

REFLEXIONES SOBRE EL DENOMINADO DERECHO PENAL EUROPEO

Ángel J. Sanz Morán
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Se evoca sucintamente en el trabajo el sentido de la evolución más reciente del denominado Derecho Penal Europeo, insistiendo en los problemas que derivan de hacer del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales el motor de ese proceso, como pone de manifiesto la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de enero de 2017

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal Europeo, reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, armonización legislativa penal, método comparado

ABSTRACT: The paper evokes the direction of the recent evolution of European Criminal Law. The main point is to bring to light the problem of turning the mutual recognition of judicial decisions (in criminal matters) into the motor of the integration process, as it shows the German Federal Constitutional Court's Judgement, on 23th January 2017

KEYWORDS: European Criminal Law, mutual recognition of judicial decisions, harmonization of the criminal law, comparative studies

I. De acuerdo con una consolidada tradición, las contribuciones a un Libro Homenaje versan sobre alguna de las materias en las que es especialista el profesor homenajeado. En el caso de Lorenzo Morillas, la decisión sobre la cuestión a abordar se complica, pues su amplísima obra, como puede comprobarse en la relación que incorpora este libro, abarca múltiples campos especialmente significativos tanto de la parte general, como de la parte especial del Derecho Penal, así como de la Política Criminal, siempre con la profundidad y (lo que resulta muy de agradecer) claridad expositiva característica del homenajeado. Mi contribución, redactada con la máxima consideración hacia la obra científica del profesor Morillas, unida al sincero afecto hacia su persona, se ocupará, sin embargo, de un campo del que nuestro autor se ocupado con menor intensidad, pero, como siempre, de manera particularmente esclarecedora: me refiero al Derecho Penal Europeo.

Hace algo más de una década, analizaban Lorenzo Morillas y Javier Valls la situación en que se encontraba la construcción de un Derecho Penal Europeo, cuando se tramitaba el (fallido) proyecto de una Constitución para Europa, centrando su atención no sólo en este texto, sino también, y como hitos previos en el proceso que condujo al mismo, los casos “Comisión contra Consejo” (asunto C-176/03, de 13 de septiembre de

2005) y “Pupino” (asunto C-105/03, de 16 de junio de 2005)¹, momento en el que la “armonización” de los ordenamientos jurídico-penales nacionales se situaba todavía como objetivo inmediato. En tal sentido, definían los autores al “Derecho Penal Europeo” como “las normas penales y procesales que derivan de la actividad normativa de la UE y del Consejo que persiguen una armonización del Derecho penal nacional, ya sea mediante Directivas, Decisiones marco o por la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos”². En las páginas que siguen recordaremos el sentido de la progresiva construcción de un “Derecho Penal Europeo” hasta aproximadamente el momento en que aparece la contribución de Morillas y Valls que estamos evocando (apartado II), para destacar, a continuación (apartado III), el papel central que progresivamente ha ido cobrando el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y el modo en que la consolidación del mismo ha ido orillando las exigencias armonizadoras. Principio aquél que, no obstante, no logra superar convincentemente algunas de las críticas que frente a él se han dirigido, como pone recientemente de manifiesto lo sucedido en el caso fallado por la importante sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) de 23 de enero de 2017 (2 BvR 2584/12), de la que nos ocupamos en el apartado IV, para cerrar el trabajo con unas consideraciones conclusivas (apartado V). Todo ello, obviamente, del modo sucinto exigible a una contribución de estas características, lo que vale también para las referencias bibliográficas, reducidas al mínimo imprescindible³.

II. Como decíamos, la contribución de los profesores Morillas y Valls, cuyo contenido no podemos analizar aquí detenidamente, se centra en el análisis de aquellas dos importantes sentencias del TJEU del año 2005, así como de las previsiones contenidas en el Proyecto de Constitución para Europa, mostrando el avance que todo ello supone “en la construcción básica del Derecho penal europeo, en su modalidad más restringida”⁴; si bien añaden más adelante, adhiriéndose a la opinión de De la Cuesta y Blanco Cordero, que se trata de un “avance muy tímido”, consecuencia “de la falta de una visión nítida del derecho penal que se quiere para Europa. Un modelo con una diluida política criminal, excesivamente burocratizado, alejado de los parámetros más modernos de la Ciencia punitiva, de débil efectividad, de una compleja armonización y con una manifiesta y, en ocasiones, peligrosa tendencia a la excesiva criminalización de conductas”⁵.

¹ Véase MORILLAS CUEVA, L./VALLS PRIETO, J. “Hacia la nueva realidad de un Derecho Penal Europeo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 9 (2006), pp. 159-184.

² Véase MORILLAS CUEVA, L./VALLS PRIETO, J. “Hacia la nueva realidad...”, cit. (nota 1), p. 159.

