

ALGUNAS SOLUCIONES PARA SUPERAR LOS OBSTÁCULOS QUE IMPONE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL FORMAL A LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Some Solutions to Overcome the Obstacles that the Principle of Legality
Causes to the Harmonisation and Unification of the Criminal Law in the
European Union

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO*

SUMARIO:

I. El principio de legalidad penal formal en la Unión Europea. Una paradoja todavía no resuelta. II. El principio de legalidad formal en su concepción tradicional o estatal: 1. *Introducción*; 2. *La reserva de ley en algunos Estados miembros*. III. En busca de un concepto adecuado de legitimidad en la Unión Europea: 1. *Introducción*; 2. *Modelos de legitimación de tipo input*; 3. *Sobre como los modelos de legitimación input no sirven por sí solos para legitimar el ius puniendi de la Unión*. A) Mecanismos de *accountability* 4. *Legitimidad federal de la Unión*. A) Legitimación federal y Primer pilar; B) Legitimidad federal y Tercer Pilar; C) Legitimidad federal, Constitución Europea y Tratado de Lisboa. IV. Recapitulación y conclusiones

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL FORMAL EN LA UNIÓN EUROPEA. UNA PARADOJA TODAVÍA NO RESUELTA

El Derecho penal es un ámbito especialmente sensible en el que los derechos fundamentales juegan un papel determinante¹. En efecto, los prin-

* Doctoranda. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (UCLM). El presente trabajo es una síntesis del artículo galardonado con el primer premio Melchor Almagro Díaz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (convocatoria 2007). Su realización ha sido posible gracias a la beca FPU del Ministerio de Educación y Ciencia de la que soy beneficiaria desde marzo del 2005.

¹ PALAZZO, «Constitutionalisme en droit pénal et droits fondamentaux», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, octobre - décembre 2003, p. 709.

cipios constitucionales más básicos que encardinan el sistema penal son muchos y de muy distinta naturaleza: principio de legalidad, principio de culpabilidad, presunción de inocencia, etc.

El hecho de trasladar la fuente de emanación del Derecho penal (del Estado a la Unión Europea) no puede conllevar tácita o expresamente ningún tipo de descuido en relación a la protección de dichos derechos que se configuran como las más esenciales libertades de los ciudadanos y que, además, están reconocidos por las tradiciones constituciones de los EEMM así como por textos internacionales de gran trascendencia, como por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

La Unión Europea tiene pues que garantizar su cumplimiento, más aún si se tiene en cuenta que desde tiempos remotos la jurisprudencia del TJCE ha declarado que el Derecho comunitario respetará los derechos fundamentales que formen parte de las tradiciones constitucionales de los EEMM y, que años más tarde, el legislador comunitario positivó en el artículo 6.2 TUE la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre esta materia añadiendo una cláusula de salvaguardia de los derechos fundamentales “*tal y como aparecen regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros*”..

Sin embargo, el Tribunal de Justicia nunca ha señalado que estuviera vinculado estrictamente ni por las tradiciones constitucionales de los EEMM, ni tampoco por el CEDH, sino que más bien lo que ha diseñado es un sistema de protección flexible que desarrolla un estándar que tiene en cuenta tanto los valores nacionales como los recogidos en el CEDH y que se corresponde con la estructura y fines comunitarios². Este método parece estar orientado hacia un amplio estándar de protección, pero no hacia un estándar máximo en relación a la protección que sobre un derecho particular puede brindar el ordenamiento jurídico de un determinado Estado miembro³.

Respecto a la aplicación del CEDH, el Tribunal de Luxemburgo no ha negado su importancia, equiparándolo a las tradiciones constitucionales de los EEMM. Sin embargo, la jurisprudencia desarrollada por el TEDH, ha sido en ocasiones restringida por parte del TJCE, teniendo siempre como referente cada caso en concreto⁴.

Con estas líneas introductorias pueden deducirse ya los problemas a los que se enfrenta esta investigación. El primero de ellos se refiere a la

² J. KÜHLING, «Fundamental Rights», en A. VON BOGANDY y J. BAST, J.: “Principles of European Constitutional Law”, pp. 505-506.

³ *Ibidem*.

⁴ Por ejemplo, el derecho a la auto-incriminación ha sido reconocido por el TEDH también en el caso de las personas jurídicas (asunto *Funke vs. Francia*, 1993, serie A, nº 256 A, párr. 44), lo cual no ha ocurrido respecto al TJCE (asunto C-60/92, *Otto*, 1993, 5683, párr. 11 o asunto 347/87, *Orkem*, 1989, 3283, apdo. 20).

legitimación democrática de un Derecho penal europeo⁵. Si hemos dicho que la UE tiene que respetar los derechos fundamentales tal y como son reconocidos por las tradiciones jurídico-penales de los EEMM y si dichas tradiciones vinculan intrínsecamente el Derecho penal a los parlamentos nacionales y, por tanto, a la soberanía del Estado, la –según algunos– escasa participación del parlamento europeo en el proceso por codecisión (o procedimiento legislativo ordinario tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) y la imposibilidad de considerar que la Unión es un Estado, se presentan como serios obstáculos a superar para llegar a concebir un Derecho penal legítimo⁶ y para cumplir, en definitiva, los postulados del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex populi*.

Se presenta así una verdad universal, y dos hipótesis, la segunda dependiente de la primera.

La verdad universal descansa en la siguiente afirmación: “Sólo es posible concebir un Derecho penal legítimo con independencia de donde emane, si las normas penales derivan del parlamento como máximo representante de la soberanía popular”.

La primera hipótesis, por su parte, iría dirigida a desvelar si la legalidad penal formal sólo puede construirse a partir de las tradiciones constitucionales de los EEMM y convenios y tratados internacionales firmados y ratificados por los mismos o, si por el contrario, es posible buscar otra fuente de legitimación más acorde con la nueva realidad que impone Europa.

En el caso de que ello sea posible –y, a nuestro juicio, lo es– habría que determinar (segunda hipótesis) si puede otorgarse el adjetivo de *legítimo* al Derecho penal, cuando la interpretación que se otorgue al principio de legalidad formal no coincide *strictu sensu* con la acepción parlamentaria nacional.

Para desmenuzar el entramado presentado es necesario tener en cuenta que al interpretar el concepto de legalidad como *lex populi*, se interpreta también el concepto de legitimidad, siendo una de sus variantes precisamente la legitimidad democrática que se mide en función de la intervención del parlamento en los procesos de adopción de decisiones. En consecuencia, la legitimidad democrática es equiparable, tal y como veremos, al concepto de legalidad penal adoptado por las tradiciones constitucionales de los EEMM.

⁵ J. VOGEL, „Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik“, en GA, 2002, pp. 525.

⁶ En efecto, la razón de una dimensión penal supranacional no puede deducirse tal y como hasta ahora han venido proclamando los textos comunitarios de una exclusiva finalidad de *seguridad* y de *defensa social*. Vid. F. TULKENS, “La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne”, en *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne* (G. KERCHOVE/A. WEYEMBERH), Editions de l’Université Libre de Bruxelles, 2001, p. 166.

Esta coincidencia entre legitimidad democrática y principio de legalidad penal formal nos lleva a adentrarnos en el laberinto conceptual de la legitimidad. Como concepto difuso que es, las múltiples interpretaciones a las que puede dar lugar no tienen por qué coincidir literalmente con las acuñadas por todos y cada uno de los EEMM ya que el uso de conceptos pensados para el Estado devienen superfluos e inutilizables cuando se trata de aplicarlos a estructuras más complejas; a estructuras, en definitiva, *quasi* federales⁷. Es por ello que se debe pensar en nociones alternativas que garanticen igualmente la seguridad jurídica, pero que por el contrario se adapten mejor a la situación europea.

La búsqueda de un nuevo modelo de legitimidad, no basado estrictamente en el concepto tradicional de soberanía popular, no responde a finalidades hipócritas ni se configura como un argumento a favor de un gobierno tecnócrata⁸, sino que se fundamenta en el fallo o fracaso, al menos en lo que al establecimiento de un Derecho penal europeo se refiere, de las clases de legitimidad que normalmente se utilizan a nivel estatal.

Partiendo de la premisa de que la no equiparación exacta de garantías y/o conceptos entre el sistema de Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los EEMM no debe conllevar en cualquier caso una ausencia de legitimidad de las normas penales emanadas de la Unión, el interrogante al que se intentará dar respuesta será el de si los defectos de la legalidad formal europea desde una óptica estrictamente nacional pueden, en parte, subsanarse mediante otros mecanismos que también otorgan legitimidad, como sería la existencia actual o futura de mecanismos de *accountability* en sus muy diversas acepciones, siendo una de ellas, por ejemplo, el control judicial efectivo sobre las normas que emanan de las instituciones comunitarias.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FORMAL EN SU CONCEPCIÓN TRADICIONAL O ESTATAL

1. *Introducción*

Desde un punto de vista *formal* y, teniendo en cuenta la perspectiva nacional o tradicional de la cuestión, la primera y más elemental exigencia del principio de legalidad consiste en que la *ley* criminalizadora o penalizadora tiene que emanar del Poder competente para elaborarla, o sea, del

⁷ Sobre el federalismo supranacional *vide* A. BOGDANDY, "Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform", 1999, pp. 1 y ss. y pp. 61 y ss. y J. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, "El federalismo supranacional: ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?", *Consejo Vasco del Movimiento europeo*, 2003.

⁸ R.S. KATZ "Models of Democracy", *European Union Politics*, p. 58.

Legislativo, siguiéndose rigurosamente el procedimiento legislativo previsto en la Constitución o norma equivalente.

La legalidad formal está vinculada a la defensa del principio democrático, de ahí que no pueda hablarse *strictu sensu* de una vinculación ontológica de la legalidad con los derechos fundamentales y ello porque estos últimos tutelan el estatus de libertad del ciudadano, mientras que el principio de legalidad protege las condiciones democráticas de decisión en espacios especialmente sensibles (como es el Derecho penal), siendo necesario en estos casos la reserva de ley.

Por *ley* o *legislación* debe entenderse norma escrita, es decir, norma producida de modo deliberado e imperativo por una autoridad política. De ello se desprende que el término *ley* va más allá de las normas que posean rango de ley. Esta circunstancia quizás algo *chocante* en España con la obligación de que sea una ley orgánica la que regule la práctica totalidad de la materia penal y con la exclusión de modo categórico del decreto ley o cualquier otra fuente sublegal para atender tal finalidad, no es sorprendente en el contexto europeo, pues del art. 7 CEDH no se desprende que el principio de legalidad penal exija un determinado rango normativo, ya que dicho precepto nada dice acerca del requisito de *lex scripta*, conformándose con los requisitos de *lex praevia* y *lex certa*.

La reserva de ley sobre los delitos y las penas debe, en principio, concebirse –dentro de la mejor tradición del derecho penal liberal-democrático– como una exigencia implícita de la libertad, a cuyo servicio está el principio de legalidad. Sin embargo, en el ámbito europeo la cuestión debe plantearse desde otra perspectiva y ello porque si es verdad que existe un déficit democrático en la Unión, y que, por tanto, la “legalidad comunitaria” (entendida como una reserva de pronunciamiento parlamentario, o lo que es lo mismo como reserva de ley) es muy débil, entonces cobra una relevancia aún mayor el derecho fundamental a la legalidad penal. En este contexto deja de ser un derecho fundamental instrumental del principio democrático para pasar a convertirse en el motor más importante de salvaguarda del principio democrático⁹.

La UE tiene un elevado nivel de tutela de derechos fundamentales, pero no puede decirse lo mismo en relación a su calidad democrática. En consecuencia, el derecho fundamental a la legalidad penal permite compensar las deficiencias democráticas del sistema institucional comunitario. Se trata, por tanto, de un derecho fundamental que requiere una atención muy especial desde la óptica constitucional del proceso de integración. De ahí, que sea necesario detenerse en su configuración en los EEMM para posteriormente intentar construirlo a nivel europeo.

⁹ Doy las gracias al Profesor Daniel Sarmiento por la introducción de esta observación.

2. *La reserva de ley en algunos Estados miembros*

Un repaso del principio de legalidad penal formal en algunos EEMM nos lleva a resultados muy variados. Así, por ejemplo, el recurso a la ley delegada es bastante frecuente en Alemania¹⁰ o en Italia, país este último en el que además se admite el decreto ley como fuente formal del Derecho penal.

