

# LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

HELMUT SATZGER\*

**RESUMEN:** El Derecho penal en los Estados de la Unión Europea ya no es un asunto sólo nacional sino influido por los convenios internacionales que inciden tanto en el derecho penal material como en el procesal. El autor muestra como ese Derecho penal europeo engarza con el de la Unión Europea y examina las diversas formas de la europeización del mismo, todo lo cual le permite concluir que los tiempos en los cuales a este ordenamiento se le consideraba una materia nacional han pasado a la historia.

**PALABRAS CLAVES:** Unión Europea, convenios internacionales, derecho penal, derecho procesal penal, ordenamiento nacional, sanciones penales, personas jurídicas, interpretación, legalidad, abogados.

## I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Derecho penal en los Estados de la Unión Europea ha dejado de ser un asunto puramente nacional, pues esta materia está influida a nivel mundial por los Convenios internacionales. Sin embargo, un rasgo común de los Estados miembros es que el desarrollo de su Derecho penal está cimentado en el Derecho de la UE y, por lo tanto, lo que hoy se caracteriza como una “europeización del Derecho penal” experimenta numerosas influencias. La europeización del Derecho penal toma múltiples formas y los patrones europeos se dirigen, igualmente, tanto al legislador como al operador jurídico y afectan tanto al Derecho material como al Derecho procesal penal.

---

\* Profesor de Derecho penal y derecho procesal penal alemán, Derecho penal europeo, Derecho internacional y Derecho penal económico de la Facultad de Derecho de la Ludwig-Maximilian-Universität München, Munich/Alemania.

Incluso, la europeización es un fenómeno que no solo se manifiesta en la rama de lo penal, sino en todos los ámbitos del Derecho de cada Estado miembro.

En seguida quiero referirme a las doctrinas consolidadas en el Derecho de la UE y, entretanto, también a la amplia discusión en el marco del ordenamiento jurídico alemán. Además, les voy a exponer las formas más importantes de la europeización relacionadas respectivamente con el Derecho penal material y con el Derecho procesal penal.

## II. EL DERECHO DE LA UE Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONAL

Cuando trato el tema de la influencia del Derecho europeo, me refiero principalmente al Derecho de la Unión Europea. Además, merece especial mención el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) firmado en Roma el cuatro de noviembre de 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa. Este Convenio creó un original sistema de protección internacional de los Derechos Humanos al ofrecer al individuo el beneficio de un control judicial de sus derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que tiene su sede en Estrasburgo (Francia). Todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado el Convenio. Como la adhesión a la Unión Europea presupone la ratificación del Convenio de 1950, se puede afirmar que existe un paralelismo de hecho entre la adhesión a la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, el derecho de la CEDH en un futuro formará parte del ordenamiento jurídico de la UE ya que ésta, según el art. 6.2 TFUE, se adherirá a la CEDH. Con la entrada en vigor del protocolo adicional N° 14 de la CEDH también el Consejo de Europa estableció una base legal para la adhesión; esta Convención tiene mucha importancia para el Derecho penal y, en especial, para el Derecho procesal penal. Contiene Derechos humanos relevantes para el Derecho penal como por ejemplo la prohibición de la tortura, el Derecho a un proceso equitativo o –en términos internacionales– el principio de “*fair trial*” y, además, el principio de aceleración de los procesos penales. Estos derechos y principios tienen diferente rango en los Estados miembros de la UE: en parte se sitúan por encima de las constituciones nacionales (como es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos y Luxemburgo), en parte son de rango constitucional (como por ejemplo en Austria) o, por lo menos, un rango entre la constitución y las leyes parlamentarias.

En Alemania la CEDH se supedita a la Constitución al mismo nivel que la Ley, sin embargo el Tribunal Constitucional Federal le da una especial importancia a la hora de interpretar el ordenamiento interno.

Para ver el auténtico efecto de la europeización en un sentido moderno deseo poner el Derecho de la UE en un primer plano. En efecto, antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa la Unión se componía, hablando en sentido figurado, por tres pilares: la Comunidad Europea; la política exterior y la seguridad común (PESC); y, finalmente, la cooperación policial y judicial en materia penal.

