

NOTA BIBLIOGRÁFICA

JAVIER VALLS PRIETO: *Comentario bibliográfico de Hecker, (Bernd)*, Europäisches Strafrecht, 2005.

A partir de la última década se ha empezado a hablar del Derecho penal europeo. Sin embargo, no se había creado ningún manual al respecto. Éste es el objeto de la obra que nos toca comentar. Al tratarse de una materia novedosa se precisa limitar el ámbito que abarca. Por ello, Hecker dedica su primer capítulo a la definición de conceptos y a resolver algunas preguntas cruciales que permiten una mejor comprensión de la obra.

I

El primer punto de estudio nos remite, como cabría esperar, al concepto de Derecho penal europeo. Los orígenes del mismo se podrían remontar al Derecho romano, a la filosofía de la Ilustración o al intercambio de ideas de la ciencia penal y criminalista del siglo XIX. De todas estas influencias se puede sacar un común denominador de la ciencia penal en Europa: los principios del Estado de Derecho y, en concreto, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de juicio justo y el de humanidad.

Aún partiendo de esta herencia se puede comprobar que los ordenamientos nacionales han evolucionado de forma diferente. No obstante, la creación de la CEE y sus diferentes evoluciones hasta llegar a la UE han ido formando un entramado de normas de Derecho europeo, Derecho internacional y Derecho comunitario con relevancia penal que influyen directamente en el Derecho penal y procesal de los Estados miembros, por medio del principio de primacía del Derecho europeo, el principio de asimilación, el principio de interpretación conforme a la regulación comunitaria, la armonización de las legislaciones penales nacionales y la colaboración intergubernamental en este tipo de materias.

Entendida como disciplina de investigación, el Derecho penal europeo consiste en una materia transversal que engloba problemas de política criminal, dogmática penal, procesal penal y criminología, así como de Derecho comunitario, constitucional e internacional.

Desde un punto de vista práctico, el Derecho penal europeo

ha servido para asentar y homogeneizar los principios de proporcionalidad, *nullum crimen sine lege* (que tanta influencia ha tenido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional) y de determinación, así como en las prohibiciones de discriminación y de retroactividad. Al mismo tiempo, la eliminación de las fronteras interiores ha supuesto un aumento de la criminalidad transnacional en materias como el tráfico ilegal de personas, terrorismo, tráfico de armas, la exportación ilegal de residuos, tráfico de obras de arte, etc.

Además de esta definición, el Derecho penal europeo tiene que acotarse con respecto a otras áreas del Derecho penal. Así, el Derecho penal internacional recogido en Alemania en los párrafos 3-7 y 9 del StGB protege los bienes jurídicos alemanes en países extranjeros. Una actuación penal fuera de las fronteras de un Estado nación se sustenta en los principios de territorialidad, de pabellón nacional (para los casos de naves y aeronaves), de personalidad activa y pasiva, de culpabilidad, de justicia universal, de justicia penal subsidiaria y de distribución de competencias.

Por Derecho penal transnacional entiende, dicho autor, el conjunto de normas de validez universal que generan una responsabilidad penal inmediata mediante el Derecho internacional, como en los casos de delitos de guerra, delitos contra la humanidad, delitos de genocidio y delitos internacionales. En esta materia tiene especial importancia el Tribunal penal internacional.

II

Una vez establecido el marco de estudio, Hecker pasa a describir a los sujetos creadores del Derecho penal europeo y cómo éstos lo desarrollan. El primero que analiza es el Consejo de Europa, cuya actividad en materia penal no sólo se ha centrado en aspectos legislativos sino que también ha creado organismos como el Comité europeo para los problemas criminales, cuyo fin es intensificar los trabajos en materia penal. Respecto a los actos legislativos del Consejo de Europa con influencia penal, cabe destacar la Convención europea de Derechos del Hombre, el Convenio europeo de extradición, los Convenios sobre asistencia judicial en materia penal y de lucha contra el terrorismo entre otros.