³ Dada nuestra previa ocupación con esta materia, permítasenos remitir a las referencias más extensas recogidas fundamentalmente en SANZ MORÁN, A.J. “La Orden Europea de Detención y Entrega: Algunas consideraciones de carácter jurídico-material”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (Coord.), *Cooperación judicial en la Unión Europea: La Orden Europea de detención y entrega*, Lex Nova, Valladolid 2005, pp. 75-125; “Presente y futuro de la armonización del derecho penal material”, en DE HOYOS SANCHO, M. (Coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid 2008, pp. 285-304 y “Problemas de legitimación: Tensión entre armonización legislativa y reconocimiento mutuo”, MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 29-38 (pp. 31 ss.)

⁴ Véase MORILLAS CUEVA, L./VALLS PRIETO, J. “Hacia la nueva realidad...”, cit. (nota 1), p. 181.

⁵ Véase MORILLAS CUEVA, L./VALLS PRIETO, J. “Hacia la nueva realidad...”, cit. (nota 1), p. 183, haciéndose eco, como indicamos en el texto, de la opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I. “El modelo penal de la Constitución Europea”, en CARBONELL, J.C./DEL ROSAL, B./MORILLAS, L./ORTS, E./QUINTANAR, E. (Coords.), *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid 2005, pp. 273-299 (p. 296).

Ciertamente, tras el previo impulso que supusieron los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, el artículo III-271 del (fallido) Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, (sustancialmente reproducido en el artículo 83 TFUE, tras el Tratado de Lisboa) parecía reconocer una asunción directa de competencias penales por parte de los órganos de la Unión, cuestión ésta que venía discutiéndose con intensidad en los años precedentes⁶. De acuerdo con la (positiva) valoración de Morillas y Valls, “el responsable del art. III-271 ha tomado la acertada decisión de delimitar claramente las materias a las que es aplicable este Derecho penal europeo esencial, basándose en las necesidades político-criminales de la sociedad europea que convierten a los intereses transnacionales en objetivo de armonización”⁷. Disponía, en efecto, el reiterado precepto, en su número 1, lo siguiente: “La ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes./ Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada./ Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión europea que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

Sin embargo, como muy pronto destacara Silva Sánchez, la posibilidad de que el Consejo y el Parlamento amplíen el ámbito de materias penales susceptibles de armonización (artículo III-271.1, párrafo final), suponía “desconstitucionalizar” “la división exacta de competencias en materia penal entre la Unión Europea y los Estados miembros”; ya no cabe atribuir a estos últimos competencias blindadas (exclusivas y excluyentes) en materia de Derecho penal, siendo así que esta cuestión competencial “debería establecerse de modo preciso en la Constitución. Aunque sólo fuese por proporcionar la máxima seguridad al respecto, y porque el Derecho penal nacional en sentido estricto y el Derecho penal europeizado (o el Derecho penal europeo) están sujetos, por disposición de la propia Constitución, a garantías diversas”⁸. Más aún, el modelo establecido carecería -siempre según Silva- de “cualquier similitud con los sistemas federales”⁹; se separa de éstos, “por un lado, por exceso, puesto que la normativa europeizada puede alcanzar todos los ámbitos” y, “por otro lado, por defecto: pues en ningún ámbito se puede llegar a producir una legalidad penal (en sentido institucional) estrictamente europea”¹⁰. En efecto, las “leyes europeas” no constituirán

⁶ Cfr. al respecto, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I. “El modelo penal...”, cit. (nota 5), pp. 275 ss., así como la clara síntesis ofrecida, poco tiempo después, por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Armonización penal en la Unión Europea”, en ARANGÜENA FANEGO, C./SANZ MORÁN, A.J. *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid 2008, pp. 135-169 (especialmente, pp. 157 ss.). Cfr. además, MIRÓ LLINARES, F. “Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea”, en ÁLVAREZ CONDE/GARRIDO MAYOL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Europea, Libro III*, Valencia 2007, pp. 1183-1217 (pp. 1207 ss.) y SANZ MORÁN, A.J. “Presente y futuro...”, cit. (nota 3), pp. 293 ss. En todos los casos, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁷ Véase MORILLAS CUEVA, L./VALLS PRIETO, J. “Hacia la nueva realidad...”, cit. (nota 1), p. 178.

⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2006, pp. 253-269 (p. 262).

⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, cit. (nota 8), p. 259.

¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, cit. (nota 8), p. 265.

en modo alguno “un sistema europeo del Derecho penal. De una parte, porque los tribunales que habrán de aplicarlas son nacionales; además, porque no se prevé que las normas procesales devengan <europeas>, sino sólo que se armonicen mediante leyes marco; finalmente, porque no está prevista en parte alguna una armonización siquiera de las normas de ejecución”¹¹.