Para el Derecho penal el Derecho de la UE era importante desde dos puntos de vista: tanto el primer como el tercer pilar constituían el marco para la europeización del Derecho penal, en el cual existía una gran diferencia. De un lado, el Derecho comunitario (del primer pilar) era un derecho supranacional que podía tener un efecto directo en el país miembro, es decir no había necesidad de que los Estados miembros dictasen actos de transposición para integrar las normas europeas en el ordenamiento jurídico interno. Además, gracias a las decisiones por mayoría, se podía promulgar un acto jurídico de la UE incluso con la oposición de uno o más Estados miembros. Por otro lado, el tercer pilar tenía un carácter intergubernamental (y con ello se caracterizaba como Derecho internacional público).

El Tratado de Lisboa elimina la estructura de los tres pilares; se “comunitariza”, lo que era intergubernamental (es decir, el tercer pilar de la UE), caracterizado por el Derecho internacional público, y lo que requería la unanimidad en la cooperación en asuntos penales entre los Estados miembros. Es decir, en concreto desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se aplica el principio de la mayoría, con lo que así uno o varios Estados miembros pueden ser vencidos por mayoría de votos. Al mismo tiempo, el Tratado de Lisboa ha dado un papel importante al Parlamento Europeo en el procedimiento de legislación en los asuntos del pasado tercer pilar. Antes del Tratado de Lisboa el Parlamento no tenía casi ninguna influencia, por eso este cambio ha sido muy bien recibido por la mayoría de los autores y los políticos en Europa que lo interpretan como una mejora evidente de la legitimación democrática.

### III. LA EUROPEIZACIÓN Y SUS FORMAS

Si examinamos qué efectos de la europeización son determinables, se constata que procede diferenciar entre la europeización del Derecho material y la del Derecho procesal.

A. *El Derecho penal material.* Indudablemente, la europeización del Derecho penal se manifiesta en su forma más fuerte, en el logro de un **Derecho penal verdadero**, con la aplicabilidad directa de los tipos penales del Derecho europeo. Imaginémoslo, por ejemplo, un Reglamento europeo –que es más o menos la ley de la Unión europea, porque se aplica directamente en todos los Estados miembros– que contenga un tipo penal de “fraude a cuenta del presupuesto de la UE” que conlleve, por ejemplo, una “pena de prisión no menor de un año”. La consecuencia sería que cada defraudador europeo podrá ser castigado del mismo modo en cada Estado miembro, directamente con base en el Reglamento europeo. Así, el tipo penal no se transpondría primero al Derecho nacional, sino que existiría el tipo penal europeo paralelamente junto al código penal alemán, francés, español y demás códigos de los Estados miembros. Sin embargo, este “Derecho penal europeo” no existe todavía como tal, al menos en lo que respecta al concepto de Derecho penal alemán en sentido estricto, el llamado “*Kriminalstrafrecht*”.

Al contrario, la situación cambia respecto al Derecho penal en sentido amplio, que en algunos ordenamientos jurídicos se denomina Derecho sancionador administrativo u “*Ordnungswidrigkeitenrecht*” en Alemania. La Unión Europea puede, ya desde hace tiempo, imponer por ejemplo elevadas multas a empresas por abuso de competencia; en el mes de mayo de 2009, por ejemplo, la Comisión Europea impuso una multa récord de 1.060 millones de euros al fabricante estadounidense de microprocesadores Intel Corp.