Por su parte, nuestros vecinos los franceses no sólo admiten la ley delegada sino que además el reglamento puede regular toda la materia contravencional, es decir, lo que nosotros denominaríamos faltas (art. 111-3 Código penal francés): “Nadie será castigado por un crimen o delito cuyos elementos no estén definidos por la ley, ni por una falta cuyos elementos no estén definidos por el reglamento. Nadie será castigado con una pena que no sea la prevista por la ley, si la infracción es un crimen o un delito, o por el reglamento, si la infracción es una falta”.

En cuanto a España, quizás pueda decirse sin tapujos que es nuestro país uno de los EEMM más reacios y críticos a dar una nueva noción al principio de legalidad penal en su vertiente de *lex populi*.

La Constitución española en su artículo 81 deja en manos del legislativo todas las cuestiones que afecten al desarrollo y limitación de los derechos fundamentales, obligando además a que la ley que se adopte, modifique o derogue, tenga la naturaleza de ley orgánica, la cual a diferencia de una simple ley ordinaria debe aprobarse con mayoría absoluta del Congreso. No obstante, existen voces doctrinales minoritarias que interpretan el art. 53.1 CE como una reserva de ley ordinaria, no siendo siempre indispensable la adopción de una ley orgánica¹¹.

Existe una tercera corriente que considera que la Constitución no fue categórica al admitir el principio de legalidad, por eso, sigue admitiendo como fuentes formales del Derecho Penal también el decreto ley, los decretos legislativos, etc.¹².

La jurisprudencia constitucional no siempre ha sido uniforme a este respecto¹³. Mientras que en un primer momento entendió que bastaba la ley ordinaria, con excepción de aquellos supuestos en los que el objeto de las correspondientes leyes sancionatorias fuesen los derechos fundamentales (SSTC 25/1981 y 32/1984), a partir de las SSTC 140/1986, de 11

¹⁰ Si bien cuando se trata de establecer penas privativas de libertad, la ley entendida en sentido formal, y no la ley delegada, es la única que puede hacerlo. Vid. H. JESCHECK, “Tratado de Derecho Penal”, vol. 1 (trad. de Mir Puig y Muñoz Conde), Barcelona: Bosch, 1981, p. 158.

¹¹ M. COBO DEL ROSAL/T.S. VIVES ANTÓN, “Sobre reserva de ley orgánica en la Constitución española”, *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo III/9.

¹² Fundamentalmente J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, “Derecho Penal Español-PG”, Madrid, Dykinson, 1985, pp. 180 y ss.

¹³ En profundidad, R. DE VICENTE MARTINEZ, “El principio de legalidad penal”, Tirant lo Blanch, 2004, pp.125-129.

de noviembre y 160/1986, de 10 de diciembre, ha venido exigiendo ley orgánica siempre que el delito lleve aparejada pena privativa de libertad. De ello se desprende que la regulación de los delitos y de las penas no constituye por sí sola desarrollo de los derechos fundamentales a efectos del ámbito material reservado a la ley orgánica por el art. 81 CE¹⁴, pero cualquier privación de libertad, incluida la que sigue a una condena penal, ha de configurarse como desarrollo de la libertad personal proclamada por el art. 17 CE¹⁵. De esta forma, no todos los delitos estarían sujetos a reserva de ley orgánica, sino sólo aquellos que se sancionaran con privación de libertad o vulnerasen algún derecho fundamental. En consecuencia, cuando el delito llevase aparejadas penas pecuniarias o de otro tipo, en las que no se afecta a los derechos fundamentales y las libertades públicas, no hará falta recurrir a la ley orgánica¹⁶.

Al trasladar los postulados de la legitimidad democrática que se atribuyen a las leyes penales que afectan a los derechos fundamentales en nuestro país, es fácil darse cuenta que estas pautas o baremos no se corresponden con los de una norma comunitaria con trascendencia penal –y limitadora de un derecho fundamental–, ya que la producción jurídica comunitaria tiene como protagonistas indiscutibles órganos de composición gubernamental, es decir, de naturaleza ejecutiva (la Comisión, por un lado, y el Consejo, por el otro).

Se afirma entonces que la concepción tradicional del principio democrático *choca* con la estructura institucional del ordenamiento comunitario¹⁷, traducida en la escasa participación del Parlamento europeo en el proceso legislativo¹⁸ y en la imposibilidad de considerar a la UE como un Estado. En este sentido, se ha sostenido que “sólo en presencia de una pluralidad de órganos constitucionales incluidos en el sistema jurídico y como tales, potencialmente productores de derecho, es posible hablar de una verdadera alternativa político-constitucional que tiene en cuenta la participación indistinta y paritaria de cada órgano productor de derecho, por un lado, y la concentración de tales poderes en uno o varios órganos”¹⁹.

Por todas estas razones, una norma penal que emanase de Bruselas sería *a priori* inconstitucional porque no respetaría la garantía democrática

¹⁴ A favor de esta interpretación I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/L. ARROYO ZAPATERO, “Lecciones de Derecho penal”, 2004 y J.M. LUZÓN CUESTA, “Compendio de Derecho Penal,-PG”, 4ª ed., Madrid: Dykinson, 1990, pp.45-51.

¹⁵ Sentencias más recientes en este sentido son también la 127/1990, de 5 de julio y la 24/2004, de 24 de febrero.

¹⁶ STC 372/1993, de 13 de diciembre, FJ nº 6 y 7.

¹⁷ J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho Penal Europeo: una aproximación crítica”, *Revista penal*, nº 13, 2004, p. 139.

¹⁸ Vid. P.A. ALBRECHT/S. BRAUM, “Deficiencies in the Development...”, *op., cit.*, p. 302.

¹⁹ U. SIEBER, “Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico”, *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 619.

ca, la garantía, en definitiva, de reserva de ley de las normas penales. Y si no se respeta la garantía democrática, se corre el riesgo de empeorar el clima constitucional que a nivel nacional y supranacional (art. 6 TUE) ya existe²⁰.

La puesta en peligro del panorama constitucional nacional y comunitario remite a las limitaciones de soberanía previstas por los EEMM en las cláusulas de integración del derecho extranjero y de cesión de competencias a órganos internacionales (en el caso español los artículos 93 y 94 CE, o el artículo 11 de la Constitución italiana, etc.). Dichas limitaciones a la soberanía nacional únicamente se materializan cuando se respeta no sólo el principio democrático y, por ende, la reserva de ley, sino también el conjunto de los derechos fundamentales reconocidos a nivel estatal y supranacional. Se habla en este sentido de condiciones legitimantes del ejercicio de una potestad punitiva de naturaleza penal²¹.

La pregunta entonces que se plantea es hasta qué punto si un ordenamiento jurídico como el comunitario que no reconoce como límite al ejercicio de sus competencias una de las garantías básicas y democráticas común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los EEMM, la cual tiene a su vez una trascendencia directa y efectiva en los derechos fundamentales de los ciudadanos, es o no contrario a las Constituciones nacionales.

Una primera opción llevaría a aceptar las normas que provienen de la Comunidad, aun habiendo sido adoptadas sin respetar la reserva de ley –tradicionalmente entendida– que exige el cumplimiento del principio democrático. En cambio, la segunda vía se inclinaría por considerar inconstitucional la atribución de competencias a la Comunidad en materia penal porque la mera adopción de la norma descuida los requisitos que exige la legitimidad democrática en gran parte de los países europeos.

La solución a la que ha llegado una parte de la doctrina es la de posicionarse a favor de la primera iniciativa, ya que un ordenamiento jurídico –el comunitario– no subordinado a la Constitución, sino únicamente a los Tratados constitutivos, no puede tener un sistema idéntico de garantías de derechos fundamentales ni tampoco las mismas garantías procedimentales en la elaboración de las normas. De esta forma, los EEMM consienten la limitación de soberanía y permiten la transferencia de competencias también en materia penal. Para ello es ineludible, sin embargo, que en términos generales la limitación de soberanía venga acompañada del respeto de los principios fundamentales que caracterizan un sistema constitucional. En materia penal eso implica que la necesidad –que en términos de límites y garantías caracterizan el sistema penal de un Estado de Derecho y representan un momento esencial de las relaciones entre autoridad y libertad– constituya

²⁰ R. SICURELLA, “Diritto penale e competenze dell’Unione Europea”, Giuffrè Editore, 2004, p. 394.

²¹ G. GRASSO, “Comunidad europea y Derecho penal”, Ed. UCLM, 1990.

un componente esencial del núcleo de principios fundamentales que deben obligatoriamente incluirse en la estructura constitucional de la organización supranacional a la cual se confiere una potestad penal. Desde esta perspectiva, podría afirmarse que el principio de legalidad a nivel comunitario debe garantizar la legitimidad, desde el punto de vista del respeto de los principios fundamentales reconocidos en las Constituciones europeas, de la configuración de una potestad comunitaria en materia penal²².

La existencia de un mínimo de legalidad formal es un elemento fundamental e irrenunciable de la legitimidad del Derecho penal en la UE. Ahora bien, la fijación del mínimo de legalidad a nivel comunitario debe excluir cualquier referencia en contraste con los ordenamientos constitucionales de los EEMM porque lo más primordial y relevante es que la protección brindada a los ciudadanos en el territorio UE sea análoga o equivalente²³ y no idéntica, es decir, que pueda compensarse con otros mecanismos, como por ejemplo, con una tutela efectiva de tales derechos y con el consecuente acceso de los particulares al proceso comunitario²⁴.

Por tanto, sería posible matizar la idea de democracia parlamentaria que actualmente rige en la sociedad y considerar legítima la adopción de reglamentos, directivas o decisiones marco que establezcan tipos penales, siempre y cuando en el otro lado de la balanza se reconociesen y se protegiesen de una forma real y efectiva los derechos fundamentales del ciudadano²⁵.

Junto a lo anterior debe tenerse además en cuenta que el TJCE ha señalado en alguna que otra ocasión que el comúnmente aceptado principio democrático, “en virtud del cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa”, puede presentar rasgos particulares en el ámbito de la construcción europea, siendo uno de ellos la participación efectiva del PE en el proceso de decisión. Participación efectiva que hace innecesaria la aplicación del principio democrático en los términos en los que se hace en los ordenamientos nacionales²⁶. En consecuencia, *a priori* sería posible afirmar la existencia en el ámbito de la Unión de un marco institucional que satisficiera plenamente las exigen-

²² Refiriéndose a la Constitución italiana pero trasladable al resto, G. GRASSO, “Prospettive di un diritto penale europeo”, en N. BARTONE (a cura di), “Diritto penale europeo”. CEDAM, 2001, Verona, p. 25.

²³ F. PALAZZO, “La legalidad penal en la Europa de Ámsterdam”, *Revista Penal*, nº 3, 1999, p. 40.

²⁴ En palabras de SICURELLA “el concepto de soberanía estatal, el cual sirve como parámetro de legitimidad de un proceso de integración europea que comporta de hecho una cesión continua de competencias a favor del ente supranacional, es sustituido por el parámetro de la “tutela de los derechos fundamentales” (R. SICURELLA, “Diritto penale...”, *op. cit.*, p. 396).

²⁵ P. PALAZZO, “La legalidad penal...”, *op. cit.*, p. 40 y 41.

²⁶ SSTJCE de 29 de octubre de 1980, *Roquette Frères/Consejo*, pto. 33, as. 138/79, Rec. p. 3333; *Maizena/Consejo*, pto. 34, as. 139/79, Rec., p. 3393 y de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, as. 300/89, Rec., p. 2867

cias fundamentales del principio democrático cuando se adoptasen normas penales supranacionales²⁷.

La misma postura adopta Gómez-Jara²⁸, el cual considera que “la evaluación de ciertos parámetros jurídicos-políticos fundamentales –como, por ejemplo, las cuestiones de legitimidad– deben efectuarse a la luz de la especial configuración europea y no desde la perspectiva de la clásica idea –por lo demás, en acusada crisis– del Estado nación”. A lo que añade, que si bien existe una íntima vinculación entre el nacimiento del Estado y el nacimiento del Derecho penal moderno, no es menos cierto que la actual crisis de la idea de Estado²⁹ y de la legalidad³⁰ junto a la aparición de regímenes de organización social heterárquicos y a la modificación del concepto de democracia, obligan a replantear la cuestión de la legitimación democrática desde otra perspectiva. En su opinión, ya se cuenta en el ámbito comunitario con suficientes elementos como para afirmar que los ciudadanos sometidos a una norma penal han tenido la oportunidad de participar en su producción. No obstante, ello no excluye que “se siga avanzando en el camino ya iniciado, consolidándose la lógica federal y, por tanto, la democratización en Europa. Con la Constitución (...) la competencia penal de la UE resulta legítima en tanto que, si bien no existe una democracia estatal en el sentido tradicional del término, sí existe una democracia supraestatal federal que recoge los aspectos fundamentales que permiten tachar de legítima una regulación penal”³¹.