Como acabamos de apuntar, la situación, en lo que las competencias penales de la Unión Europea se refiere, no cambia sustancialmente tras el Tratado de Lisboa, dado que la redacción del artículo 83 del TFUE viene a reproducir el contenido del artículo III-271 de la fallida Constitución Europea¹².

En cualquier caso, ya en el momento en que publican Morillas y Valls su valiosa contribución se estaba asistiendo a una marcada “aceleración” –como apuntaba, unos años antes la penalista portuguesa Miranda Rodrigues¹³– debida, en muy alta medida, a la consolidación de ese “principio-turbo” –en celebrada expresión de SCHÜNEMANN¹⁴– que supone el “reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”. Claramente lo reconocía, a comienzos de la década actual, LAGODNY, en estos términos: “con el principio de reconocimiento mutuo de decisiones jurídico-penales dentro de la Unión Europea, el Consejo de la Unión Europea ha creado un postulado político-jurídico que marca actualmente todas las iniciativas al nivel de la Unión Europea”¹⁵.

Como resulta sobradamente conocido, fueron las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999), las que dieron el espaldarazo definitivo a la idea de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, en cuanto “piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”. Pero el paso definitivo en la consolidación del principio viene dado, precisamente, por su “constitucionalización” tras el Tratado de Lisboa. En efecto, en la redacción que en este Tratado se dio al artículo 67.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, leemos: “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, *así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales*”. Y, más adelante, el art. 82.1 de este mismo Tratado, establece: “*La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83*” (cursivas nuestras).

¹¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Constitución Europea...”, cit. (nota 8), p. 259.

¹² Véase al respecto, por todos, ROMEO MALANDA, S. “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 3131-386.

¹³ Véase MIRANDA RODRIGUES, A. “O mandato de detenção europeu na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, en *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, año 13, nº 1 (enero/marzo 2003), pp. 27-63 (p. 27: “La construcción de un espacio penal europeo está hoy marcada por la *aceleración*”). Cuestión distinta es que esta aceleración sea expresiva de una política criminal europea, lo que pone en duda esta autora (p. 29).

¹⁴ Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtsplege der EU”, en *GA* 2004, pp. 193-209 (p. 202).

¹⁵ Véase LAGODNY, O. “Traditionelles Auslieferungs- und Rechtshilferecht (horizontale Rechtshilfe)”, en SIEBER/BRUNER/SATZGER/v. HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Baden Baden 2011, pp. 491-503 (número marginal 47 al parágrafo 31, p. 501).

III. Sin embargo, desde el momento mismo en que se formuló este principio¹⁶ y, de manera particular, desde que se concretó su alcance en la Decisión Marco relativa a la “euro-orden”, un importante sector de la doctrina¹⁷ manifestó sus reservas, que pasamos a recordar de manera sumaria.

En primer lugar, se percibe en el reconocimiento mutuo un atajo ante las dificultades de la armonización legislativa; resulta, en efecto, muy llamativo que se proceda a aquel reconocimiento sin que previamente se haya producido esta armonización. En palabras de Fuchs, “el reconocimiento de decisiones presupone la armonización del derecho subyacente y sólo puede tener éxito en aquellos ámbitos en los que el derecho material está unificado”¹⁸. De ahí que, desde fecha temprana, se plantearan fundados recelos en el sentido de que a medida que progresara el reiterado reconocimiento dejaría de sentirse la necesidad de una armonización extensa y detallada¹⁹, como así ha sucedido. Baste recordar cómo, tras el Tratado de Lisboa, el artículo 67.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antes transcrito, apela a la “aproximación de las legislaciones penales” sólo “si es necesario”. Por otra parte, y dejando a un lado los límites a la armonización específicamente previstos en el derecho comunitario²⁰, cabe recordar que mientras la aproximación entre las legislaciones penales se refiere a las materias limitadas que indican el artículo 83.2 TFUE –y sin perjuicio de la posible ampliación a otros campos, que allí mismo se prevé–, el principio de reconocimiento mutuo cobra pretensiones de universalidad, como lo expresa el artículo 82.1 TFUE, cuyo párrafo segundo establece que “El Parlamento y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para *garantizar el reconocimiento en toda la Unión*

¹⁶ Nos hemos ocupado en diversas contribuciones con los problemas que suscita este “principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”. Especialmente en “La Orden Europea...”, cit. (nota 3), pp. 81 ss. y “Problemas de legitimación...”, cit. (nota 3), *passim*; en ambos casos, con ulteriores referencias bibliográficas. Cfr. además ahora, por todos, AMBOS, K. *Derecho Penal europeo*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2017, pp. 77 ss., también con amplia información bibliográfica.

¹⁷ Ya en mayo de 2002, unos noventa penalistas alemanes firmaron un manifiesto muy crítico con el “Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sobre la creación de una Fiscalía Europea”. Y, en junio de 2003, más de ciento veinte profesores alemanes de Derecho Penal firmaron otro escrito específicamente referido ahora al principio de reconocimiento mutuo, objeto de severa crítica. Más información en CUERDA RIEZU, A. “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 que declara inconstitucional la Ley alemana sobre orden europea de detención y entrega”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6/2º semestre 2005, pp. 149-182 (pp. 173-175).