En cuanto a la ausencia de un Derecho penal en sentido estricto el Tratado de Lisboa (al menos en un principio) no ha cambiado nada. Sin embargo, ha variado el texto de una base jurídica (que es el art. 325 TFUE, antes: art. 280 TCE), donde se trata de la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Comunidad<sup>1</sup>. Aunque a primera vista se trate de una modificación mínima, podría significar un cambio de paradigmas en relación con la lucha contra el fraude. En efecto, como se ha omitido de la frase “Dichas medidas

---

<sup>1</sup> Art. 280.4 TCE: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”.

no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia” –que fue interpretado por la opinión dominante como la exclusión de toda forma de legislación penal en el sentido estricto– con esta base jurídica, por primera vez en la historia de la UE, sería posible –por lo menos es una interpretación imaginable– la existencia de un Derecho penal supranacional con la promulgación de un “Reglamento” (de efecto directo), que recogería el supuesto tipo penal del fraude a la Unión Europea y varias regulaciones de acompañamiento. Aunque limitado por sectores se daría así el primer paso hacia un verdadero Derecho penal europeo<sup>2</sup>.

A pesar de lo que se dijo hasta ahora, el entorno europeo tiene una gran importancia para el penalista en los Estados miembros que debe tener en cuenta en todas sus actividades **los límites del Derecho europeo**. Esto significa, por un lado, que no se deben de infringir los principios generales del Derecho europeo; por eso, junto al principio de proporcionalidad ha de mencionarse la prohibición de discriminación, de tal forma que no se impongan diferentes sanciones con base en la nacionalidad. Por otro lado, tal y como lo expresa el art. 4.3 TUE, gana en importancia el deber de lealtad de los Estados miembros ante la Unión. Esto ha experimentado una especial concreción en el Derecho penal, en la medida en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJUE), en la famosa sentencia del “escándalo de maíz griego”<sup>3</sup>, exigió que cada Estado miembro aceptara en su ordenamiento jurídico medidas “eficaces, proporcionales y suficientemente disuasorias”, para combatir y sancionar el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Carta de los derechos fundamentales gozará de carácter vinculante y establecerá unos límites con sus garantías relacionadas al Derecho penal.

Este mínimo de sanciones tiene una **eficacia directa para el legislador penal** en cada Estado miembro y puede llevar a que los legisladores nacionales tengan una obligación de introducir sanciones penales para las violaciones del Derecho de la UE cuando éstas, en

---

<sup>2</sup> Como aquí SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 8 nm. 27; también FROMM, *StraFo* 2008, págs. 358, 365; ROSENAU, *ZIS* 2008, págs. 9, 16.

<sup>3</sup> TJUE, sentencia del 21.9.1989, Rec. 1989, 2965, asunto 68/88 – „Comisión ./ República Griega“.

concreto, sean las únicas medidas “efectivas, proporcionadas y suficientemente disuasorias”<sup>4</sup>.

Junto con este “encuadramiento europeo” de las libertades del legislador penal nacional, el Derecho de la Unión Europea contiene una base legal para la armonización del Derecho penal. A diferencia de la promulgación del Derecho penal supranacional por los órganos de la Unión Europea, aquí se trata más bien de que actos jurídicos europeos instruyan a los legisladores nacionales a adaptar sus Derechos nacionales para conseguir un objetivo europeo concreto dentro de un plazo fijo de transposición. Los órganos europeos utilizan Directivas que necesitan –por lo menos en principio– que el legislador nacional transponga su contenido en el derecho interno, de forma contraria a como los Reglamentos se aplican directamente en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro.

Un fundamento legal para la armonización del Derecho penal material está recogido en el art. 83 TFUE. Según su apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden 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, si eso resulta necesario (art. 67.3. TFUE).

Estos ámbitos correspondientes están recogidos de forma concluyente en el art. 83.1.2. (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). Sin embargo el Consejo, teniendo en cuenta la evolución de delincuencia, puede determinar por decisión unánime otros ámbitos delictivos y de esa forma extender el catálogo del art. 83.1.

También, el art. 83.2. contiene una base legal para la armonización mínima de los delitos y las penas siempre y cuando resulte *imprescindible* para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión, en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, lo que en realidad supone una competencia aneja; esta armonización mínima se limita a través del “freno de emergencia”

---

<sup>4</sup> Sobre ello, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 27 y ss.

del art. 83.3 TFUE. Por eso, si un Estado miembro considera que una directiva afecta los aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, puede impedir una armonización y, como consecuencia, lograr suspender el procedimiento legislativo para que el asunto se remita al Consejo Europeo. En caso de que no se alcanzara un consenso la directiva quedaría denegada, pero otros Estados podrían progresar por la vía de una “cooperación reforzada”.