El anterior planteamiento conlleva considerar que la *legalidad necesaria* para la protección de determinados intereses no requiere el elemento democrático parlamentario característico de la legislación democrática nacional, sino que se conforma perfectamente con el componente (aproximadamente) democrático de las normas comunitarias³². De lo que se trata, pues, es de buscar un equivalente funcional y de alcanzar un desarrollo democrático sostenible³³, el cual se consigue con la introducción del procedimiento de

²⁷ R. SICURELLA, “Diritto penale...”, *op., cit.*, p. 437.

²⁸ C. GÓMEZ-JARA DIEZ, “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea? Un diálogo con el Prof. Silva Sánchez”, en *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía* (AA.VV.), 2006, pp. 273-288.

²⁹ P. PALAZZO, “Sistema delle fonti e legalità penale”, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi Editore, 2005, pp. 90-106.

³⁰ Vid. por todos J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *DOXA*, n° 24, 2001, p. 485 y “La racionalidad de las leyes”, Ed. Trotta, 2003, p. 67.

³¹ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Constitución europea y derecho penal...”, *op., cit.*, pp. 53-56 (versión digital en www.uclm.idp).

³² F. PALAZZO, “La legalidad penal en...”, *op., cit.*, p. 37. Ya en el ámbito nacional este mismo autor advierte el propio principio democrático no siempre asegura actualmente la mejor tutela de los derechos individuales ni una correcta interpretación de las necesidades de la sociedad (F. PALAZZO, “Corso di...”, *op., cit.*, p. 100).

³³ S. RIONDATO, “Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza”, Padova, Cedam, 1996, p. 227.

codecisión en materia penal³⁴, por un lado, y con el fortalecimiento de la tutela jurisdiccional europea de los derechos fundamentales³⁵, por el otro.

Si la Unión es capaz de proporcionar un control sobre los derechos fundamentales del ciudadano bien a través del TJCE, bien mediante los propios tribunales nacionales, el cumplimiento de la legalidad como condición de la existencia de una norma que prevea delitos y penas, no debe descansar en una comparación automática con la situación acaecida en cada uno de los EEMM porque la nueva dimensión –la europea– es la que debe imponerse. Dado que en el estado actual de la Unión puede hablarse de un respeto absoluto de los derechos fundamentales en materia penal –más aún con la entrada en vigor de la Carta europea que prevé el recientemente aprobado Tratado de Lisboa– sería posible prescindir de la garantía parlamentaria en el sentido tradicional a la hora de adoptar decisiones en sede comunitaria.

Sin embargo, una parte de la doctrina sigue insistiendo en que ni la búsqueda de un equivalente funcional ni el desarrollo democrático sostenible resultaría suficiente. Así, por ejemplo, señala Silva³⁶ que si bien es cierto que el principio democrático-parlamentario ha sufrido a lo largo del último siglo importantes modificaciones, limitándose o restringiéndose su contenido en muchos EEMM, como por ejemplo, en el caso del Reino Unido, en el que existe el mecanismo de vinculación por el precedente³⁷, o de Italia, país en el que se permite la delegación legislativa a órganos de naturaleza administrativa, no es posible limitar el concepto del principio democrático atendiendo a tales experiencias ya que en los países anglosajones el Parlamento puede, en cualquier momento, entrar a regular materias del *common law* mediante ley y, en el caso de países que reconocen la delegación legislativa como mecanismo de producción normativa en materia penal, es posible que el legislador exija en cualquier momento el retorno de los espacios delegados. En consecuencia, la solución al problema del déficit democrático de la Unión pasa por la adquisición por parte del PE de una posición (de autorreferencialidad) comparable a la de los parlamentos nacionales de los distintos EEMM. Hasta que no llegue ese momento “no podrán ser transferidas competencias legislativas nacionales en materia de Derecho penal a las Comunidades Europeas sin vulneración constitucional”³⁸.

³⁴ M. DONINI, “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 144.

³⁵ F. PALAZZO, “La legalidad penal...”, *op. cit.*, p. 40.

³⁶ J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Los principios inspiradores de...”, *op. cit.*, p. 142.

³⁷ E. GRANDE, «Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique: vision globale», *Revue internationale de droit comparé*, 2004, p. 119 y ss.

³⁸ J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Los principios inspiradores de...”, *op. cit.*, p. 146. En la doctrina alemana puede verse A. MÜSIL, „Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam”, *NSiZ* 2000, p. 70; H. SATZGER, „Die Europäisierung des Strafrechts”, Carl Heymanns Verlag, 2001,

El mantenimiento de un argumento tan tajante impediría la adopción de normas penales directas comunitarias, aún cuando los Tratados constitutivos atribuyesen expresamente la competencia penal para legislar al PE³⁹. Sin embargo, los avances del proyecto de integración protagonizados por el Tratado Constitucional y, tras su fracaso, por el Tratado de Lisboa abren las puertas a un legítimo Derecho penal europeo. Tan sólo debe buscarse un concepto correcto, adecuado e idóneo de legitimidad para el ámbito supranacional de la Unión, más aún si se tiene en cuenta que nuestro actual sistema de *nullum crimen sine lege parlamentaria* ha desembocado en más de una ocasión en un modelo irracional de leyes penales que debe subsanarse, de tal forma que las leyes que emanen de los parlamentos nacionales sean racionales en los términos que muy bien explica Díez Ripollés⁴⁰.

III. EN BUSCA DE UN CONCEPTO ADECUADO DE LEGITIMIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

Pese a que tal y como advierte Schmitter⁴¹, el concepto de déficit democrático es mayormente una creación de los académicos y de los intelectuales, siendo la población europea en principio indiferente al mismo⁴², la noción de legitimidad, así como de los elementos que la integran, se configuran como una cuestión determinante por múltiples razones. En primer lugar, porque se trata de un concepto difuso que se utiliza con significados radicalmente diferentes que se encuentran a su vez determinados por el modelo teórico que se adopte como punto de partida⁴³. En segundo lugar, porque la UE cumple, con algunos matices que veremos a continuación, las exigencias de determinados tipos de legitimidad (por ejemplo, la legitimidad formal). Tercero, porque si el cumplimiento, con la entrada en vigor de las modificaciones introducidas con el Tratado de Lisboa, de las condiciones de un determinado tipo de legitimidad (legitimidad *rights-oriented*), sería

p. 132 y K. LÜDERSEN, „Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung”, GA 2003, pp. 71 y ss.

³⁹ Con esto se conforma, por el contrario, G. GRASSO, “Diritto penale europeo”, p. 31 y F. PALAZZO, “Corso di diritti...”, *op., cit.*, p. 122.

⁴⁰ J.L. DIEZ RIPOLLÉS, “La racionalidad de las leyes penales”, *op., cit.*

⁴¹ P.C. SCHMITTER, “Democracy in Europe and Europe’s Democratization”, *Journal of Democracy*, n° 14 (2003), p. 79.

⁴² A. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El federalismo supranacional...”, *op., cit.*, p. 56 y ss. Este autor tilda de mito al manido déficit democrático y concluye que tras una profusa argumentación que la “Unión Europea goza de una plena legitimidad democrática formal y una sustancial legitimidad democrática material”.

⁴³ A. ESTELLA DE NORIEGA, “El dilema de Luxemburgo: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad”, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 14.

suficiente para la adopción de normas comunitarias en cualesquiera otras materias, no ocurriría lo mismo en relación al ámbito penal por la rigurosidad procedimental que determinados países exigen en la adopción de normas que afecten a los derechos y libertades públicas de los ciudadanos (legitimidad democrática-procedimental). Y, por último, porque aún en el supuesto de cumplir los rigurosos estándares que exige el procedimiento de adopción de decisiones en nuestra materia, es decir, aún en el caso de que el PE desempeñase una función similar a la de los parlamentos nacionales, los ciudadanos de los distintos EEMM siempre podrían reprochar la legitimidad de la norma por atentar contra sus intereses nacionales y no sentirse identificados.

En la configuración del concepto de legitimidad en la Unión la doctrina mayoritaria ha encontrado cuatro tipos de *vectores*: legitimidad indirecta, legitimidad parlamentaria, legitimidad tecnocrática y legitimidad procesal⁴⁴.

La búsqueda de la legitimidad comunitaria por la vía indirecta⁴⁵ se debe al Tribunal Constitucional alemán, en particular, a la sentencia que dictó con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht en el año 1993⁴⁶. Así, declaró que la legitimidad de la Unión y de sus instituciones puede deducirse indirectamente pues la ratificación de los Tratados ha sido autorizada por los EEMM y se ha guiado siempre por sus preferencias⁴⁷.

En relación a la legitimidad parlamentaria, la doctrina señala que la mejor forma de legitimar la Unión pasa irremediabilmente por la combinación de asambleas parlamentarias electas y los EEMM⁴⁸. Desde esta óptica la doble legitimación del Consejo de Ministros y la existencia de un Parlamento directamente elegido por la población de los EEMM es apta para alcanzar un cierto grado de soberanía popular en un sistema político cuyos ciudadanos responden por sus acciones ante un sistema de Derecho y ante los pueblos o ciudadanías con distintas identidades culturales.

⁴⁴ M. JACHTENFUCHS/T. DIEZ/S. JUNG, "Which Europe? Conflicting Models of a Legitimate European Political Order", *European Journal of International Relations*, 1998, vol.4, n°4, pp.409-445.

⁴⁵ Para algunos autores este *vector* es la principal fuente de legitimación de la Unión. Vid. A. MORAVCSIK, "In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union", *Journal of Common Market Studies*, 2002, 40:4, pp. 603-624 y C. JOERGES/J. NEYER, "'Deliberative Supranationalism' Revisited", *EUI Working Paper Law* N° 2006/20.

⁴⁶ Vid. P. RIDOLA, "The parliamentarisation of the institutional structure of the European Union", *Governing Europe under a Constitution* (H.J. BLANKE/S. MANGIAMELI eds.), Springer-Berlín, 2006, p. 418 y H. WALLACE, "Deepening and Widening: Problems of legitimacy for the EC", en "European Identity and the Search for Legitimacy" (S. GARCIA, ed.), 1993, London, Pinter, pp. 95-105.

⁴⁷ A.S. MILWARD, "The European Rescue of the Nation-State". London, Routledge, 1992 y A. MORAVCSIK/K. NICOLAIDIS, "Keynote Article: Federal Ideals and Constitutional Realities in the Treaty of Amsterdam", *Journal of Common Market Studies: Annual, Review*, 1998, vol.36, pp.13-38.

⁴⁸ P. PESCATORE, «Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne», *Cahiers de droit européen*, 1974, vol.10, n° 5, pp. 499-514.

El tercer *vector* es el de la legitimidad tecnocrática. En virtud del mismo, las instituciones de la Unión están legitimadas a través de su habilidad para ofrecer una *mejora de Pareto*. No importa tanto si la actuación comunitaria fue autorizada por un Estado miembro o si los miembros de la institución están sometidos al control de sus representantes parlamentarios, sino más bien que sean técnicamente capaces de mejorar el bienestar de la abrumadora mayoría de los ciudadanos en función de sus propias preferencias⁴⁹.

Por último, la legitimidad procesal es aquella que se centra en el cumplimiento de determinados trámites procedimentales como la transparencia, el balance de intereses, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la consulta de los interlocutores. Se trata de una legitimidad cuyos contornos no pueden estrecharse por la aplicación de ninguno de los otros *vectores*⁵⁰. Además, contribuye a frenar las perspectivas tecnocráticas al tener en cuenta cómo los grupos e individuos deben ser tratados en los procesos de adopción de decisiones.