¹⁸ Véase FUCHS, H. “Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen”, en *ZStW* 2004, pp. 368-371 (p. 369).

¹⁹ En tal sentido, entre otros muchos autores, VERVAELE, J. “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea” (trad. I. BLANCO CORDERO), en *Revista Penal* nº 15 (enero de 2005), pp. 169-183 (p. 177): “El pensamiento que subyace es que este reconocimiento mutuo va a eliminar la necesidad de una armonización extensa y detallada del Derecho penal (y procesal penal)”. Afirman, por el contrario, que el principio de reconocimiento mutuo y la armonización legislativa se condicionan recíprocamente HARMS/KNAUSS, “Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der strafrechtlichen Rechtssetzung der Europäischen Union –Eine Zwischenbilanz–”, en *Strafrecht als Scientia universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15.5.2011*, Berlin. New York 2011, pp. 1479-1496 (pp. 1485-1487 y 1490-1491).

²⁰ Además de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y mandato de atención a la identidad nacional, cabe destacar el denominado “freno de emergencia” (*Notbremse*) establecido en el art. 83.3 TFUE. Véase sólo HECKER, “Harmonisierung”, en SIEBER/BRUNER/SATZGER/v. HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, cit. (nota 15), párrafo 10 (pp. 252-271), en especial, los números marginales 37 a 47 (pp. 267-270) y, en la doctrina penal española, por todos, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Navarra 2011, pp. 313 ss.

de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas” (cursiva nuestra). En definitiva, y como lo expresa muy gráficamente, en su reciente Tratado de Derecho Penal Europeo, Kai Ambos, “avocar por reconocimiento mutuo antes de armonizar el derecho (...) de los Estados miembros es, en cierto sentido, empezar la casa por el tejado”²¹.

En segundo lugar, son objeto de amplio rechazo el carácter “tecnocrático” y el déficit que, desde la perspectiva del principio democrático, aquejan a este proceso de construcción de un “derecho penal y procesal penal comunitario”, cuestión sobre la que ha insistido, de manera particular, Schüneman. En palabras de este autor, “que el tipo penal y la pena sólo pueden aprobarse mediante leyes aprobadas en sede parlamentaria, se desprende (...) de una proyección de los principios generales de democracia y división de poderes sobre las exigencias específicas de legitimación del derecho penal”²². Dado que no sucedía esto con la técnica de la Decisión Marco, instrumento aprobado por el Consejo y no por el Parlamento Europeo, concluía este autor que, en la transposición al derecho interno, los Parlamentos nacionales actuaban como “lacayos de Bruselas”²³. Ciertamente, con el Tratado de Lisboa y el consiguiente abandono de la “Decisión-Marco”, sustituida por “Directivas” que se aprueban con un procedimiento de “codecisión” (en cuya aprobación intervienen tanto el Consejo como el Parlamento Europeo) se aminoran estos inconvenientes²⁴, pero el argumento del “déficit democrático” no ha logrado ser soslayado por completo, argumento en el que insiste la importante sentencia del BVerfG, de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa (BVerfG, 2BvE 2/08)²⁵.

Finalmente, se aduce la tendencia a intensificar, por la mencionada vía, la expansión punitiva, con la correlativa merma de las garantías fundamentales. Recurriendo nuevamente a la formulación de Schünemann, “el principio de

²¹ Véase AMBOS, K. *Derecho Penal Europeo...*, cit (nota 16), pp. 79-80.

²² Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte...”, cit. (nota 14), p. 201.

²³ Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte...”, cit. (nota 14), p. 206. En sentido muy próximo se manifestaba, en nuestra doctrina, SILVA SÁNCHEZ, quien expresa sus dudas sobre “la legitimidad de la incidencia de un órgano –el comunitario-, sólo mediata y limitadamente democrático, sobre otro que sí lo es –el nacional-, al que se obliga a legislar en un marco preestablecido de modo vinculante”. Estaríamos, continúa este autor, ante una especie de *ley en blanco inversa*, “en la que la instancia administrativa comunitaria, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales (en virtud de la técnica de la transposición) la concreción de los detalles de la descripción típica y de la clase de sanción”. Y concluye SILVA con la elocuente afirmación de que, en último término, “se está *institucionalizando un modelo burocrático de ‘conducción’ de la legislación (penal)*”. Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica”, en *Revista Penal* 13 (enero 2004), pp. 138-150 (p. 139; cursivas allí). Vuelve sobre ello, con ulteriores argumentos, en “Constitución Europea...”, cit. (nota 8), pp. 257 ss.

