁷ Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional español 2/2003, de 16 de enero de 2003; 177/1999, de 11 de octubre de 2003 y el análisis que realiza PÉREZ MANZA-

VI. CONCLUSIONES

La reforma del ordenamiento jurídico europeo que lleva a cabo el Tratado de Lisboa, con ser amplia, no ha supuesto sin embargo ningún cambio de envergadura en lo que al Derecho penal europeo se trata, en la medida en que si bien se prevé la posibilidad de que mediante directivas la Unión pueda dar a los Estados miembros indicaciones sobre el castigo de una serie tasada de infracciones penales (entre las que se incluyen las materias referenciadas en el artículo 83, como el fraude a los intereses financieros regulado en el lejano al anterior artículo 325), así como respecto a las sanciones a imponer a sus responsables, en todo caso va a seguir siendo necesaria la intervención de aquellos para implementar las indicaciones europeas. Luego se sigue estando ante previsiones «europeas» en materia «penal» que carecen de validez directa. Esto es, se sigue estando en presencia de un Derecho penal europeo, lejos aún del esperado por algunos «Derecho europeo penal»: y ello pese a que en su interior se han dejado ya sentados los límites al futuro *ius puniendi* europeo: los principios de legalidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, así como el de dignidad de la persona. Si se tiene en consideración que no se ha dejado claro por dónde va a discurrir la política criminal europea —que es una cuestión que queda abierta, y en manos de un órgano que carece de legitimación democrática europea directa— la vigencia de este conjunto de principios adquiere aún mayor relevancia.

El Tratado de Lisboa, en este sentido, desde las filas penalistas, defrauda las expectativas que en torno a él se habían levantado a pesar de que en lo que a la construcción de Europa se refiere constituya «un factor esencial para consolidar progresivamente el *espacio político* del territorio interior europeo»⁶⁸.

DERECHO PENAL Y TRATADO DE LISBOA

RESUMEN: La aprobación del Tratado de Lisboa ha sido vista por algunos como el comienzo de una nueva etapa en lo que al desarrollo del entramado europeo se refiere. Sin

NO, M., «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», *cit.*, p. 91.

⁶⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», *cit.*, p. 435.

embargo, en lo que a la tutela penal de los bienes jurídicos de titularidad puramente europea se trata, así como de otros bienes jurídicos de gran relevancia para la propia Unión, no se ha producido el avance esperado. Quizás la herencia recibida del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa haya en cierta medida condicionado el decepcionante resultado final alcanzado.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, límites al *ius puniendi* europeo, Derecho penal europeo, Derecho europeo penal.

CRIMINAL LAW AND TREATY OF LISBON

ABSTRACT: The approval of the Treaty of Lisbon has been considered by many as the beginning of a new stage, referring to the development of the European framework. However, regarding to the purely European, criminal tutelage of the juridical goods of ownership, as well as to other juridical goods, very important for the Union itself, the desired advance has not been produced. Maybe, the heritage received from the treaty by means of which a Constitution for Europe was established has in some way conditioned the deseperated final result which has been reached.

KEY WORDS: Criminal Law, Limits to the European *ius puniendi*, Criminal european Law, European criminal Law.

DROIT PÉNAL ET TRAITÉ DE LISBONNE

RESUME: On a vu, par quelqu'un, dans l'approbation du Traité de Lisbonne, le début d'une nouvelle étape du développement de l'ensemble européen. Et pourtant, quant à la protection pénale des biens juridiques donc le titulaire est la propre Union Européenne ainsi que d'autres biens juridiques de grande relevance pour elle, on n'a pas progressé suffisamment. L'héritage reçu du Traité par lequel on établissait une Constitution pour l'Europe a, peut-être, conditionné le décevant résultat final.

MOTS CLÉS: Droit pénal, Limites à l'*ius puniendi* européen, Droit pénal européen, Droit européen pénal.