Aparte del TFUE existen otras competencias de armonización de la UE en el Derecho penal, que se encuentran en los ya mencionados fundamentos del Derecho penal supranacional, pues además de los reglamentos también se permiten directivas (p. ej., el art. 33, 325.4. TUE).

Hasta ahora un aspecto importante para el Derecho penal – significativo al menos desde el punto de vista dogmático– no ha sido armonizado; los Estados miembros, igual que antes, siguen juzgando la posibilidad de castigar a personas jurídicas y a empresas de distinta manera. En efecto, mientras países como Francia o Austria prevén expresamente un verdadero castigo penal para ellas, Alemania y Grecia comparten la opinión de que solo un individuo puede actuar en el sentido del Derecho penal y, por lo tanto, la culpabilidad penal solo puede recaer sobre una persona natural. La UE en sus actos jurídicos de armonización actúa pragmáticamente ante este disenso. De esta manera se llega a la formulación siguiente: *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las conductas contempladas.* Con este compromiso la UE deja en manos de los Estados miembros la elección en torno a si imponen sanciones criminales o administrativas a las personas jurídicas; en el futuro puede que se haga más presión para castigar a las personas jurídicas.

Dejemos ahora a un lado los aspectos legislativos para ocuparnos del día a día de la mayoría de los juristas, que consiste en la **aplicación del Derecho**; sobretodo aquí la europeización gana en importancia. Esto se aplica, por un lado, en los ámbitos en los que los tipos penales remiten a Reglamentos europeos que –como ya hemos visto– son (como las leyes) directamente aplicables en los Estados miembros. En el Derecho alemán encontramos muchos ejemplos sobre todo en las normas penales externas del Código penal, por ejemplo en el Derecho penal de los alimentos, o en el Derecho penal vitivinícola etc., en las cuales el Juez u otros operadores jurídicos deben consultar el Derecho europeo con aplicación inmediata para

establecer los presupuestos del tipo penal y, por ello, deben fijarse en el “ordenamiento europeo”. El modelo básico de lo que se llama “ley penal en blanco” prescribe que quien atente contra el art. X de un Reglamento europeo será castigado con alguna pena de prisión. Como importante consecuencia la subsunción de la conducta en el tipo depende absolutamente de la interpretación del Reglamento europeo. Pero para la interpretación del Derecho europeo se aplican distintos criterios a los utilizados en el derecho nacional: así, en el Derecho europeo se favorece la interpretación que mejor asegura la consecución de los objetivos de los Tratados –lo que se llama el principio del „*effet utile*”<sup>5</sup>–. Además, interpretando una norma de Derecho europeo se debe considerar igualmente en todos los 23 idiomas oficiales de la UE, empresa que suele desbordar al juez nacional. En consecuencia, estas leyes penales en blanco con referencia al Derecho de la UE acarrearán diversos problemas<sup>6</sup>, sobretudo en relación con la determinación de las leyes penales como consecuencia del principio de legalidad –*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*–, que presupone una previsibilidad suficiente de la punibilidad.

Con mayor frecuencia la figura de la interpretación del Derecho penal nacional conforme al Derecho de la UE aparecerá en el “día a día” de los juristas nacionales. Como en cada parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, la obligación de lealtad ante la UE debe respetarse también por los tribunales nacionales y, en caso de duda, las disposiciones penales se interpretan en la línea del Derecho europeo y como mejor sirvan a sus objetivos<sup>7</sup>. Esto significa, por un lado, que los tipos penales que, en base al criterio clásico, protegen exclusivamente bienes jurídicos soberanos de un Estado miembro, deben ahora interpretarse de manera que incluyan los intereses europeos, siempre y cuando el texto no exprese lo contrario. Esto se da en el Derecho penal alemán –para mencionar un ejemplo– con el tipo penal del “quebrantamiento de sello” (§ 136 II StGB), que castiga a quien dañe, desprenda o haga irreconocible un sello oficial, que haya sido puesto para confiscar cosas, cerrarlas oficialmente, o para marcarlas, o a quien haga ineficaz total o parcialmente el cierre

<sup>5</sup> Cfr. STREINZ, *Europarecht*, 9 ed. 2012, nm. 614.