²⁴ Así lo reconocen los autores del “Manifiesto sobre la política criminal europea”, publicado en *ZIS* 12/2009, pp. 727-736: “La previsión del tratado de Lisboa de aplicar de manera general el procedimiento de codecisión a la armonización del derecho penal debe por ello celebrarse, desde el aspecto de la legitimación democrática” (p. 728). Véase también, por todos, BERNARDI, A. “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas” (trad. MACÍAS/MAZZON/CARLES), en *RP* 27 (enero 2011), pp. 15-40: “Por otro lado, hay que tener en cuenta que, por influencia de la construcción europea, los procesos formativos de 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” (p. 32).

²⁵ Véase al respecto, por todos, BÖSE, M. “La sentencia del tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa y su significado para la europeización del Derecho Penal”, en *Revista General de Derecho Penal* (iustel) 14 (2010) y, más recientemente, AMBOS, K. *Derecho Penal Europeo*, cit. (nota 16), pp. 57 ss.

reconocimiento mutuo` conduce a la *acumulación del nivel de incidencia respectivamente más bajo con las menores cautelas y el derecho penal material más extensivo* y, de este modo, globalmente, a la validez en todo el ámbito europeo del ordenamiento penal del Estado miembro más punitivo; es decir, a una permanente y sibilina extensión del derecho penal en la Unión Europea”²⁶. De manera análoga, entendía MIRANDA RODRIGUES que “el vacío en materia de armonización de los procesos penales y de las garantías penales aumenta el riesgo de que se instale en el espacio penal europeo una orientación represiva y aseguradora”, dado que “el reconocimiento mutuo contiene el germen de una ´nivelación por abajo` de las garantías penales: en términos de protección de derechos fundamentales, invita a contentarse con el ´mínimo común denominador`”²⁷. Y, con un alcance más general, señalaba tempranamente, entre nosotros, SILVA SÁNCHEZ, que “en la discusión acerca del Derecho penal europeo se echa de menos el ´clásico pensamiento europeo de principios`, una insistencia en el significado de las garantías clásicas del Derecho penal”; pues, “al ser la pretensión fundamental la punitivista, esto es, la de evitación de hipotéticas lagunas, difícilmente podrá evitarse que en cada una de las materias debatidas tienda a imponerse la solución más sencilla y, con ello, también la más laxa”²⁸.

Resulta, finalmente, muy significativa, en este contexto, la consideración que cierra el ya citado “Manifiesto sobre la política criminal europea”, en cuyo primer párrafo leemos estas tajantes afirmaciones: “...en algunos casos los resultados de la legislación europea no son aceptables o son al menos cuestionables. Aunque en ningún caso se ha traspasado el límite de lo inaceptable, se han apreciado tendencias preocupantes que no deben pasar inadvertidas: la tendencia a establecer disposiciones penales que no persiguen claramente la tutela de interés alguno; la tendencia a descuidar el principio de ultima ratio; la tendencia a establecer obligaciones de penalización que conducen a la introducción de preceptos indeterminados en los derechos nacionales; así como la tendencia a reaccionar ante cualquier problema social con un incremento de la represión, considerando que ello supone ya un valor añadido”. Y aunque reconocen los autores firmantes que “estas tendencias objetables se manifiestan también en el ámbito estatal”, entienden que resultan “considerablemente fortalecidas a través del desarrollo europeo”²⁹.

IV. La importante sentencia del Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) de 23 de enero de 2017 (2 BvR 2584/12), objeto de un completo estudio por la profesora

²⁶ Véase SCHÜNEMANN, B. “Fortschritte und Fehlritte...”, cit. (nota 14), p. 204 (cursivas allí). Insiste, muy recientemente, este autor, en “¿Puede una pena ser justa?” (trad. M. Sacher), en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, B de f, Montevideo. Buenos Aires 2017, pp. 389-400: “El principio de reconocimiento recíproco recogido en el Tratado de Lisboa conduce a que el sistema penal nacional más punitivo pueda ejercer la persecución penal en todo el ámbito de la Unión Europea, con lo que la defensa se debilita enormemente y el balance o equilibrio procesal es sensiblemente destruido” (p. 398).

²⁷ Véase MIRANDA RODRIGUES, A. “O mandado...”, cit. (nota 13), p. 59.

²⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Los principios inspiradores...”, cit. (nota 23), p. 145.

²⁹ Cfr. la referencia de la nota 24 (p. 735). En sentido análogo, FRISCH, W. “Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa”, en *GA* 2009, pp. 385-405, quien caracteriza la tendencia del derecho penal europeo con las notas de “disuasión y punitivismo” (*Abstreckung und Punitivität*) (especialmente, pp. 402 ss.). Y añade que, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal nacional, “la tendencia al punitivismo y a la intensificación no se limita en el derecho penal europeo al ámbito de los autores especialmente peligrosos que cometen delitos graves. Es, a nivel europeo, el credo unitario de la política jurídico-penal” (p. 405).