Los cuatro tipos de *vectores* antes explicados son a su vez variables constantes⁵¹ de las dos categorías base de legitimidad, la *input* y *output* propuestas por Scharf⁵². Así, la *input legitimacy* deriva del gobierno por el pueblo (*government by the people*) en el sentido de que los ciudadanos participan en el proceso de decisión manifestando su voluntad bien a través de sus parlamentos nacionales, bien en las elecciones al PE o durante el proceso de consulta a los interesados de la Comisión. En consecuencia, este modelo *input* imputa la ausencia de legitimidad de las decisiones comunitarias al propio procedimiento de promulgación. Por el contrario, por *output legitimacy* se hace referencia al gobierno para el pueblo (*government for the people*), es decir, las políticas desarrolladas en el seno de la Unión deben conocer los intereses de los interesados (*stakeholders*). Por ello, la legitimidad de tipo *output* detecta el origen del problema en el propio resultado que produce la decisión⁵³, dicho en otras palabras, en su calidad y eficacia.

Se ha discutido mucho acerca de la confrontación existente entre ambos modelos, así como de cuál debe prevalecer. Es cierto que ambos tipos de legitimidad pueden beneficiarse de sus mutuas ventajas en el sentido de que la *output legitimacy* puede ser el resultado directo de haber cumplido

⁴⁹ G. MAJONE (ed.), "Regulating Europe", 1993, London, Routledge.

⁵⁰ O. DE SCHUTTER, «La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles», en O. DE SCHUTTER/N. LEBESSIS/J. PATERSON (eds.): «La gouvernance dans l'Union européenne», Luxembourg, pp. 207-231.

⁵¹ Vid. CH. LORD, "Legitimising a Contested Polity...", *op. cit.*, p. 175.

⁵² F.W. SCHARPF, "Governing in Europe: Effective and Democratic?", Oxford University Press, 1999. y "Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats", *MPIfG Working Paper 04/6*, 2004.

⁵³ Sobre la diferencia entre legitimidad por *inputs* y legitimidad por *outputs*, F. SCHARPF, "Governing in Europe...", *op. cit.*

las exigencias de la *input legitimacy*⁵⁴. Lo anterior significa que el *output* del *policy-making* sólo puede predicarse correcto en el caso de que su *input* también lo haya sido: Si los ciudadanos son capaces de influir en el procedimiento legislativo, tendrán más posibilidades de que el resultado final revierta en su interés. En consecuencia, es necesario extender la cara *input* del proceso de adopción de decisiones para asegurar la legitimidad de los resultados.

Ahora bien, no sólo existe una interconexión positiva entre ambos tipos de legitimidades, sino que ésta puede ser también negativa en el sentido de que la extrema exigencia de *input legitimacy* puede entrar en conflicto con la *output legitimacy*⁵⁵. Así, los *inputs* de los interesados entorpecen el procedimiento legislativo porque los *stakeholders* están sumergidos en sus propios intereses cuya protección es temporalmente inconsistente.

En el ámbito comunitario los modelos *output* de legitimidad han ganado generalmente la batalla a la legitimidad de tipo *input*⁵⁶ pues los regímenes de gobernanza tienden a entender que existe legitimidad en razón de los resultados que producen, no prestando tanta atención a la relación entre gobierno y ciudadanía o a la integridad del procedimiento de adopción de decisiones en un régimen específico⁵⁷. Esta percepción yerra en opinión de Katz⁵⁸ en dos aspectos. En primer lugar, se fundamenta en la ya citada *mejora de Pareto* y presupone en todo momento que la política comunitaria siempre va a tener éxito en la regulación de una determinada materia. Si la predicción del éxito es ya de por sí complicada en cualesquiera materia, más aún en el ámbito penal ya que no se cuenta con los medios suficientes para determinar si la adopción de medidas penales por parte de la Unión servirá para frenar la delincuencia. Un ejemplo significativo es el de medio ambiente al no existir datos empíricos que demuestren que el recurso al

⁵⁴ C. JOERGES/J. NEYER, “Deliberative Supranationalism’...”, *op. cit.*

⁵⁵ G. MAJONE, “Regulating Europe”, 1996, London: Routledge; del mismo autor “Europe’s “Democratic Deficit”: The Question of Standards”, *European Law Journal*, 4:1, 1998, pp. 5-28 y “Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, 157, pp. 57-78.

⁵⁶ Bastante contundentes han sido en este sentido las palabras del ex-presidente de la Comisión, Romano Prodi, al señalar que los ciudadanos no están interesados en quién resuelve los problemas sino en el hecho de que se resuelvan.

⁵⁷ P. SCHMITTER, “What Is There to Legitimise in the European Union... And How Might This Be Accomplished?”, en “Mountain Or Molehill: A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance” (C. JOERGES/Y. MÉNY/J. WEILER eds.), Florencia, 2002 y D. OBRADOVIC, “Policy Legitimacy and the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, 34, pp. 198-201.

⁵⁸ R.S. KATZ, “Models of Democracy”, en *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 58 por referencia a S. BERMAN/K. MCNAMARA, “Bank on Democracy: Why Central Banks need Public oversight”, en *Foreign Affairs*, 1999, 78(2), pp. 2-8. Vid. también AA.VV., “Legitimacy, Accountability and...”, *op. cit.*, pp. 5-6. Los creadores de este informe trasladan la atención del *output legitimacy* al sentimiento de pertenencia a la Unión por parte de los ciudadanos, es decir, a un modelo *input* de legitimidad.

Derecho penal se traducirá en éxito⁵⁹. En segundo lugar, utilizar el éxito del resultado como mecanismo legitimador de la actividad comunitaria no es más que una forma de legitimar una dictadura benévola, lo que significa que se estaría utilizando el nombre de la legitimidad para esconder un régimen que poco o nada tendría que ver con un sistema democrático⁶⁰. Nuevamente aquí el argumento es aún más relevante en materia criminal, ya que la legitimación de una norma penal en la Unión dependerá no sólo del resultado positivo que produzca (en términos de eficacia –disminución de la delincuencia– o de equidad, por ejemplo), sino también de los trámites procedimentales que sigue la norma hasta su definitiva promulgación; de la existencia previa de un “sentir común” de valores en la sociedad comunitaria, así como del grado de participación que en la elaboración de la norma hayan tenido los distintos actores de la escena europea. Dicho de otra forma, la legitimidad del Derecho penal se mide también con parámetros *input* en el sentido de que sólo cuando la adopción haya sido legítima, podrá examinarse el resultado de la norma –su eficacia– en atención a los objetivos cumplidos.

Precisamente porque el Derecho penal se nutre de ambas legitimidades, no podemos renunciar al análisis de ninguna de ellas. Por ello, examinaremos primero los modelos de legitimación de tipo *input* más representativos. Después intentaremos demostrar que el cumplimiento de las exigencias de los modelos de legitimidad *input* no es apto para declarar *ipso facto* la legitimidad del *ius puniendi* de la Unión. En concreto, constataremos que la legitimación *input* del sistema legislativo penal de la Unión no puede descansar en la legitimación indirecta de los propios EEMM, sino que debe encaminarse hacia un modelo de legitimación directo a través del PE. Defenderemos, en definitiva, un modelo mixto, el federal.

2. Modelos de legitimación de tipo *input*

Uno de los principales exponentes de modelos de legitimidad *input* es el propuesto por Weiler⁶¹, el cual determinó como clave de todo sistema legítimo la existencia de un *demos* o pueblo en el lugar donde la norma surte efectos. Entiende este autor que el concepto de legitimación reviste intrínsecamente una connotación social. Lo verdaderamente relevante para determinar el grado de legitimación de una *polis* no son tanto sus instituciones sino las reacciones sociales que se producen, o que se pueden producir, ante determinados *outputs* decisionales. En su opinión, mientras no exista una *demos* europea no podrá hablarse de legitimidad europea.

⁵⁹ I. BLANCO CORDERO, “El derecho penal y el primer pilar de la Unión europea”, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n° 6, 2004, p. 8.

⁶⁰ R.S. KATZ, “Models of Democracy...”, *op. cit.*, p. 58.

⁶¹ J.H.H. WEILER, “European Democracy and its Critique: Five Uneasy Pieces”, *EUI Working Paper RSC* n° 95/11.

Por tanto, la adquisición de legitimidad europea pasa irremediabilmente por el establecimiento de una especie de estatuto del ciudadano europeo de tipo civil (de una carta de derechos y deberes), que dé identidad y cohesión, refiriéndose no tanto a una narrativa histórica común a todos los europeos sino a la existencia de un conjunto de derechos y deberes, y en último término, de valores en los que todos los europeos fueran capaces de sentirse reconocidos⁶².

El vínculo entre *demos* y legitimidad no es el único al que se ha recurrido para considerar la intervención comunitaria como legítima. Así, Przewoski⁶³ adopta una idea de legitimidad que carece de relevancia analítico-normativa, estableciendo el punto de partida no tanto en la sociedad, sino en las instituciones que se da una sociedad. Existe un problema de legitimación a partir del momento en el que los arreglos institucionales que existen en una *polis* no son capaces de desembocar, a largo plazo, en un juego de suma positiva, en el que todos los actores salgan beneficiados en términos agregados. La solución al problema de legitimación de la UE, de existir, pasaría por el descubrimiento de reglas e instituciones que aseguraran una democracia en equilibrio, es decir, una democracia en la que las probabilidades de estar en el bando *ganador*, en el sentido de la teoría de juegos, fueran lo suficientemente amplias para todos los grupos afectados. Se trata, en realidad de un tipo de legitimación democrática que se fundamenta en el grado y la intensidad de la participación de las instituciones parlamentarias en la vida política. Desde esta perspectiva, democracia y legitimación quedan equiparadas y se configuran como conceptos equivalentes.

El tercer tipo de legitimidad formal de tipo *input* es la formal. Como su propio nombre indica, lo esencial para determinar legítima una norma es la forma en la que se adoptan las decisiones. Por tanto, la legitimación se reduce a una mera cuestión de simple validez formal.

3. *Sobre como los modelos de legitimidad input no sirven por sí solos para legitimar el ius puniendi de la Unión.*

Decantarse por uno de los modelos de legitimación antes expuestos en el caso de una intervención penal comunitaria no sería correcto pues todos ellos presentan disfuncionalidades que sólo son corregidas si se opta por un modelo de legitimidad de tipo mixto como es el que más abajo defendemos bajo el nombre de legitimidad federal o participativa.

⁶² Crítico respecto a la necesidad de introducir una nueva filosofía que legitime la construcción europea en base a la existencia de un texto constitucional vid. I. WARD, "Beyond Constitutionalism: the Search for a European Political Imagination", *European Law Journal*, 2001, p. 24 y ss.

⁶³ Cfr. A. ESTELLA DE NORIEGA, "El dilema de Luxemburgo...", *op. cit.*, p. 14.

Empezando por la legitimación formal, se trata de determinar si el tránsito en el Primer Pilar de la unanimidad a la regla de la mayoría es o no un problema de legitimación. La respuesta a este interrogante es negativa puesto que la introducción del principio mayoritario se estableció utilizando los cauces que el Tratado establecía para ello. La regla de la mayoría se implantó en la órbita comunitaria a través de la reforma de los Tratados realizada por el Acta Única Europea en 1987. Dicha reforma se llevó a cabo de acuerdo con el art. 313 TCE (antiguo artículo 247), y por tanto, fue aceptada y asumida formalmente por todos los EEMM de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales de aprobación y/o reforma de los Tratados internacionales. En este sentido, los EEMM podrán estar más o menos de acuerdo con el impacto que una determinada decisión adoptada sin su aquiescencia, tendrá sobre sus intereses o su soberanía nacional; pero lo que queda rechazado de plano desde esta perspectiva es que los EEMM ataquen la decisión como ilegítima⁶⁴. De ello se deduce que la legitimidad formal de forma aislada no es un concepto adecuado para legitimar una intervención penal en el marco del Primer Pilar. Tampoco lo es en los casos del Tercer Pilar, ni de la Constitución, ni ahora tampoco del Tratado de Lisboa.

En el Tercer Pilar la asunción de un concepto de legitimidad formal quebraría porque pese a que las decisiones se adoptan según el procedimiento legalmente previsto en el TUE, esto es, mediante la regla de la unanimidad, una Unión compuesta por veintisiete EEMM no puede avanzar en términos de integración política.

Es precisamente el argumento de la integración, si bien utilizado en sentido inverso, el que sirve para rechazar la dimensión formal de la legitimación como concepto a utilizar en el caso de la Constitución Europea o del Tratado de Lisboa. El régimen establecido en ambos textos normativos no adolece de un déficit de legitimidad formal ya que, en el supuesto de que lleguen a entrar en vigor, los EEMM habrían decidido democráticamente establecer un procedimiento de adopción de decisiones basado en el principio mayoritario en términos generales⁶⁵.