Sin duda, su aportación más importante es el Convenio europeo de Derecho Humanos que, junto con las sentencias del órgano encargado de su protección el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ejercido una gran influencia en el Derecho penal de los Estados que lo forman. De hecho, los sistemas penales de estos Esta-

dos se han ido adaptando al Convenio mediante la jurisprudencia del Tribunal, al más puro estilo del *Common Law*. Esta influencia se aprecia tanto en el Derecho penal material como formal.

Aún siendo muy importante su contribución, el núcleo principal del Derecho penal europeo procede, sin duda, de la Comunidad europea y de la Unión Europea. Por este motivo dedica una parte de su manual a explicar las funciones de los distintos órganos de la Comunidad Europea: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal Europeo.

Dentro del Consejo destacan las Directivas sobre utilización de los sistemas financieros y sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, los Reglamentos relativos a la vigilancia y al control de los traslados de residuos dentro de la Comunidad europea y fuera de las fronteras de la misma, la organización común del mercado vitivinícola y a los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria. Además, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

La Comisión, como órgano ejecutivo de la UE y encargado de promover las iniciativas legislativas, ha tenido como principal objeto la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea. Con este fin, ha promovido distintas normas, como las propuestas de Directivas sobre blanqueo de dinero, sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, sobre la regulación de la entrada del euro o sobre la protección del medio ambiente. Además de estos actos jurídicos, la Comisión ha creado la OLAF como órgano encargado de proteger los intereses financieros de la Comunidad.

El Parlamento, aún con sus pocas competencias, como señala Hecker, también ha influido en el Derecho penal de los Estados miembros. Cabría destacar sus decisiones sobre la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho penal, sobre la aplicación del principio de *non bis in idem*, la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, la colaboración judicial en materia penal y, finalmente, el reconocimiento mutuo de sentencias penales.

Finalmente, el Tribunal Europeo hace uso de las cuestiones prejudiciales y las demandas por incumplimiento de los Tratados, de nulidad por incompetencia o de inactividad de los órganos de la Unión para plasmar esta función. Al mismo tiempo, como intérprete de los tratados, tiene una gran influencia en los ordenamientos penales nacionales, como puede apreciarse en la doctrina de los

implied powers, en la primacía del Derecho comunitario o en la interpretación conforme al Derecho comunitario.

III

En la tercera parte de la obra se estudian las fuentes del ordenamiento comunitario. Habitualmente se utilizan dos nomenclaturas distintas en relación a la normativa comunitaria: una, algo más clásica, que divide al ordenamiento comunitario en primario y secundario; y otra, más moderna, que lo divide en «pilares».

En la primera clasificación, la doctrina comunitaria ha distinguido siempre los tratados constitutivos de la UE de los actos jurídicos que emanan de ellos. Estos tratados, junto con sus protocolos y fuentes de igual rango constituyen el Derecho comunitario primario, mientras que el secundario engloba a todas las normas jurídicas que emanan de las instituciones comunitarias: Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes además de las decisiones, acciones, programas y cualquier otra norma que no esté recogida expresamente en el artículo 249 del TCE.

Desde 1992, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, se habla de los pilares en los que se cimienta la UE. Así, el primer pilar estaría constituido por el Derecho comunitario, el segundo por la política exterior y de seguridad, y el tercero por la colaboración policial y judicial en materia penal.

Un punto importante para el desarrollo del Derecho penal europeo lo conforma las competencias de la Comunidad. Como bien señala el autor, la Comunidad no está legitimada para legislar en materia criminal, al menos directamente. No existe ninguna norma genuinamente penal que permita la creación de un Código penal supranacional. Más aún, Hecker se lamenta de que ni en la legislación comunitaria ni en la jurisprudencia se defina el concepto penal, lo que serviría para aclarar qué normas se pueden clasificar como penales y cuáles no. Desde mi punto de vista, tal definición no conseguiría más que complicar la labor de la Unión y de la jurisprudencia, ya que las normas y sentencias comunitarias se caracterizan por su imprecisión, y en algunos casos, incluso se limita a indicar qué no son (no son sanciones penales, no son normas penales). Este procedimiento resulta imprescindible para evitar problemas de incompatibilidad con los ordenamientos nacionales. Además, como apunta el autor, la falta de concreción no impide la diferenciación entre las normas penales y no penales. Los intentos de trasladar los conceptos nacionales al ordenamiento

comunitario han fracasado, debido a que el Derecho comunitario es autónomo.