García Mosquera³⁰, ofrece buena muestra del peligro, al que acabamos de aludir, de “nivelación por abajo” de las garantías, inherente al principio de reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales.

Recordemos sucintamente el objeto de este pronunciamiento: El recurrente, ciudadano alemán, al solicitar un certificado de conducta, tiene conocimiento de la inscripción en el Registro Federal Central de la condena impuesta el 16 de diciembre de 2010 por un Juzgado de Sevilla en el curso de diligencias urgentes por Juicio Rápido³¹. El primer recurso se presenta ante la propia Oficina Federal para que cancelen la inscripción, por vulneraciones en el juicio rápido español que concluye con la sentencia condenatoria inscrita. La Oficina rechaza el recurso, alegando la legalidad de la inscripción y el no tener facultades para revisar el proceso español. Idéntica respuesta se le da al recurso (todavía en vía administrativa) ante el Ministerio de Justicia, añadiendo que la condena fue aceptada y la sentencia no fue recurrida. Sigue un recurso (éste ya en vía judicial) ante el *Kammergericht (KG)* (Tribunal Superior del Land) de Berlín, que lo desestima por falta de motivación, lo que lleva al recurrente a acudir al *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* (Tribunal Constitucional Federal), que finalmente le da la razón, apreciando lesión de la tutela judicial efectiva y remite las actuaciones al *KG* para que dicte una nueva sentencia motivada de acuerdo con las exigencias de tal principio.

De los argumentos aducidos por el *BVerfG* en esta sentencia, vamos a centrarnos en alguno particularmente significativo desde la perspectiva que aquí nos interesa³². Comienza afirmando el Tribunal Constitucional alemán que la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2019, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, no impedía al *KG* llevar a cabo el análisis de si la sentencia española había observado las garantías procesales correspondientes, prevaleciendo, a estos efectos, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y especialmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³³. Más aún, aclara la sentencia que la mencionada Decisión Marco ni siquiera persigue la armonización de los sistemas de registro de antecedentes penales de los Estados miembros, ni les obliga a modificar su sistema de registro en orden a la utilización a efectos internos de las informaciones recibidas; de manera que cada Estado puede regular de manera autónoma si y cómo utiliza para fines internos la información transmitida por otros Estados miembros³⁴.

³⁰ Véase GARCÍA MOSQUERA, M. “Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales”, en *RP* 40 (julio 2017), pp. 97-110.

³¹ Sentencia condenatoria contra unos hinchas del Borussia Dortmund detenidos tras graves altercados con la policía con motivo del partido de fútbol Sevilla-Borussia y a quienes se convence por una traductora (en el ámbito policial) y por el Abogado de oficio (y la traductora), ya en sede judicial, para que se conformen con la condena (reducida) en juicio rápido si quieren volar a Alemania en lugar de seguir detenidos y afrontar un juicio donde la condena sería seguramente superior. El recurrente aduce insultos y malos tratos policiales y falta de adecuada defensa (problemas derivados del desconocimiento del idioma y ausencia de contacto con el Abogado defensor; no haber conocido el objeto de la acusación; no haber sido informado sobre los posibles recursos, etc.)

³² Para un estudio en profundidad de esta importante resolución, remitimos a la contribución de García Mosquera a la que aludíamos en el texto (la referencia en nota 30).

³³ Para esta Carta véase sólo el amplio comentario dirigido por la especialista en Derecho Comunitario Araceli Mangas: MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao 2008. Cfr. además, AMBOS, K. *Derecho Penal Europeo*, cit. (nota 16), pp. 266 ss.

³⁴ Esta Decisión Marco ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Llama la atención que este instrumento de

Sentado esto, entiende la sentencia vulnerada la tutela judicial efectiva por el *Kammergericht* de Berlín, al no admitir los medios de prueba propuestos, en apoyo de sus alegaciones, por el recurrente y, en consecuencia, haber tratado de aclarar la crítica de éste a la configuración jurídica y aplicación práctica del juicio rápido español. Crítica que (y éste es el aspecto más sorprendente de la resolución que nos ocupa), hace suya el *Bundesverfassungsgericht*, apoyándose a tal efecto en un artículo publicado por la profesora española Gómez Navarro en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* en el año 2011³⁵. Es ésta, por cierto, una contribución más bien de carácter descriptivo de la regulación legal, haciéndose eco, eso sí, de las dudas que suscita el hecho de que sea competente, cuando se trata de la denominada conformidad premiada, el mismo Juez de Instrucción, con la posible lesión del derecho a un juez imparcial que ello comporta³⁶. Con lo que sí se manifiesta claramente crítica la profesora Gómez Navarro es con la praxis de la conformidad, especialmente la tendencia de los jueces a forzarla o la de los fiscales a solicitar una pena muy elevada, también con la finalidad de provocar que el imputado acceda a la conformidad premiada³⁷. Y en la “consideración final” que cierra el trabajo que comentamos, plantea si en aras a la idea de eficiencia no se estarán sacrificando algunos de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución española, si bien constata que hasta la fecha el Tribunal Constitucional español no se ha manifestado sobre la constitucionalidad de la conformidad³⁸. Sobre la base de estos argumentos, admite, como decíamos, el *BVerfG* el recurso, remitiendo las actuaciones al *KG* para que dicte nueva resolución, previa consideración de las pruebas propuestas por el recurrente y analizando, en definitiva, si el proceso seguido en España fue o no el adecuado.