Debe advertirse, no obstante, que según este tipo de legitimidad el principio mayoritario sería consustancial, “natural”, al propio proceso de integración. Todo aquello que favorece a la integración es positivo para la construcción europea. Existe, pues, una clara relación entre la legitimidad

⁶⁴ A. ESTELA DE NORIEGA, “El dilema de Luxemburgo...”, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁵ No obstante, para algunos autores la Constitución no representa un consenso normativo, sino la solución pragmática más aceptable de cara a los problemas de índole práctica a los que actualmente se enfrenta el proceso de adopción de decisiones en la UE (R. BELLAMY/J. SCHÖLAU, “The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights”, *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, 2004, p. 412 y P. MAGNETTE/K. NICOLAÏDIS, “The European Convention: Bargaining in the Shadow of Rhetoric”, *West European Politics*, nº 27, 2004, p. 381).

formal y el valor integración. Relación que en el caso del Derecho penal es inapropiada, pues la práctica actual de dar prioridad a la consecución de las metas de la integración debe restringirse teniendo en cuenta que tales fines sólo pueden perseguirse dentro de los límites del nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales⁶⁶: La integración es un valor que no puede superponerse a toda costa por encima de los principios básicos del Derecho penal ni del valor diversidad o del derecho a la diferencia⁶⁷.

En relación al modelo de legitimidad presentado por Weiler, puede decirse que los últimos acontecimientos acaecidos en Lisboa con la aprobación del Tratado por el que se modifican el TCE y TUE, cambian la situación de estancamiento a la que estaba sometida la Unión tras el bloqueo francés y holandés a la ratificación de la Constitución europea. El Tratado de Lisboa contribuye al establecimiento de una auténtica *demos* en el seno comunitario al mencionar como derecho vinculante la Carta de derechos fundamentales de la UE (art. 6 TUE). La Carta es ya un hecho muy cercano en el tiempo que ofrece una alternativa, una base cívica para la consecución de una democracia constitucional pan-europea⁶⁸ con la finalidad de compartir la identidad europea de una etnia o tipo cultural similar al de los nacionalismos de los EEMM y, lo que es más importante, el nuevo Tratado abre las puertas a la legitimidad de la intervención normativa a escala comunitaria⁶⁹, pues no cabe duda de que la Carta contribuye al establecimiento de un “núcleo duro” de una consciencia común europea⁷⁰.

Sin embargo, esta circunstancia –suficiente quizás en otros ámbitos– no cumplimenta las exigencias de legitimación a las que debe aspirar un auténtico Derecho penal en la Unión europea. Ello se debe fundamentalmente a que la elaboración de normas penales no puede obviar un mínimo de formalismo en relación a su procedimiento de adopción. Dicho en otros términos, no puede concebirse un Derecho penal europeo legítimo sin la intervención, por mínima que sea, de un órgano en el que esté representado el pueblo, es decir, sin que se verifiquen las mínimas exigencias de la legitimación democrática en el sentido de Przewoski.

El modelo de legitimación propuesto por Przewoski se interrelaciona también con el modelo de Weiler en el sentido de que la ausencia de una

⁶⁶ J. KÜHLING, “Fundamental rights”, en A. VON BOGANDY/J. BAST, “Principles of European constitutional Law”, Oxford, 2005, p. 503.

⁶⁷ Sobre la tensión unidad-diversidad y sus consecuencias para el Derecho penal, *vide* A. WEYEMBERGH, «L’harmonisation de législations condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions», Université Libre de Bruxelles, 2004, p. 38.

⁶⁸ M. TELÒ, “Démocratie internationale et démocratie supranationale en Europe”, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹ Si bien refiriéndose al Tratado constitucional aunque entiendo que estos postulados son igualmente aplicables al Tratado de Lisboa *vid.* V. MILITELLO, “I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l’apporto della Carta europea”, *Diritto penale XXI secolo*, 2003, p. 47 y ss.

⁷⁰ V. MILITELLO, “I diritti fondamentali come oggetto...”, *op. cit.*, p. 71.

demos, de un sentimiento de pertenencia a una comunidad, ha servido a la doctrina como argumento para rechazar la instauración de la regla de la mayoría. Así, se entiende que la mayoría de voto sólo es viable en aquellos casos en los que el pueblo comparte una identidad común y un cierto grado de solidaridad. Dado que no puede hablarse de una *demos* europea, la toma de decisiones a escala comunitaria debe basarse en el consenso de todos y cada uno de los EEMM, porque de lo contrario, la norma no sería legítima. Es por ello que la implantación en el Consejo de un sistema de votación basado en la regla de la mayoría contribuiría a aumentar el déficit más que a reducirlo, si se tiene en cuenta que dicho sistema no tendría en consideración los intereses de los EEMM que perdieran en la votación, por lo que sus ciudadanos no podrían hacer responsables a dichos EEMM por tales decisiones. Lo mismo se predicaría en relación al procedimiento por codecisión ya que la mayoría que se exige es todavía menor⁷¹.

Lo anterior nos llevaría a concluir que la unanimidad es la única regla válida y legítima para la adopción de decisiones. Sin embargo, la situación acaecida en el marco del Tercer Pilar en el que las decisiones se adoptan con el consenso de todos y cada uno de los EEMM impide catalogar la unanimidad como el mecanismo a desear.

La regla de la unanimidad se justifica en la fuerza del *vector* legitimidad indirecta del que antes hablábamos. En este sentido, decíamos que las normas comunitarias son legítimas porque cuentan con el respaldo indirecto de los parlamentos nacionales a través del decisivo papel que los gobiernos nacionales juegan en el *decision-making process* comunitario⁷². Ahora bien, este sistema no es tampoco apto para implantarse como modelo legitimador del *ius puniendi* comunitario al quebrar por dos razones. En relación a la primera, debe decirse que no existe ni un solo Parlamento nacional en la UE que apruebe sus leyes penales por unanimidad⁷³. Además dicho sistema retrasa considerablemente el procedimiento decisorio, haciéndolo inviable⁷⁴. El segundo motivo, mucho más importante que el anterior, es que paradójicamente si en el resto de materias la unanimidad serviría para colmar el déficit democrático de la Unión, no ocurre lo mismo

⁷¹ S. KRAPHOL, "Input or Output? How to Legitimise Supranational Risk Regulation", *ECPR Standing Group on Regulatory Governance*, Fuente: <http://regulation.upf.edu/ecpr-07-papers/vkrapohl.pdf>, p. 5.

⁷² Los mecanismos de control (*accountability*) de los parlamentos nacionales sobre sus propios gobiernos implican que éstos tienen que dar cuenta de su actuación en el ámbito comunitario ante sus respectivos parlamentos nacionales, con lo que de alguna forma éstos últimos se aseguraban un cierto protagonismo en la vida comunitaria.

⁷³ Si bien podría objetarse esta afirmación utilizando el argumento de WEILER que si no lo hay es precisamente porque en los EEMM existe una *demos*.

⁷⁴ En palabras de CASTILLO GARCÍA la expresión acunada de "*negotiations to achieve the lowest common denominator*" es suficientemente descriptiva y elocuente de las consecuencias adversas del recurso a la unanimidad (J.F. CASTILLO GARCÍA, "La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo", *Revista General de Derecho europeo*, nº 11, 2006. 15).

en el ámbito criminal, pues el cumplimiento del principio de legalidad se desvanece desde el momento en el que las decisiones marco son cada vez más precisas, dejando muy poca libertad a los parlamentos nacionales para transponer. La estrechez del margen de maniobra de los EEMM en la implementación conlleva la disminución de sus potestades de control sobre la política comunitaria concerniente⁷⁵. En nuestro caso, teniendo en cuenta que el actual sistema de leyes penales europeizadas –de decisiones marco– así como el que implanta el Tratado de Lisboa (artículo 83 TFUE) constituye en realidad una *ley penal en blanco inversa*⁷⁶, o lo que es lo mismo, una norma en la que la instancia europea determina el núcleo de prohibición y la razón justificante de la misma y la remite a los parlamentos nacionales para la concreción de los detalles de la descripción típica y de la clase de sanción, lleva a considerar que nos encontramos, en palabras de Tiedemann, ante una ley nacional *condicionada* por la normativa europea⁷⁷ en términos de *mandatos europeos de protección represiva* y ocasionalmente *de criminalización*⁷⁸. En definitiva, la norma se adopta por el ejecutivo comunitario (el Consejo) vulnerando así la legalidad penal en su vertiente democrática, más aún en ordenamientos jurídicos como el nuestro en el que la reserva de ley es absoluta.

En el caso del Pilar comunitario se critica lo contrario, es decir, que no esté establecida la regla de la unanimidad y que en determinadas materias entre en acción el procedimiento por codecisión cobrando más fuerza el *vector* legitimidad parlamentaria en detrimento del *vector* legitimidad indirecta⁷⁹. Si hemos dicho que en materia penal la puja entre ambos *vectores* debe culminar con la victoria preferiblemente del primero sobre el segundo, cuando se utiliza el procedimiento por codecisión es más que evidente que el *vector* legitimidad parlamentaria sale reforzado porque el Parlamento europeo adquiere un mayor protagonismo. En consecuencia, las decisiones adoptadas mediante este procedimiento son en cierto modo democráticas.

⁷⁵ Vid. por todos R.S. KATZ, “Models of Democracy...”, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁶ M. MEYER, „Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht“, en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, pp. 797 y ss.

⁷⁷ K. TIEDEMANN, “EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts”, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 1401 y ss. (cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico”, en M. BAJO FERNÁNDEZ, “Constitución europea y Derecho penal económico”, 2005, Ed. Univ. Ramón Areces, p. 259).

⁷⁸ Críticamente, W. PERRON, “Strafrechtsvereinheitlichung in Europa”, en D. DÖRR/M. DREHER (eds.), „Europa als Rechtsgemeinschaft“, Baden-Baden, 1997, pp. 135 y ss.

⁷⁹ *Vector* que todo sea dicho de paso sirve a algunos autores como VOGEL para legitimar la política criminal del Tercer Pilar dados los criterios de razonabilidad que emanan del consenso alcanzado en el proceso de negociación entre las distintas delegaciones nacionales. Vid. J. VOGEL, “Política criminal y dogmática penal europeas”, (trad. NIETO MARTÍN, A.), *Revista Penal*, n° 11, 2003, pp. 138 y ss.

Ahora bien, se alega en estos casos que los rasgos inicialmente democráticos que se le atribuyen a la norma se difuminan cuando algún gobierno ha sido dejado en minoría para adoptarla. La única salida desde esta óptica pasa, tal y como hemos visto, por transformar al PE en un auténtico legislador de la Unión y, hasta que ese momento no llegue, se seguirá afirmando que la Unión sufre de una crisis de legitimación democrática en el sentido de Przewoski⁸⁰.

A la vista de estos planteamientos, es evidente que desde la óptica democrático-parlamentaria lo relevante para afirmar la legitimidad de una medida comunitaria residirá en el procedimiento mismo de adopción de decisiones, de tal forma que habrá que determinar hasta qué punto el actual procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 TCE sería capaz de cumplir las exigencias de una democracia en equilibrio⁸¹.

La respuesta al interrogante planteado tiene como punto de partida los órganos que intervienen en dicho procedimiento. Teniendo en cuenta que la consideración de que exista legitimidad depende tradicionalmente del hecho de que los miembros de los órganos que participan en la elaboración de la norma hayan sido elegidos mediante elecciones democráticas, puede advertirse ya, apenas sin esfuerzo, cual es el principal problema al que se enfrenta la Unión: El tripartito institucional que interviene en el procedimiento.

Tanto los miembros del PE como los del Consejo son elegidos mediante elecciones democráticas. El Consejo de ministros está compuesto por los gobernantes de los EEMM (*vector* legitimidad indirecta) a los que representa. Se le atribuye legitimación democrática no sólo por este hecho, sino también porque garantiza que en el proceso legislativo el papel de los Estados sea más o menos cualificado. El PE, por su parte, es directamente elegido por los votantes en los EEMM. Sin embargo, la elección no atiende a un régimen de igualdad de voto dentro de la Unión⁸². Además, tampoco puede realmente predicarse que exista un sufragio universal europeo que permita hablar de una mayoría parlamentaria europea, lo que significa que

⁸⁰ En lo que al Derecho penal se refiere, entre otros, vid. W. PERRON, "Strafrechtsvereinheitlichung in...", *op., cit.*, p. 142 y 154; U. SIEBER, "Estado de la evolución y...", *op., cit.*, p. 619 y J.M. TERRADILLOS BASOCO, "Política y Derecho penal en Europa", *Revista Penal*, nº 3, pp. 72 y ss.