Si nos atenemos a las sanciones que pueden imponer los órganos comunitarios, comprobamos que en las normas comunitarias se expresa la naturaleza no penal de las mismas, pero que al mismo tiempo contienen fines preventivos o reparatorios, si bien, el carácter punitivo de dichas sanciones es apreciable. Se pueden distinguir tres tipos de sanciones: las multas, principalmente dentro de las normas reguladoras de la libre competencia; las multas coercitivas (o sanciones penales encubiertas, tal y como las denomina Hecker), que se encuentran reguladas en los artículos 87 II y 110 III del Tratado de la Comunidad Europea; y las sanciones recogidas en las normas sobre agricultura y pesca, donde podemos encontrar desde la pérdida de derechos adquiridos (devolución de la subvención) y de Derechos futuros (el poder solicitar nuevas subvenciones) hasta la pérdida de las fianzas.

La aportación más emblemática del Derecho penal europeo reside en que son precisamente los Estados miembros quienes se encargan de su desarrollo. Dentro de las formas de cooperación con relevancia penal hay que destacar a nivel internacional: la INTERPOL, la ONU, la OCDE, la conferencia del G8 y los trabajos conjuntos del Consejo de Europa, en su mayoría centrados en la lucha contra la corrupción, el lavado de dinero negro y el tráfico de drogas.

En lo que respecta a la colaboración intergubernamental dentro de la Unión Europea, el autor distingue entre la colaboración informal (los grupos de trabajo TREVI y el Comité europeo de lucha contra la droga (CELAD), la colaboración en el marco del Tratado de Schengen y el tercer pilar comunitario (que abarca materias como la colaboración en materias de interior y de justicia, la Unidad Europea de drogas, la Europol, la red europea de justicia, la colaboración policial y judicial en materia penal y la Eurojust).

También tienen gran importancia los acuerdos bilaterales de Derecho internacional con terceros países; por ejemplo, la relación entre Suiza y Alemania, principalmente en materia de colaboración policial y de persecución así como en lo relativo a las fronteras.

Hecker acaba este capítulo con un breve comentario sobre la colaboración en materia de persecución penal transnacional.

La colaboración en materia penal no se limita a las instituciones ejecutivas sino que también incluye las jurídicas. Las cuestiones prejudiciales sirven tanto de instrumento para facilitar la interpretación conforme al Derecho comunitario en el momento de aplicarlo a un caso concreto en los Tribunales nacionales, como de

recurso de protección de los ciudadanos europeos, que pueden recurrir a semejante procedimiento para que se protejan sus derechos subjetivos.

En los apartados II y III del artículo 234 se regula todo este procedimiento. En el primero de ellos se indica que el Tribunal nacional puede presentar voluntariamente la cuestión de prejudicialidad con el fin de resolver sus dudas sobre la interpretación del Derecho comunitario. La segunda posibilidad, recogida en el tercer apartado, obliga a presentarla en los casos en que el Tribunal, en cuestión, sea el último órgano judicial en tomar una decisión referente a cualquier norma comunitaria sobre la que haya que hacer una interpretación. Las posibilidades son variadas. Así, en Derecho penal material nos podemos encontrar con que una ley penal nacional entra en colisión con alguna norma comunitaria de aplicación directa. Dentro del Derecho procesal existe más variedad de colisión con las libertades establecidas en el Derecho primario.