No es nuestra intención (ni seríamos competentes para ello) entrar a valorar las críticas vertidas por la sentencia que nos ocupa a la regulación y práctica españolas de los denominados “juicios rápidos”; en particular, desde la perspectiva del derecho de defensa. La cuestión fundamental que, a nuestro juicio, plantea esta *BVerfGE* de 23 de enero de 2017, es, sin embargo, de otra índole: la de si entra en confrontación con los principios y criterios que van configurando el denominado “Derecho Penal Europeo”. Hay que recordar, ante todo, el marcado escepticismo del *BVerfG* ante el modo en que se está produciendo el proceso de construcción de un Derecho Penal Europeo. Baste recordar las sentencias de este mismo Tribunal de 18 de julio de 2005, declarando nula la primera ley alemana de transposición de la Decisión Marco relativa a la “euro-orden” (*BVerfG*, 2 BvR 2236/04)³⁹, o la de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa

reconocimiento recíproco se haya segregado de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, publicada sólo unos días después; por otra parte, no se explica bien que esta última se dicte con el carácter de Ley ordinaria, frente al de Ley Orgánica que se asigna a la que ahora nos ocupa. Cfr. al respecto, SANZ MORÁN, A.J. “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”, en ARANGÜENA/DE HOYOS/RODRÍGUEZ MEDEL (Dir.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 157-171 (pp. 161-162).

³⁵ Véase GÓMEZ NAVARRO, A. “Absprachen im spanischen Strafverfahren- mit besonderer Berücksichtigung des beschleunigten Verfahrens”, en *ZStW* 123 (2011), pp. 163-178.

³⁶ Véase GÓMEZ NAVARRO, A. “Absprachen...”, cit. (nota 35), p. 170.

³⁷ Véase GÓMEZ NAVARRO, A. “Absprachen...”, cit. (nota 35), pp. 176-177.

³⁸ Véase GÓMEZ NAVARRO, A. “Absprachen...”, cit. (nota 35), pp. 177-178.

³⁹ Véase al respecto CUERDA RIEZU, A. “Comentario...”, cit. (nota 17), pp. 173-175 y SANZ MORÁN, A.J. “La Orden Europea...”, cit. (nota 3), p. 89. Un claro resumen de la situación creada por esta sentencia y el curso legislativo posterior en Alemania nos ofrece HEINTSCHEL-HEINEGG, B. v. “Europäischer Haftbefehl”, en SIEBER/BRUNER/SATZGER/v. HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, cit. (nota 15), parágrafo 37 (pp. 581-595) Más recientemente, AMBOS, K. *Derecho Penal Europeo*, cit. (nota 16), pp. 526 ss.

(BVerfG, 2BvE 2/08), a la que aludíamos más arriba. Sentencias que, en palabras de Bernardi, estarían ancladas en una óptica “marcadamente chovinista”⁴⁰.

En efecto, cabe cuestionar si asiste la razón al Tribunal Constitucional alemán al entrar a valorar la adecuación de la sentencia del Juzgado de Instrucción de Sevilla a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o, por el contrario, debería haberse limitado a señalar que el principio de reconocimiento recíproco comporta, precisamente, obviar tal control y limitarse a aceptar aquella resolución. Que haya seguido la primera opción es una muestra de que el principio de reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales cobra, para el Tribunal Constitucional alemán, una significación sólo relativa, lo que parece cuestionable desde la óptica del proceso que está siguiendo en la construcción de un Derecho Penal y Procesal Penal europeos. Ahora bien, asiste la razón al reiterado Tribunal Constitucional cuando insiste en destacar los peligros del método seguido en este proceso y, en particular, viene a poner de manifiesto la sentencia que nos ocupa que –caso de tener razón el *BVerfG* en su crítica a la conformidad premiada española- el reconocimiento acrítico de resoluciones dictadas por los órganos judiciales de otro Estado puede suponer una indeseable merma (en cuanto igualación por abajo) de garantías. De ahí que, más allá de que la resolución que comentamos nos pueda parecer aquejada de cierto “chovinismo”, lo cierto es que acierta a poner el acento en un problema central del modelo de construcción europea.