<sup>6</sup> En forma detallada, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 60 y ss.

<sup>7</sup> Sobre el impacto de la interpretación conforme a la legislación europea en el ámbito del derecho penal sustantivo. V. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 92 y ss.



producido por medio de tal sello. Según la interpretación tradicional solo los sellos oficiales alemanes serán protegidos. Mientras que según la interpretación correcta, que es la conforme al Derecho de la UE, el interés europeo del perfecto funcionamiento de la unión aduanera es un valor a considerar. Como consecuencia, los sellos protegidos por la norma penal no son solamente sellos de autoridades nacionales sino que en el marco del tránsito europeo también se protegen los sellos de las aduanas extranjeras.

Sin embargo, la europeización de la interpretación no se limita a preceptos especiales de raro uso y, aunque hasta hace poco se le ha dado poca atención, el Derecho europeo se convertirá en un factor decisivo para la interpretación de los preceptos del Derecho penal; en este sentido se pueden mencionar los tipos penales imprudentes. En Alemania la punibilidad presupone una lesión objetiva de un deber de cuidado, de tal manera que una violación de las normas jurídicas puede ser un indicio de una infracción al deber de diligencia debida; sin embargo, las normas jurídicas de este tipo pueden ahora provenir del ordenamiento europeo, como lo demuestra el hecho de que -por ejemplo- encontremos especificaciones sobre los valores máximos de sustancias peligrosas en los juguetes en un Reglamento de la UE. Por ello, si un fabricante sigue las especificaciones de tal Reglamento en la producción de juguetes, en principio no se le podrá reprochar la inobservancia de la diligencia debida, cuando un niño muestre síntomas de envenenamiento causados por el material indicado en el mencionado Reglamento al jugar con dicho elemento.

Así mismo, tratándose de la punibilidad de estafas en el marco de la comercialización de productos en la UE, la pregunta en torno a si hay “engaño” se orienta ya desde hace tiempo a la “imagen ideal del consumidor europeo” desarrollado por el TJUE, es decir, consumidores responsables y bien informados. Así el consumidor descuidado y confiado (que en Alemania goza de un alto nivel de protección) no puede ser incluido en la protección del tipo penal de estafa, sin antes infringir la libertad fundamental de libre circulación de mercancías garantizada por el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea. Por eso –según la opinión correcta (todavía minoritaria)– el tipo penal de estafa debe ser interpretado restrictivamente de conformidad con el Derecho europeo<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En forma detallada, S/S/W-SATZGER, § 263 StGB nm. 66 y ss.; básicamente como aquí, HECKER, *Strafbare Produktwerbung*, 2001, págs. 282 y ss.; el mismo: *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 9 nm. 33 y ss.; v. también a DANNECKER, Jura

De esta forma, cuando un tipo penal contradiga el Derecho europeo y la colisión no pueda aclararse con la interpretación conforme al Derecho europeo, el precepto penal no quedará totalmente nulo, pero en el caso concreto no resultará de aplicación<sup>9</sup>. Este es un efecto europeizador bastante importante a considerar y el acusado, en tal caso, no solo actúa de forma “justificada” sino que no realiza ningún tipo penal y, en consecuencia, no podrá ser castigado por ello. Un ejemplo: En la Unión Europea hay varias Directivas con especificaciones en cuanto a la etiquetaje de los productos; si un Estado miembro no cumple con el plazo de adaptación de los preceptos nacionales sobre el etiquetaje, las normas europeas de la Directiva pueden ser inmediatamente aplicables. Así las cosas, si un fabricante, que ha adaptado su producción correctamente a las especificaciones europeas, pero –a causa de la atrasada legislación de su país– infringe aún las normas nacionales sobre la materia y, como consecuencia, concurre un tipo penal nacional, no podrá ser castigado. De esta manera, a causa de la colisión con el Derecho europeo que prima, el tipo penal nacional se “neutraliza” y, a pesar de que siga vigente, el fabricante no puede ser castigado. Por lo tanto, aquí se presentan diversas posibilidades de defensa en el ámbito del Derecho procesal y al abogado defensor le convendrá tener muy en cuenta el Derecho europeo.