En la tercera parte de la obra, también se analizan los elementos que llevan a la europeización del Derecho penal. El primero es el principio de asimilación. Como la UE no tiene competencias para crear tipos penales acude a las legislaciones nacionales para defender sus intereses mediante los tipos penales existentes en los países miembros. Así, se exige que los bienes jurídicos europeos sean defendidos de la misma forma que los nacionales, es decir, con las mismas ramas del ordenamiento y con las mismas sanciones. Valga como ejemplo, dentro del Derecho primario, la declaración falsa y la obligación de guardar secreto que encontramos dentro de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Asimismo, dentro del derecho derivado o secundario, se ha producido tal asimilación en materia de protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea.

La asimilación también se puede realizar con la redacción del artículo 10 del TCE. A partir del caso *Ámsterdam Bulb* se permite a los Estados adoptar medidas penales para que se cumpla la normativa europea. Un segundo avance se encuentra en la sentencia *von Colson y Kamann*, en la que se obliga a los Estados miembros a imponer sanciones de naturaleza civil. Finalmente, el caso del maíz griego significó, desde el punto de vista del principio de asimilación, la obligación expresa de que se salvaguarden los bienes jurídicos comunitarios de la misma forma en la que se protegen esos bienes jurídicos a nivel nacional, incluso en el ámbito del Derecho penal.

Semejante fenómeno también se observa en la legislación de los Estados miembros. Así, nos encontramos ejemplos de leyes pena-

les en blanco en las que se acude a la normativa comunitaria. Heccker diferencia, a este respecto, entre una remisión estática, aquella que hace referencia a normas con una única posibilidad, y una remisión dinámica en la que sólo es preciso recurrir a una versión válida para cada caso, con lo que se consigue más flexibilidad a la hora de determinar el objeto de remisión.

Otro modo de lograr tal objetivo consiste en la posibilidad de obligar a los Estados miembros a crear normas penales mediante las normas comunitarias, principalmente las Directivas comunitarias. Entre otros ejemplos se encuentran la propuesta de Directiva de la Comisión sobre blanqueo de dinero, la propuesta de Reglamento de la Comisión relativo a la introducción del euro y la propuesta de Directiva sobre la protección penal de medio ambiente.

Un sector amplio de la doctrina critica semejante actividad, ya que limita la soberanía nacional en materia penal. En cualquier caso, no se trata de competencias penales propiamente dichas, sino de un proceso de armonización de las diferentes legislaciones penales. Se asienta sobre tres preceptos: el artículo 10 del TCE, los artículos 94 y 95 del mismo tratado, que permiten las medidas armonizadoras, y las competencias anexas a la teoría de los poderes implícitos. Tal competencia de la UE se aplica principalmente en la política agraria (artículos 32-38 del TCE), en la política común de transportes (artículos 70-80 del TCE) y en la protección del medio ambiente (artículos 174-176). En los artículos 94 y 95 del TCE también se regula el proceso general de armonización. Finalmente, en el artículo 280 IV del TCE se concreta la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea.

Indudablemente, este poder que posee la Unión Europea en materia penal no es ilimitado. Así, el principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad imponen un serio freno a la actividad de los órganos europeos. El primero permite que las instituciones europeas asuman competencias legislativas en ámbitos que no son de su competencia, aunque sólo en los casos en que los Estados miembros no son capaces de conseguir los objetivos de la acción pretendida. El segundo impide que las medidas puedan exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

La jurisprudencia del TJCE ha establecido la validez inmediata e ilimitada del Derecho comunitario frente al ordenamiento nacional, debido al carácter internacional y su primacía respecto del estatal. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán ha intentado limitar esta jurisprudencia. Resulta interesante el estudio que realiza el autor sobre semejante postura del alto órgano jurisdiccional, que a pesar de sus intentos no puede acotar la fuerza del

Derecho comunitario. Aún así, el TJCE ha resuelto que no se trata de una primacía de validez sino de una primacía de aplicación.