⁸¹ En la literatura general CROMBEZ, FOLLESDAL y HIX se muestran contrarios desde el momento en que el PE no puede elegir al ejecutivo comunitario (Vid. C. CROMBEZ, "The Democratic Deficit in the European Union: Much Ado about Nothing?", *European Union Politics*, 2003, 4:1, pp. 101-120 y A. FOLLESDAL/S. HIX, "Why there is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik", *Journal of Common Market Studies*, 2006, 44:3, pp. 533-562.

⁸² B. SCHÜNEMANN, "Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU", *GA* 2004, pp. 200 y ss. y LÜDERSEN cuya opinión se encuentra recogida en K. KRESS, "Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag", *ZStW* 116 (2004), pp. 448 y ss.

sería materialmente posible la adopción de normas comunitarias penales que no representan a la mayoría de la población europea⁸³.

El caso de la Comisión es todavía, si se me permite la expresión, más *sangrante* pues la elección de sus miembros no responde a criterios democráticos. No obstante, su carácter no democrático se compensa si se tiene en cuenta que el papel que desempeña en la adopción de normas no reviste el carácter de autónomo: Tan sólo ostenta un poder de iniciativa que materializa a través de la presentación de propuestas al Consejo y de la ejecución de las políticas siguiendo las instrucciones de éste último así como las del PE⁸⁴, el cual puede además censurar a los miembros de la Comisión. En consecuencia, *a priori*, el procedimiento sería apto en términos democráticos. Así opinan autores como Grasso⁸⁵ o Gómez Jara. Éste último defiende la idoneidad del procedimiento legislativo ordinario porque tras la aprobación de la Constitución europea (aplicable también a la situación que introducirá la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) se instaurará una democracia representativa y participativa⁸⁶.

Las últimas palabras del párrafo anterior –democracia representativa y participativa– son claves para inclinar la balanza a favor o en contra de aquellos que rechazan el procedimiento por codecisión. Imaginemos por un momento que la Unión europea dispusiera de un verdadero sistema de legitimación democrática directo, es decir, a través de la definitiva institucionalización del PE como auténtica cámara legislativa, incluso con supremacía sobre el propio Consejo de Ministros en lo que a la función decisional se refiere, en todos los ámbitos de intervención comunitaria, ¿podría decirse que una decisión adoptada por el PE que afectase a los intereses de un Estado determinado sería legítima para sus ciudadanos? ¿Serían entonces menores las reacciones de los ciudadanos de ese país por el mero hecho de que la decisión hubiese emanado del PE en vez del Consejo?⁸⁷ Ante la ausencia de datos empíricos, el instinto sólo me empuja lamentablemente a contestar negativamente. Con mayor razón ese debe ser el sentido de la respuesta en el caso de materias sensibles que toquen el *corazón* de la soberanía nacional de los Estados como es el Derecho penal. Tan sólo hace falta detenerse en un caso de aborto o eutanasia: ¿Se sentirían los belgas o los holandeses cómodos, identificados y vinculados

⁸³ B. SCHÜNEMANN, „Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung”, *ZStW* 116, 2004, pp. 376 y ss.

⁸⁴ AA.VV.: “Legitimacy, Accountability and Democracy in the European Union”, *A Federal Trust Report*, 2007, p. 5, (<http://www.fedtrust.co.uk/>).

⁸⁵ G. GRASSO, “L’avvocato difensore dinanzi al Pubblico Ministero europeo”, en “Il difensore e il Pubblico Ministero europeo” (dir. A. LANZI/F. FUGGIERI/L. CAMALDO), Padova, Cedam, 2002, pp. 205-206. También M. DONINI, “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁶ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Constitución europea y Derecho penal”, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁷ A. ESTELLA DE NORIEGA, “El dilema de Luxemburgo...”, *op. cit.*, p. 18.

con una norma comunitaria –con independencia de su eficacia directa o no– que les obligase a tipificar ambos hechos como delito? Y si este caso puede parecer un poco exagerado, dado que la eutanasia y el aborto no protegen bienes jurídicos supranacionales, sino de interés común⁸⁸, cuya protección a escala comunitaria no tiene encaje en ninguna de las categorías de delitos previstas en el artículo 31,1 e TUE (delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas) o del artículo 83 TFUE en su nueva redacción tras el Tratado de Lisboa (los tres anteriores más la trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática), podemos pensar en la introducción de delitos contra la protección de los intereses financieros de la Unión (las finanzas comunitarias son el más claro y mejor ejemplo de bien jurídico supranacional) que lleven aparejada una pena más rigurosa que la prevista para delitos más graves que los comunitarios en un Estado miembro o para cualesquiera otros, que con la misma estructura y con una mayor dimensión de lesividad que los comunitarios reciben una respuesta penal menos rigurosa que los establecidos a escala europea⁸⁹.

Los ejemplos presentados ponen de manifiesto que la instauración de un procedimiento de adopción de decisiones en la Unión (en materia penal, pero igualmente aplicable al resto de ámbitos) con el PE como cabeza visible y más importante del mismo no es por sí sola suficiente. En consecuencia, debe profundizarse más en el concepto de legitimidad idóneo para afrontar este tipo de problemas. Concepto que una parte de la doctrina ha bautizado como federal y que permite afirmar que sólo allí dónde exista este tipo de legitimidad, podrán superarse las dificultades que han ido apareciendo a lo largo de esta investigación (vinculación con la norma por parte de los ciudadanos, democratización de las instituciones comunitarias, respeto absoluto de los derechos fundamentales, etc.).

La legitimidad federal es un concepto que responde a criterios tanto de *input* como de *output*. Se trata de un modelo que aboga por una democracia deliberativa que prescinde de la noción de Estado⁹⁰ y que cuya puesta en marcha requiere el establecimiento de instituciones que hagan

⁸⁸ Los bienes de *interés común* responden a la exigencia de contraponer una acción plenamente eficaz contra las formas de agresión de bienes jurídicos nacionales (si bien sustancialmente distinta de la predispuesta por bienes jurídicos supranacionales) que suponen una amenaza para la construcción europea en su conjunto, con la posibilidad de llevar a cabo una actuación armonizadora de tales bienes. En cambio, los bienes supranacionales serían aquellos que protegen intereses intrínsecamente comunitarios (protección de los intereses financieros, función pública europea, buena administración de la justicia comunitaria, etc.). Sobre la distinción vid. R. SICURELLA, “Diritto penale...”, *op. cit.*, p. 320 y ss.

⁸⁹ Peligro que ya ha advertido J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Los principios inspiradores de las...”, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁰ C. GÓMEZ-JARA DIEZ, “Constitución europea y Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 49 (versión digital).

posible el desarrollo de una acción comunicativa entre los distintos actores del juego político. De lo que se trata es de que los ciudadanos se sientan obligados por la ley y ello sólo se consigue si la norma ha sido deliberada y decidida a través de procedimientos que garanticen la autonomía pública y privada de los individuos, es decir, si existen procedimientos democráticos de adopción de normas en los que los ciudadanos puedan identificarse a sí mismos tanto como autores como sujetos de derecho⁹¹. Así, se sostiene que cualquier norma adoptada en el seno de la Unión debe estar sujeta a un debate y escrutinio público. De esta forma se consigue una mejora en términos de información y enjuiciamiento, ya que se pone a disposición de los ciudadanos las razones y evaluaciones que han llevado a adoptar dicha decisión. Además, se hace patente una especial intensidad y cualidad de la participación pública. No sólo se trata de establecer una voluntad normativa coherente, sino también de intensificar y fortalecer dicha voluntad a través de controles que demandan los procedimientos de adopción de decisiones. Por tanto, el papel que juegan las instituciones en los mencionados procedimientos debe ser mayor al igual que la conexión entre la esfera pública (sociedad civil) y el público en general.

La noción de legitimidad federal por la que nos decantamos se configura en torno a las tres variables que presenta el término *accountability*: *accountability* de tipo ministerial o política; *accountability* democrática y *accountability* de tipo *output*.

A) Mecanismos de *accountability*

Uno de las acepciones de *accountability* es la de tipo ministerial o política, la cual centra su atención en la responsabilidad política de los miembros que integran las distintas instituciones⁹². En el ámbito de la Unión puede sostenerse *grosso modo* que existe un cierto grado de *accountability* política pues los ciudadanos tienen la posibilidad de votar a sus representantes en el PE así como en el Consejo (elección indirecta).

Por su parte, la *accountability* democrática se concibe también de muy distintas maneras. Así, una vertiente se centra en el papel que deben desempeñar los parlamentos nacionales, el PE y la sociedad civil en la Unión; otra se refiere al imperio de la ley, preocupándose por que las decisiones comunitarias caigan dentro de las fronteras de la ley y establezcan expresamente que efectivamente ha sido así. Con este tipo se promociona la democracia y el control del poder delegado y su nota característica

⁹¹ J. ERIK/A.J. MENÉNDEZ, "The Constitution's Gift? A Deliberative Democratic Analysis of Constitution Making in the European Union", *European Law Journal*, vol. 11, nº 4, Julio 2005, p. 382.

⁹² A. ARNULL/D. WINCOTT, "Accountability and Legitimacy in the European Union", Oxford, 2005, parte 7ª y C. HARLOW, "Accountability in the European Union", Oxford, 2002, capítulo 7.

fundamental es que son los juzgados y tribunales los máximos garantes de su cumplimiento.

En el ámbito de la UE el debate se traslada a los mecanismos judiciales a disposición del ciudadano así como al papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia (TPI). La revisión judicial que está llevando a cabo el TJCE a través de su jurisprudencia es un claro ejemplo de cómo el poder está siendo controlado en la UE.

Existe asimismo una tercera categoría de *accountability* democrática centrada en las interrelaciones entre las distintas instituciones. Desde una perspectiva nacional, el concepto de mecanismos de control está implícito en la separación de poderes pero dicha separación no es fácilmente identificable en el contexto de la Unión. No obstante, lo que sí es identificable es el principio de equilibrio institucional⁹³, el cual se caracteriza por ser una garantía horizontal de cada agente que ejerce el poder que ha sido otorgado por los EEMM a la Unión. También puede entenderse como un principio que surte sus efectos en las relaciones entre las instituciones comunitarias y los EEMM. Casi ninguna institución puede actuar de forma independiente de tal manera que los distintos actores pueden revisar el proceso de adopción de decisiones de otros legisladores⁹⁴.

Por último, la *accountability* de tipo *output* intenta responder a las críticas vertidas contra la *accountability* democrática (fundamentalmente, la no puesta en consideración del resultado mismo de las normas comunitarias). En este tipo juegan un papel relevante la publicidad y transparencia en la adopción de decisiones y la explicación de las razones o motivos por los cuales una determinada norma ha sido adoptada⁹⁵. Transparencia significa que las decisiones se adoptan fuera del anonimato. La unión entre transparencia y publicidad es más que obvia ya que existe transparencia cuando se da un debate público en la democracia. La necesidad de transparencia se justifica además en el hecho de que teniendo acceso a la información se puede supervisar mejor el ejercicio de los poderes delegados así como a los creadores de normas en la Unión haciéndoles responsables.

⁹³ As. C-70/88, *Parlamento Europeo v. Consejo* (1990), Repertorio I-2041.

⁹⁴ A. MANGAS MARTÍN, "División de poderes y equilibrio institucional en el sistema comunitario: ¿manteniendo, reforma o ruptura?", *Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (II): XVII jornadas de estudio*, vol. 1, 1998, pp. 579-600; M. MARTÍNEZ CUADRADO, "La evolución de la Unión Europea y un nuevo enfoque sobre equilibrio institucional después de Bruselas 2003", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, n° 1, 2004, pp. 271-292; J.M. BENEYTO, "Hacia un equilibrio institucional de la Unión Europea", en J. ALGUACIL GONZALEZ AURIOLES/J.M. BENEYTO, "El reto constitucional de Europa", 2005, pp. 247-256 y J.A. GIRÓN LARRUCEA, "El principio de equilibrio institucional en el proceso de evolución del PE", *Noticias de la Unión europea*, n° 189, 2000, pp. 17-24.

⁹⁵ P. MAGNETTE, «Le principe de démocratie au-delà de la représentation», en *La Constitution de l'Europe* (dir. P. MAGNETTE), Bruxelles, 2004, p. 140 y ss.