**B. Derecho procesal penal.** Debe destacarse que recientemente el campo del Derecho procesal penal se caracteriza por la acumulación de consecuencias importantes de cara a la europeización; sobre todo los art. 82 y ss. del TFUE, que tratan de la cooperación judicial en materia penal, son de especial importancia. El objetivo de los Tratados es transformar el territorio de todos los estados miembros de la UE en un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, es decir, hacer de ellos un ámbito de justicia uniforme. Para el procedimiento penal se deberán reducir las fronteras o desmantelarlas del todo, para que los organismos instructores puedan reaccionar igual de rápido que los criminales que aprovechan el derecho de libre circulación en el mercado interior de la UE.

La piedra angular de todos los actos jurídicos que sirva a la implementación de esta idea, es el principio del reconocimiento mutuo,

---

2006, págs. 174 y ss. Estos autores se pronuncian, aparentemente, sobre un caso de primacía.

<sup>9</sup> Básicamente sobre la primacía del Derecho europeo, v. TJUE, sentencia del 15.7.1964, Rec. 1964, 1253 – asunto 6/64 – „Costa ./ ENEL”.

que después del Tratado de Lisboa está incorporado por escrito en el art. 82. 1 TFUE; así, una decisión judicial tomada en *un* Estado miembro deberá ser reconocida y ejecutada (sin prueba previa) en *todos los demás* Estados miembros. En definitiva, esto se corresponde con las condiciones intraestatales, como cuando una orden de arresto dictada en Varsovia se ejecuta en Atenas; sin embargo, el distinción fundamental radica en que a diferencia del campo del Derecho intraestatal, ni el Derecho material ni el Derecho procesal penal son idénticos.

En efecto, uno se podría relajar y confiar en que los ordenamientos penales completos de la UE cumplen con los requisitos mínimos de la CEDH y, con ello, son comparables desde el punto de vista del Estado de Derecho, aún más teniendo en cuenta que la Carta de la UE contiene garantías importantes para el imputado como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47) o la presunción de inocencia (art. 48). Sin embargo, este argumento evade el núcleo de la cuestión: cada ordenamiento penal garantiza los derechos del acusado en forma y grado diferentes. Un buen ejemplo, es la cooperación transfronteriza en cuanto a la recolección de las pruebas: un Estado, por ejemplo, consiente generosamente medidas coercitivas para recabar pruebas y garantiza los derechos del acusado, es decir donde más tarde por medio de un sistema estricto de valoración de pruebas, solo contarán las obtenidas legalmente. Otros Estados, por el contrario, son extremadamente restrictivos durante la fase de la investigación, cuando protegen intensamente los derechos fundamentales del individuo por medio de numerosos e importantes presupuestos de medidas coercitivas o por la tutela judicial efectiva. Como consecuencia, en este estado existen pocas reglas para prohibir las pruebas ilegales, ya que con los estrictos preceptos de recolección de pruebas se asegura que ningún medio de prueba “sospechoso” llegue a la fase del procedimiento plenario.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el principio del reconocimiento mutuo se presta para una combinación de diferentes sistemas nacionales; un posible efecto de ello es la eliminación de toda forma de mecanismos de protección del acusado. Sin embargo, el Libro verde<sup>10</sup> presentado por la Comisión sobre la protección penal de los

---

<sup>10</sup> Sobre el Libro Verde y la protección penal de los intereses financieros de la CE, así como sobre el establecimiento de un Fiscal Europeo, v. KOM (2001), 715 final, disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0715es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0715es01.pdf) (fecha: mayo de 2012).

intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo allana este camino: según la Comisión los medios de prueba deben reclamarse en cualquier Estado miembro según su Derecho nacional. Estos deberán, entonces, con base en el principio del reconocimiento mutuo, ser aportados y utilizados libremente en el procedimiento plenario de cualquier otro Estado miembro. Pero considérense las consecuencias: cuando el medio de prueba se obtenga de un país con una reglamentación amplia y sea utilizado en un proceso penal en un Estado que no contemple ninguna prohibición de pruebas, se mina el control del Estado de Derecho por medio de la combinación de dos sistemas de fondo impecables. Por supuesto, sin entrar aquí en más detalles, debe decirse que esto muestra como el principio del reconocimiento mutuo soporta un verdadero peligro inminente<sup>11</sup>.

Hasta ahora con miras a implantar el principio del reconocimiento mutuo se han promulgado una serie de Decisiones marco que han cambiado el Derecho procesal considerablemente, en especial el Derecho de asistencia judicial en materia penal en Europa, pero también ha aumentado su eficacia o lo hará en el futuro; por supuesto, como las Decisiones marco han sido abolidas por el Tratado de Lisboa, en el futuro los instrumentos a emplear en esta área serán las Directivas europeas.

Al respecto, debe decirse que la más famosa y, al mismo tiempo, discutida fue la Decisión marco sobre la Orden de detención europea, que en amplios sectores se ha incorporado para sustituir a la extradición. Para un catálogo de 32 grupos de delitos, que en efecto quedan sumamente “descoloridos”, fueron eliminados aquí principios tradicionales como los de la asistencia judicial, la doble tipificación de los hechos o la prohibición de que un Estado extradite a sus propios ciudadanos. En Alemania, por ejemplo, hubo graves problemas constitucionales y la primera ley de transposición fue declarada nula<sup>12</sup>; la práctica, sin embargo, se ha adaptado a la

<sup>11</sup> Acerca de esta problemática, GLESS, ZStW 115 (2003), págs. 131, 146 y ss.; SATZGER, StV 2003, págs. 137, 141; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 12 nm. 59 y ss.; PEERS, CMLR 2004, págs. 5, 35; KAIAFA-GBANDI, ZIS 2006, págs. 521, 527 y ss.; MEYER, GA 2007, págs. 15, 33 y ss.; KIRSCH, StraFo 2008, págs. 449, 453 y ss.

<sup>12</sup> Sobre la orden de detención europea, v. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 10 nm. 26 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3 ed. 2011, § 12 nm. 35 y ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 12 nm. 20 y ss. Sobre la problemática constitucional en Alemania, v. BVerfGE 113, 273; SATZGER/POHL, JICJ 2006, págs. 686 y ss.

nueva situación jurídica con base en la segunda ley de transposición que podría aumentar considerablemente la eficacia de la asistencia judicial.

Una forma especial del principio del reconocimiento mutuo se esconde bajo el postulado propio del Derecho europeo del „*Ne bis in idem*“. Según este principio, regulado sobre todo en el art. 54 del Acuerdo de Schengen, una persona que fue juzgada firmemente en un Estado no podrá ser perseguida por este hecho, cuando la pena haya sido ejecutada o lo esté siendo; el TJUE interpreta este precepto en sentido amplio y, a la hora de precisar su significado, remite a la libre circulación de los ciudadanos de la EU. Por ello, el concepto de “hecho” como base de este axioma se interpreta ampliamente; además, se imponen pocas exigencias a las condiciones propias de una decisión que se halle en “firme”<sup>13</sup>.

Así mismo, se debe tener en cuenta que adjunta al Tratado de Lisboa ha entrado en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 50 garantiza el principio de *ne bis in idem*; sin embargo, la relación entre las dos normas no parece del todo clara pero resulta importante porque el art. 54 del Acuerdo de Schengen requiere un “elemento de ejecución”, mientras que para el art. 50 de la Carta es suficiente que el acusado haya sido condenado o absuelto en un Estado miembro, sin depender de que se haya ejecutado alguna sanción. Al respecto, se ha expuesto la tesis según la cual el art. 50 de la Carta predomina sobre el art. 54 del tratado, con lo cual la ejecución de la pena no sería necesaria; sin embargo, a mi juicio, el art. 54 del Acuerdo de Schengen es un límite de derecho secundario en relación con el art. 50 de la Carta y éste puede concretarse, como todos los derechos fundamentales, mediante leyes de rango inferior y respetando los límites constitucionales. En consecuencia, el mencionado art. 54 es aplicable de forma prioritaria.