En caso de colisión entre la normativa nacional y la comunitaria, es decir, en el caso en el que algún precepto penal del ordenamiento estatal impidiera la aplicación del Derecho europeo, se produce automáticamente una neutralización de la primera de ellas. Las posibilidades de colisión, según Hecker, pueden ser de dos tipos: directas e indirectas. Las primeras se presentan cuando la regulación sancionadora nacional y la norma comunitaria (que tiene validez inmediata) regulan la misma materia. Las segundas surgen cuando las dos normas tienen fines diferentes. La solución para este segundo grupo de casos la encuentra Hecker en el artículo 10 del TCE.

El principio de interpretación conforme al Derecho comunitario obliga a que el Derecho nacional no sólo no sea contrario a aquél, sino que es preciso que toda norma estatal se interprete conforme a la normativa europea. A diferencia del principio de primacía, tiene una prioridad relativa. El TJCE ha utilizado este principio de forma restrictiva, ya que lo único que pretende es asegurar que la responsabilidad penal no dependa tan sólo de una Directiva sino que se apoye, además, en el Derecho penal de los Estados miembros, en concreto, en los delitos relativos a los funcionarios, los delitos de falso testimonio, los delitos de falsificación de documentos, los delitos contra el medio ambiente y los delitos imprudentes.

Otra forma de armonización en el Derecho penal material se consigue a través del tercer pilar, la colaboración policial y judicial en materia penal. El artículo 31 del TUE recoge como materias del mismo: la criminalidad organizada, la protección penal del euro, el tráfico ilícito de personas, el lavado de dinero, el terrorismo y el tráfico de drogas. El objetivo es buscar definiciones comunes en estas áreas para todos los Estados, así como establecer la pena mínima que debe imponerse. Estos acercamientos deben realizarse mediante Convenios internacionales.

También existe la posibilidad de ampliar los campos de actuación, ya que la redacción del artículo 29 del TUE permite la inclusión de nuevas materias, al emplear «en particular», y por tanto, no conforma un número cerrado. Hecker añade que las materias reguladas en el artículo 31. e del TUE se presentan sólo como ejemplos y no como un conjunto cerrado de materias. Así ocurre, por ejemplo, en las Decisiones marco sobre la estafa y falsificación de medios de pago distintos del efectivo, sobre la lucha contra la pornografía infantil, sobre protección del medio ambiente, sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado, sobre la

lucha contra el racismo y la xenofobia y, por último, contra los ataques a los sistemas informáticos.

La colaboración judicial en materia penal también permite acercar los sistemas penales nacionales. Instrumentos como la ayuda entre Estados, así como las actividades de coordinación judicial que se encuentran recogidas en Convenio del Consejo de Europa sobre ayuda mutua en materia penal, el Tratado de Schengen, el Convenio sobre asistencia judicial penal entre los Estados miembros y la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal son ejemplos de cómo se realiza esta labor.

La colaboración judicial en materia de extradición ha sido un tema de especial trascendencia desde los inicios del proyecto europeo. Así, el Convenio de extradición europea recoge los requisitos necesarios para realizar tal procedimiento; entre otros, que la pena sea al menos superior a un año, que no se permitirá la extradición por delitos políticos, que en los delitos fiscales la pena no sea de una cuantía baja, que no se trate de nacionales del mismo país, que se respete el principio de *non bis in idem*, etc. Mejoras sustanciales a esta norma se encuentran en los artículos del 59 al 66 del Tratado de Schengen y, en concreto, el último precepto ha servido para la creación del Convenio sobre el proceso de extradición entre los Estados miembros de la EU de 1995. Lamentablemente no tuvo una ratificación inmediata y un año más tarde se creó el Convenio de 27 de septiembre sobre extradición entre los países miembros de la UE. Finalmente, el artículo 31. b del TUE completa la colaboración judicial, respecto a la extradición de delincuentes. En este precepto se concede el permiso para que se incluya en dicha colaboración acciones que faciliten la extradición entre los Estados miembros.