4. *Legitimidad federal de la Unión*

Estudiados los distintos conceptos de legitimidad y, habiéndonos decantado por el que responde a una lógica federal, el análisis debe centrarse ahora en determinar si existe legitimación para la adopción de normas comunitarias penales en la Unión europea y para ello el estudio deberá realizarse en tres tiempos: Primero, analizando la legitimidad en el Primer pilar y, después, haciendo lo propio en el Tercer pilar y en el nuevo Tratado de Lisboa.

A) Legitimación federal y Primer pilar

La instauración del principio mayoritario en la toma de decisiones sin que previamente existiera un *demós* europeo⁹⁶, al menos en su sentido social y orgánico, impide hablar de legitimación federal. Esta afirmación se sustenta, además, en la ausencia en la Comunidad de instrumentos que protejan suficientemente los intereses de las minorías en el seno del proceso decisorio comunitario.

Por otro lado, el Primer Pilar tampoco puede tildarse de respetar los parámetros de publicidad y de transparencia que la legitimidad federal exige. A nadie se le escapa el hecho de que las sesiones de trabajo del Consejo no son ni públicas ni transparentes⁹⁷. La dificultad para encontrar un documento o incluso para conocer el momento en el que se encuentran las deliberaciones son en parte paliadas con el acceso a *PreLex*. Sin embargo, los documentos que sirven para justificar una intervención comunitaria basados en datos empíricos o en estudios de derecho comparado bien se publican a destiempo o no llegan nunca a publicarse o bien, en el peor de los casos, los documentos que se divulgan se refieren a estudios realizados cuatro años después de haber propuesto la norma. La pregunta que surge entonces es cómo puede apreciarse la necesidad de una intervención comunitaria, si previamente no se ha procedido a estudiar en profundidad el impacto de la medida o al menos a examinar la situación en el derecho comparado, es decir, en todos los ordenamientos jurídicos de los EEMM. Un ejemplo muy significativo es el caso de la primera propuesta de directiva de la Comisión de 13 de marzo de 2001 (COM (2001) 139). En ella la Comisión consideró oportuno exigir a los EEMM la imposición de medidas penales para la protección del medio ambiente, siempre y cuando ello fuese necesario para garantizar la eficacia del Derecho comunitario. Pues bien, la Comisión para determinar la necesidad de la intervención que le exige el principio de proporcionalidad (art. 5 TCE) no procedió previamente al

⁹⁶ O sentir común. Vid. N. MACCORMICK, "La sovranità in discussione. Diritto, Stato e Norme nel Commonwealth europeo", Bologna, Il Mulino, 2003, p. 156 y ss.

⁹⁷ J. VOGEL, "Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión europea", *Revista penal*, 2002, n° 10, p. 128.

estudio del derecho comparado ni tan siquiera se preocupó de justificar que el Derecho penal es la forma más efectiva de protección del bien jurídico medioambiental. Se trata de un error que parece, al menos en teoría, haber subsanado como bien lo demuestra la cantidad de estudios que aparecen la página web de la Comisión⁹⁸; todos ellos con fecha posterior a 2001 y que sirven de justificación de la intervención penal de la Unión en la segunda propuesta de directiva sobre la misma materia de 9 de febrero de 2007 (COM (2007) 51final)⁹⁹.

B) Legitimidad federal y Tercer Pilar

El argumento antes utilizado para constatar las disfuncionalidades que acarrea la utilización de un concepto de legitimación democrática, puede también usarse para descartar la existencia de legitimidad federal en el Tercer Pilar. En efecto, la denominada paradoja del Derecho penal supone considerar que si en el resto de materias la unanimidad sirve para colmar el déficit democrático, no ocurre lo mismo en el ámbito criminal, ya que el cumplimiento del principio de legalidad se desvanece en función del grado de concreción de las decisiones marco: A un mayor grado de concreción, menor es la libertad de los parlamentos nacionales a la hora de transponer. Y si es menor la libertad del legislativo nacional en la transposición, entonces el respeto del principio de legalidad se expone en peligro.

Por otro lado, el procedimiento de consulta, establecido en el art. 39 TUE, no garantiza en la práctica que el PE pueda ejercer un control sobre los instrumentos que se negocian. Cuando el Parlamento presenta su opinión ante Consejo, ésta se encuentra ya obsoleta en muchas ocasiones al haberse modificado la iniciativa original, a veces incluso de forma radical, durante el transcurso de las negociaciones y pese a que en estos casos se procede a una nueva consulta, casi siempre se ha alcanzado ya un acuerdo político cuando el Parlamento eleva su nueva opinión. Las delegaciones de los EEMM, que deben adoptar las decisiones por unanimidad, se niegan entonces a cambiar el texto, aunque las modificaciones propuestas sean sustancialmente buenas. En consecuencia, las opiniones del PE carecen de todo valor porque éste no puede ejercer un control democrático sobre los instrumentos jurídicos del Tercer Pilar¹⁰⁰, siendo así evidente la ausencia de debate entre las instituciones europeas, lo cual conlleva igualmente a un déficit de legitimidad federal.

La tercera razón que impide hablar de legitimidad federal en el Tercer Pilar se debe a que el derecho de iniciativa normativa está compartido entre la Comisión y los EEMM, de tal forma que basta la iniciativa de un solo

⁹⁸ Vid. http://ec.europa.eu/environment/crime/studies_en.htm

⁹⁹ Véase la nota a pie de página nº 1 de la propuesta de nueva directiva.

¹⁰⁰ J.F. CASTILLO GARCÍA, "La comunitarización del...", *op. cit.*, pp. 12-13.

Estado miembro para contrarrestar la empuje de una propuesta presentada por la Comisión¹⁰¹. La posibilidad de dejar fuera de juego una iniciativa de la Comisión rompe el equilibrio institucional y acaba con la deliberación de todas las partes implicadas.

Déficits de tipo *output* son apreciables igualmente en este pilar intergubernamental, pudiéndose reproducir aquí lo que ya hemos dicho en el Primer pilar respecto a los vicios de publicidad y transparencia.

Por último, el control ejercido por el TJCE en relación a las normas emanadas del Tercer pilar, limitado prácticamente a la cuestión prejudicial (con un régimen además *à géométrie variable* en función del Estado en cuestión que la interponga¹⁰²) y cerrado a los particulares, tiene difícil encuadre en un concepto de legitimidad federal que exige que las decisiones comunitarias caigan dentro de las fronteras de la ley y que establezcan expresamente que efectivamente ha sido así.

C) Legitimidad federal y Tratado de Lisboa

Precisamente con la finalidad de instaurar una Unión cada vez más democrática, el Tratado de Lisboa, en la misma línea del Tratado constitucional, ha confirmado claramente la tendencia hacia la parlamentarización de las estructuras institucionales comunitarias. Así, por ejemplo, el nuevo artículo 13 TUE (artículo 9 TLisb.) ubica al PE en una posición prioritaria dentro del propio Tratado, si bien no comparable al papel que desempeñan los Parlamentos nacionales¹⁰³. El artículo 14 TUE (art. 9A, apdo. 2º TLisb.) define al PE como órgano de representación de los “ciudadanos de la Unión” y no ya de los “pueblos” de los Estados, cuyos miembros son elegidos según un criterio decrecientemente proporcional y concreta un bicameralismo de tipo federal, en el marco del cual la función legislativa y la función presupuestaria son ejercidas “conjuntamente” por el Parlamento y el Consejo. Además, el procedimiento de codecisión es asumido como “procedimiento legislativo ordinario” para la adopción de las leyes y de las leyes marco europeas (art. 251 TFUE)¹⁰⁴. A través de dicho procedimiento el Consejo decidirá por mayoría cualificada (art. 16 TUE/9C TLisb.): 55% de los miembros, que incluya al menos a quince de ellos y represente a

¹⁰¹ Vid. Comunicación, de 28 de junio de 2006, sobre la ejecución del Programa de la Haya (COM (2006) 331final), p. 11.

¹⁰² S. DE BIOLLEY, «Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale ?», en AA.VV.: «Actualités de Droit Pénal Européen», *Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2003, p. 202.

¹⁰³ P. RIDOLA, “La parlamentarización...”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁴ No obstante, existen en algunos ámbitos *procedimientos legislativos especiales* (artículo 289,2 TFUE). Es el caso, por ejemplo, de la protección de los trabajadores y de seguridad social en el que la ley o ley marco europea requiere para su adopción la unanimidad de los miembros del Consejo, previa consulta del Parlamento (artículo 153.3 TFUE). Lo mismo ocurre en el caso de ordenación del territorio (artículo 292 TFCE).

EEMM que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión. Asimismo, desaparece la actual decisión marco que pasa a fundirse en la categoría de directiva (o de ley marco europea en el caso de la Constitución) y, por último, se establecen instrumentos de enlace entre el PE y los parlamentos nacionales que garantizan el dominio de sus sistemas legales y políticos y contribuyen a la instauración de un mayor grado de *accountability* democrática. En este sentido, los nuevos protocolos sobre el papel de los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹⁰⁵ establecen una técnica de puesta en consideración de las iniciativas y proyectos legislativos a adoptar en el seno de la Unión. En lo que a nosotros concierne, este mecanismo de control podría configurarse como una pequeña y limitada potestad *ex-ante* de *marcha atrás*, es decir, como una garantía para reflexionar sobre la elección de penalizar una determinada conducta. El hecho de que los parlamentos nacionales tengan potestad para pronunciarse sobre el respeto del principio de subsidiariedad (y, por derivación, según los casos, sobre el principio de *ultima ratio* del Derecho penal¹⁰⁶), provocando el re-examen de la propuesta comunitaria cuando se cuente con un voto negativo que represente al menos un tercio del total de votos que les son atribuidos (art. 7, párrafo 3º Prot. sobre el respeto del principio de subsidiariedad), es una potestad que no debe menospreciarse. Además, si se trata de normas adoptadas conforme al artículo 76 TFUE, es decir, de normas relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal el umbral se reduce a un cuarto de los votos.

Anotados los cambios que introduce el Tratado de Lisboa en la figura del PE y parlamentos nacionales, es de recibo ahora preguntarse hasta qué punto dichas novedades servirían para crear un auténtico Derecho penal federal europeo, es decir, debemos determinar en qué medida las reformas previstas en ambos textos dotan a la Unión de una legitimación suficiente a efectos del Derecho penal.

¹⁰⁵ C. CATTABRIA, “Il Protocollo sull’applicazione die principi di sussidiarietà e di proporzionalità”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 1998, p. 361 y ss.; I. PERNICE, “Mutilevel Constitutionalism in Union’s vertical order of competences: the current law and proposals for its reforms”, *Common Market Law Review*, 2002, pp. 261-262; J.H.H. WEILER, “The European Union belongs to its Citizens: Three immodest Proposals”, *European Law Review*, 1997, p. 150 y ss.

¹⁰⁶ La distinción entre los principios de proporcionalidad y subsidiariedad no está clara. Por eso, a pesar de que en el seno de la Unión se conciben como derechos autónomos y diferenciados no faltan autores que observan una relación indiscutible entre ambos principios sin que sea posible su separación. Vid. G. DE BURCA, “The Principle of subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *JCMS*, 36 (1998), p. 3. K. LENAERTS/P. VAN NUFFEL, (eds.), “Constitutional Law of the European Union”, Thomson/Sweet&Maxwell, 2005, p. 112.

Siguiendo a Gómez-Jara, la aprobación de una Constitución Europea¹⁰⁷ que instaure una democracia representativa y participativa¹⁰⁸ a partir de la cual el PE participa activamente en el denominado “proceso legislativo ordinario”, parece dotar a la Unión de la ansiada legitimación procedimental (parte integrante del concepto de legitimidad federal¹⁰⁹), lo cual revierte positivamente en la configuración de un auténtico Derecho penal europeo.

Para determinar el grado o la intensidad democrática del “procedimiento legislativo ordinario” previsto en el Tratado de Lisboa, es necesario detenerse en cada una de las fases del mismo, no sin antes advertir que igualmente aquí deberemos prescindir de la ilusión metodológica de configurar el “parlamentarismo” en la UE conforme a los modelos experimentados en la historia del parlamentarismo en los ordenamientos estatales¹¹⁰, y ser conscientes de que se plantea un modelo completamente peculiar de *checks and balances* (peculiar, dado que inextricablemente condicionado por las características genéticas del proceso de integración europea)¹¹¹.