Ahora bien, al lado de la formación incipiente de un Derecho penal procesal europeo que se ha visto hasta ahora, en el plano institucional se observa como complemento la formación y consolidación de

---

<sup>13</sup> Fundamental TJUE sentencia del 11.2.2003, Rec. 2003, I-1345, asunto C-385/01 – „Gözütok“ y asuntos C-187/01 – „Brügge“ y TJUE sentencia del 9.3.2006, Rec. 2006, I-2333, asunto C-436/04 – „van Esbroeck“. Con más detalles sobre ello, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5ª ed. 2010, § 10 nm. 71 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 nm. 115 y ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3ª ed. 2010, § 13 nm. 23 y ss.

importantes órganos que sirven a la persecución de hechos penales transnacionales, que a continuación se mencionan brevemente. En efecto, **Europol** juega un papel tan importante para la policía de los Estados miembros como **Eurojust** para la coordinación e información de los órganos de procesamiento penal de los Estados miembros; ya he mencionado también el proyecto de un **Fiscal europeo**, que pueda investigar en toda la UE y demandar a una persona ante juzgados nacionales de lo penal utilizando todos los medios de prueba reunidos.

Desde luego, en el contexto de la implementación del principio del reconocimiento mutuo es indiscutible que se aumentan los riesgos que corre la situación jurídica del acusado. Por esta razón, el proyecto de la Decisión marco sobre las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, hubiera tenido extrema importancia para el aseguramiento de los Derechos de acusado en el desarrollo completo de un sistema procesal penal a nivel europeo. Lamentablemente, esta propuesta ha fracasado a causa de la resistencia opuesta por algunos Estados miembros que temían una pérdida de eficacia de la instrucción judicial.

Para fortalecer la situación del acusado y para no apoyar y beneficiar solo al persecutor procesal, el defensor –en el caso de tener sospecha sobre criminalidad transnacional– debería también prestar ayuda desde el punto de vista institucional. En este sentido, un grupo de profesores al cual tuve el honor de pertenecer ha elaborado una proposición para crear una institución de apoyo para la defensa nacional, llamada „**Eurodefensor**“; así las cosas, mediante informaciones sobre los ordenamientos jurídicos extranjeros, traducciones, contactos y otros elementos de ayuda,<sup>14</sup> la institución del Eurodefensor no solo podría ayudar a eliminar las barreras idiomáticas entre los estados miembros sino que también lo podría hacer con las barreras legales y de facto existentes.

#### IV. CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista del Derecho penal, el próximo desarrollo del Derecho penal y procesal europeo es uno de los fenómenos más interesantes de la actualidad. Los tiempos en que el Derecho penal

---

<sup>14</sup> Sobre ello, SCHÜNEMANN (ED.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004, págs. 14 y ss. (Art. III-174a del proyecto); v. también SALDITT, StV 2003, 136, 137; SATZGER, StV 2003, págs. 137, 139.

se consideraba una materia nacional han pasado a la historia. Esto trae consigo nuevos retos para los diferentes grupos profesionales de juristas: que aplican el derecho a diario –sobre todo jueces, fiscales y abogados– y el legislador que deben respetar las especificaciones europeas, y, finalmente, también para los profesores en todos los Estados miembros que deben enseñar a una nueva generación de juristas que la europeización del Derecho penal es algo evidente y normal. Por fin hay un aspecto más global: Las experiencias europeas –positivas como negativas– en cuanto a la integración y a la armonización del derecho penal, pueden servir como ejemplo para desarrollos semejantes en otras regiones del mundo, sobre todo en América Latina.