Otra novedad en la colaboración penal entre los Estados miembros es la orden de detención europea. Para su utilización, primero debe haber una sentencia judicial que determine la detención y entrega de una persona buscada en otro Estado miembro por un delito con una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

Por último, el autor se centra en el reconocimiento mutuo de sentencias judiciales, recogido en el séptimo protocolo de la Convención europea de Derechos Humanos, así como en el Pacto internacional sobre Derechos civiles y políticos, y que impide sancionar dos veces por el mismo hecho. Así mismo, en el Tratado de Nizza se regula la prohibición de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. En un primer momento, el Consejo de Europa

intentó resolver este problema con el Convenio europeo sobre validez internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970, en el que firmaron muchos países europeos que no se encontraban en ese tiempo dentro de la CEE. Sin embargo, han sido pocos los que lo han ratificado. El artículo 54 del Tratado de Schengen regula el *non bis in idem* dentro de la Unión Europea, que en la actualidad afecta a 27 Estados, aunque en un principio, en 1995, sólo lo ratificaron 7 países. Este artículo tiene tres elementos para su aplicación: que se haya ejecutado la sanción, que se esté ejecutando o que no se pueda ejecutar la pena por la legislación del Estado donde haya sido condenado.

IV

La cuarta y última parte trata sobre la protección de los intereses financieros de la UE, que conforma el único ámbito del Derecho penal europeo donde se ha intentado crear un verdadero texto penal para la Unión. Dentro de la protección de finanzas comunitarias hay que diferenciar entre los ingresos y los egresos. En los primeros entrarían los gravámenes agrícolas, los impuestos sobre el azúcar, aduanas, IVA, el producto interior bruto y los ingresos especiales. Dentro de los segundos, hay que destacar la financiación agraria, los fondos estructurales, las políticas internas, las políticas externas y los gastos de administración interna.

Semejante defraudación se puede cometer mediante la no declaración de los productos que se importan, la recepción de los reintegros por exportación, la no declaración de las cantidades por IVA y la incorrecta utilización de subvenciones. Normalmente, los autores se organizan en estructuras organizadas de criminalidad económica que se encargan de la falsificación de documentos y de informes, el blanqueo del dinero, etc. La estrategia, hasta el momento, ha sido la de imponer medidas preventivas administrativas de tipo monetario o restrictivas de derechos.

Sin embargo, como bien señala Hecker, tales medidas no han servido de mucho. De ahí el interés de la UE de recurrir al Derecho penal para intentar perseguir penalmente tal defraudación. El primer intento fue el Convenio de protección de los intereses financieros. Mediante los mecanismos del Derecho internacional de firma y ratificación se consiguió la armonización de esta cuestión en todas las legislaciones penales, tanto en materia de sanciones mínimas como de la definición de lo que se debe considerar defraudación.

Aún así, la Comisión encargó un proyecto de Código penal euro-

peo para su protección: el *Corpus Iuris*. Este proyecto, de llevarse a cabo, significaría la creación de un texto legislativo de carácter penal a escala europea que trataría de proteger las finanzas de la UE.

Finalmente, el autor se dedica un pequeño apartado a la protección penal a nivel supranacional recogida en el proyecto de Constitución Europea, donde se estipula un tipo penal europeo de validez inmediata, que deberá protegerse mediante una norma europea.

V

Sin duda, es un manual de referencia para todos aquellos que quieran adentrarse en el enrevesado y complejo mundo del Derecho penal europeo. Por fin, hay una obra que consigue organizar un área del Derecho penal que, tanto por su novedad, variedad y complejidad, como por su carácter multidisciplinar da como resultado un complejo sistema jurídico de difícil explicación. El profesor Hecker ha realizado un gran trabajo de sistematización y de recopilación de toda la normativa europea que cabría incluir dentro de este concepto, así como de la jurisprudencia del TJCE que, siguiendo el sistema del *Common Law*, tiene una gran importancia a la hora de su interpretación.