V. El apretado resumen que hemos presentado trata de mostrar cómo un sector significativo de la doctrina manifiesta una posición abiertamente escéptica, cuando no crítica, frente al actual estado de cosas en el proceso de “europeización” del Derecho penal. Aquí nos hemos centrado en mostrar las dudas que suscita hacer del reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales el instrumento central en la cooperación judicial en materia penal entre los países de la Unión sin haber abordado con carácter previo la armonización de los distintos ordenamientos nacionales. Obviamente, con ello se alude sólo a uno de los problemas que ofrece el mencionado proceso de “europeización”. Las dificultades no son, sin embargo, menores si atendemos a otras perspectivas. Vemos así cómo uno de los más convencidos “europeistas”⁴¹, el Profesor BERNARDI, al defender una “aproximación constitucional” al problema de las fuentes de este “derecho penal europeo”, en cuya virtud el acento se desplaza decisivamente desde el origen (formal) de la norma al control jurisdiccional (material) de la garantía de los derechos fundamentales implicados⁴², no deja de reconocer las dificultades que este planteamiento puede suscitar: “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

⁴⁰ BERNARDI, A. “La aproximación...”, cit. (nota 24), pp. 17 ss.

⁴¹ Utilizamos el término en el sentido de la contraposición entre “europeistas” y “euroescépticos” a la que recurre VOGEL, J. “Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union”, en *GA* 2003, pp. 314-334 (p. 314).

⁴² Véase, en una dirección próxima, los planteamientos de autores como PALAZZO, F. “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam” (trad. GARCÍA RIVAS), en *RP* 3 (1999), pp. 36-41 (especialmente, pp. 40-41) o PICOTTI, L. “Las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario: estado actual y perspectivas” (trad. PRIETO DEL PINO), en *RDPCrim.*, 2ª época, nº 13 (2004), pp. 151-197 (especialmente, pp. 166-168). Expresivo de este “cambio de paradigma” es el título de la obra de DONINI, M. *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011. Cfr. las reservas que frente a estos planteamientos ofrece SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los principios inspiradores...”, cit. (nota 23), pp. 141-142.

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”⁴³.

Y no quisiera dejar de mencionar una última cuestión a la que entiendo no se viene prestando toda la atención que merece: la importancia central que debería cobrar el derecho comparado en el proceso de construcción de un “derecho penal europeo” (o “europeizado”). Como recordaba hace unos años Kai Ambos, “dadas las diferencias entre los sistemas de Derecho penal dentro de la Unión Europea, los estudios comparativos deberían ser el primer paso para establecer un campo común e indicar dónde son necesarios y posibles los compromisos” y añadía, con razón, que “dichos estudios no son, en modo alguno, una tarea fácil”⁴⁴. Naturalmente, no es éste el lugar para entrar en detalle sobre el alcance y la trascendencia del método comparado en el derecho penal. De sus dificultades, sirva sólo de muestra la necesidad de distinguir, siguiendo a ESER –uno de los más importantes cultivadores de este método–, entre comparación legislativa, teórico-científica y judicial, cada una con sus problemas específicos⁴⁵. Pues bien, resulta elocuente que, en opinión de este especialista, “para una verdadera igualación del Derecho penal a nivel europeo serían necesarias modificaciones muy amplias, cuyo verdadero alcance ni siquiera los expertos han ponderado en sus justos términos”⁴⁶. Más aún, nos recuerda DONINI cómo la diversidad y variedad del sistema comunitario de fuentes conduce a un profundo cambio en el papel mismo de la comparación: de disciplina que conduce a una mera ampliación del conocimiento, se transforma en un “fundamento cognitivo necesario para la construcción de un derecho europeo común” constituyéndose incluso en “condición para la legitimación democrática del derecho comunitario”⁴⁷.

⁴³ Véase BERNARDI, A. “La aproximación constitucional...”, cit. (nota 24), p. 24.

⁴⁴ Véase AMBOS, K. “¿Es posible el desarrollo de un derecho penal sustantivo para Europa? Algunas reflexiones preliminares” (trad. S. ESCOBAR VÉLEZ), en *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Madrid 2006, pp. 101-120 (p. 103).

⁴⁵ Véase la esclarecedora aportación de ESER, A. “Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung”, en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag, Bd. II*, Berlin 1998, pp. 1499-1529 (1506 ss.)

⁴⁶ Véase ESER, A. “Funktionen, Methoden und Grenzen...”, cit. (nota 45), p. 1527.

⁴⁷ Véase DONINI, M. «Ein neues strafrechtliches Mittelalter. Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrecht», en *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin 2006, pp. 203-226. Para esta concepción de la comparación jurídica como método dogmático, véase también, del mismo autor, “Demokratische und Wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik”, en *ibidem*, pp. 3-35 (pp. 28 ss.)