Las fases del procedimiento legislativo ordinario son cinco: iniciativa, deberes de consulta, deliberación pública y adopción de la resolución en el Parlamento y en el Consejo, procedimiento de conciliación y promulgación y sanción.

El poder de iniciativa se reserva también a la Comisión (art. 17 TUE/ art. 9D TLisb.) que lo comparte con los EEMM cuando se trate de normas que versen sobre la cooperación judicial en materia penal. Esta posibilidad favorece el cumplimiento del principio de equilibrio institucional ya que al imponer a la iniciativa estatal el límite de un tercio, se evita el abuso de aquellos Estados que únicamente persiguen la realización de sus intereses nacionales¹¹².

Como novedad significativa debe mencionarse que el artículo 12.4 TUE (art. 8 B, apdo. 4º TLisb.) establece un nuevo instrumento plebiscitario que requiere como mínimo el apoyo de un millón de ciudadanos de un número significativo de EEMM. De este modo la Comisión puede ser requerida

¹⁰⁷ Este autor vierte sus opiniones en relación al Tratado Constitucional, si bien sus postulados son perfectamente trasladables al Tratado de Lisboa. En el caso de que no lo fueran, se mencionará expresamente.

¹⁰⁸ Coincide con GÓMEZ-JARA RIDOLA, según el cual el principio de la democracia participativa asume una menor importancia en la Constitución ya que se configura como un simple empeño impuesto en las instituciones de la UE de favorecer el diálogo entre las articulaciones del tejido pluralista, la transparencia, y las consultas por parte de las instituciones de la Unión (artículo I-47). Vid. P. RIDOLA, “La parlamentarización...”, *op., cit.*, p. 38.

¹⁰⁹ L. MICHAEL, “Procedimientos de producción de Derecho: el procedimiento legislativo ordinario”, *ReDCE*, nº 3, enero-junio 2005, p. 44.

¹¹⁰ En contra, porque todavía no existe igualdad de voto en la Unión, se manifiestan M. KAIAFA-GBANDI, *KritV*, 2004, p. 19, B. SCHÜNEMANN, *GA*, 2004, pp. 200 y *ZStW*, nº 116, 2004, pp. 391 ss, 393; LÜDERSSEN, en KRESS, *ZStW*, nº 116, 2004, pp. 448.

¹¹¹ P. RIDOLA, “La parlamentarización...”, *op., cit.*, p. 34.

¹¹² J.F. CASTILLO GARCÍA, “La comunitarización...”, *op., cit.*, p. 17.

para que presente una propuesta sobre un tema. Se trata, no obstante, de una opción que debería descartarse en el caso de la materia penal dadas las repercusiones negativas que en términos de racionalidad puede tener la iniciativa popular en las normas penales¹¹³. Tendremos pues que esperar a ver cómo el futuro reglamento desarrolla las condiciones de ejercicio de esta facultad (art. 21 Tratado de Lisboa).

Llegado este punto cabe preguntarse si en los nuevos tratados (TUE y TFCE) claramente más comprometidos que sus antecesores con la democracia, sería posible calificar un procedimiento, en el que especialmente el Parlamento carece de un derecho general de iniciativa, como procedimiento legislativo ordinario.

El principio de una representación democrática doble, del ciudadano en el PE y de los EEMM en el Consejo (nuevo art. 10 TUE) parece reclamar un derecho de iniciativa tanto del PE como también, y de manera consecuente, del Consejo e incluso eventualmente de los Parlamentos nacionales. Lo cierto es, sin embargo, que los esfuerzos no deben dirigirse a criticar esta ausencia, sino más bien a intentar desarrollar una teoría constitucional del monopolio de la iniciativa de la Comisión que según Lothar¹¹⁴ se caracterizaría, entre otras cosas, por el hecho de que dicho poder simplemente cumple la función de impulso. En consecuencia, es el legislativo quien debe tener en el plano jurídico y fáctico la posibilidad de modificar voluntariamente el contenido de la iniciativa, lo que implica, en definitiva, tener la posibilidad de configurar la ley. Posibilidad que precisamente concede el procedimiento legislativo ordinario, dado que el Tratado de Lisboa reserva al PE y al Consejo de Ministros la organización política a través de la libre modificación de cada iniciativa presentada.

Por otro lado, debe tenerse muy presente que la elaboración de las iniciativas legales por la Comisión responde a la idea de la división funcional de poderes. En la medida en que el proyecto normativo no sólo requiere la fijación de su contenido sino que también exige una armonización puramente técnica con otras normas, es lógico que se utilice el aparato administrativo de la Comisión para la obtención de ese fin.

Finalmente, el Parlamento debe tener la posibilidad de ser un actor en el procedimiento legislativo y no quedar reducido a ser un simple órgano de decisión. Al PE le corresponde, de hecho y de derecho, la posibilidad de la iniciativa indirecta pues tiene el derecho de requerimiento frente a la Comisión, el cual no puede ignorar, sino que dado el caso debe comunicar como mínimo por qué no se presenta ninguna iniciativa. Cuando el

¹¹³ Vid. J.L. DIEZ RIPOLLES, "La racionalidad de las leyes penales...", *op. cit.*, p. 50. El mencionado autor alaba la situación española porque la iniciativa legislativa popular excluye las materias que deben ser objeto de ley orgánica. Una posición contraria "otorgaría *status* legal a la vía populista de legislación penal" en perjuicio del tratamiento experto de la realidad social y de las intervenciones sociales.

¹¹⁴ L. MICHAEL, "Procedimientos...", *op. cit.*, pp. 49-51.

PE considere que los motivos de la Comisión no son convincentes, sigue teniendo la posibilidad de requerir otra vez a la Comisión. Si ésta se niega de nuevo a acceder al requerimiento tendrá que volver a fundamentar este rechazo. Además, la Comisión vulnerará el mandato de cooperación entre instituciones (nuevo art. 13.2 TUE) en su relación con el PE, cuando se remita *in toto* a los motivos anteriormente expuestos. La Comisión, de acuerdo con su código de comportamiento, tiene igualmente el deber de atender lo antes posible a los requerimientos del Parlamento. Por último, el PE puede obligar a la Comisión (en caso de urgencia determinable judicialmente) a presentar alguna iniciativa. De nuevo, el PE y el Consejo podrían dar contenido a esta iniciativa según consideren. Aparte de ello también refuerza la responsabilidad parlamentaria de la Comisión la posibilidad que tiene el PE de orientar políticamente la práctica de la iniciativa por parte de la Comisión (lo que se une al voto de confianza parlamentaria del art. 234 TFUE).

Constatada la calidad democrática de la fase de iniciativa del procedimiento legislativo ordinario, compete ahora analizar la segunda fase relativa a los deberes de consulta o audiencia. Éstos afectan al Comité Económico y Social¹¹⁵, al Comité de las Regiones e incluso acumulativamente a los dos anteriores al Banco Central, al TJCE y al Tribunal de Cuentas. De esta forma se extiende la base de legitimación del proceso especialmente en beneficio del *output* de la legitimación. En consecuencia, puede decirse que el procedimiento presenta aquí también rasgos democráticos.

La tercera fase consiste en la deliberación pública y adopción de la resolución en el PE y en el Consejo, requiriéndose para que la ley se apruebe la decisión positiva de ambas instituciones (art. 251,13 TFUE). Ello se traduce en un derecho de veto que les sitúa en el mismo nivel de competencia (en igualdad de rango). La Comisión tiene en esta fase una participación cualificada a través de su función consultiva: Realmente carece de un derecho de veto, pero sus dictámenes negativos sobre enmiendas deben ser unánimemente aprobados por el Consejo (art. 251,9 TFUE). Asimismo, las votaciones en el Consejo se deben adoptar, en principio, por mayoría cualificada.

Por otro lado, sólo puede haber tres lecturas, si bien cuando existan opiniones coincidentes de los órganos participantes con la iniciativa de la Comisión, el acto se adoptará en primera lectura.

Para evitar un retraso en el proceso se prevé un plazo de tres meses (art. 251, apdos. 7 y 8 TFUE) e, incluso en el caso de la tercera lectura, sólo de seis semanas (art. 251,13 TFUE). De conformidad con el artículo

¹¹⁵ El Comité Económico y Social fue consultado por la Comisión en la elaboración de la propuesta de directiva sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DOUE C 311, de 7 de noviembre de 2001).

251,14 TFUE los plazos únicamente podrán ser prolongados de forma poco significativa (un mes o dos semanas, según los casos).

La modificación más relevante con relación al actual procedimiento de codecisión está prevista en el artículo 15.2 TFCE, precepto en el que se garantiza la publicidad de las sesiones del PE así como las del Consejo de Ministros y, además, tanto para la deliberación como para la adopción de decisiones. Ello representa una reseñable tendencia hacia el sistema bicameral que puede dificultar la adopción de compromisos en el Consejo, pero que desde luego coadyuva de forma decisiva a la transparencia de la actuación política y a la aproximación del ciudadano.

La fase de conciliación se produce cuando ambas posiciones de veto concurren, de tal forma que se debe intentar llegar a un acuerdo (art. 251,10-12 TFUE). El Comité de Conciliación está formado de modo paritario por miembros del Consejo (o sus representantes) y del PE. La Comisión puede tomar parte en el Comité aunque sin derecho a voto. Se critica, no obstante, del Comité el que sus sesiones no estén sometidas también a publicidad.

La última etapa atiende a la promulgación y sanción de las directivas o reglamentos (art. 254,1 TFUE). Tras la promulgación y sanción se procede a la publicación del acto jurídico en el Diario Oficial.

El análisis de calidad democrática de las distintas fases del procedimiento nos ha servido para desechar el argumento en virtud del cual el establecimiento procedimiento por codecisión como forma de adopción de las normas penales comunitarias no es suficiente para superar el déficit democrático del que actualmente adolece la Unión¹¹⁶.

Lo anterior unido al hecho de que la protección de los derechos fundamentales de los particulares se refuerza con el aumento de competencias del TJCE, hasta el punto de que el Tribunal de Luxemburgo podrá pronunciarse sobre la legalidad de las directivas (y en el futuro también de los reglamentos) destinadas al establecimiento de normas mínimas tendentes a la armonización de las legislaciones penales de los EEMM, no hace sino enviar un mensaje de esperanza hacia la configuración de un Derecho penal europeo legítimo.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación se ha intentado demostrar que el hecho de que el PE no desempeñe las mismas funciones que los parlamentos nacionales en la adopción de normas europeas penales no conlleva *ipso facto* a considerar ilegítimas dichas leyes.

¹¹⁶ En contra, J.M. SILVA SANCHEZ, “Los principios inspiradores...”, *op. cit.*

Los argumentos utilizados parten de la base que la evaluación de la legitimidad como parámetro jurídico-político fundamental debe efectuarse a la luz de la especial configuración europea y no desde la perspectiva de la clásica idea del Estado nación. El anterior planteamiento nos llevó a considerar que la *legalidad necesaria* para la protección de determinados intereses no requeriría el elemento democrático parlamentario característico de la legislación democrática nacional, sino que se conformaba con el componente (aproximadamente) democrático de las normas comunitarias.

En la búsqueda del componente aproximado democrático de las normas comunitarias nos detuvimos en los distintos conceptos de legitimación (formal, democrático-procedimental, etc.), hasta finalmente decantarnos por la legitimidad federal.

Compuesta tanto por elementos de tipo *input* como *output*, constatamos la ausencia de la legitimación federal tanto el Primer Pilar y Tercer Pilar de la Unión europea. En cambio, llegamos a la conclusión de que el nuevo modelo que implantará el Tratado de Lisboa se nutre en cierto modo de los postulados de nuestra legitimidad modelo. Así, mencionábamos como logros importantes el establecimiento en los protocolos sobre el papel de los parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de un mecanismo de control limitado *ex-ante* de *marcha atrás*. Veíamos también como la implantación de una democracia representativa y participativa a partir de la cual el PE participa activamente en el denominado “proceso legislativo ordinario” dotaba a la Unión de la ansiada legitimación procedimental, lo cual revertía positivamente en la configuración de un auténtico Derecho penal europeo.

Ahora bien, el impulso democrático al que contribuye significativamente el Tratado de Lisboa no debe llevar a errores. El camino hacia una auténtica legitimidad federal no ha hecho más que empezar. De ahí, que se deba seguir trabajando, entre otras materias, en la ausencia de vínculos entre los ciudadanos y sus representantes nacionales en relación a las políticas europeas que éstos últimos ejecutan; en la democratización y racionalización de la Comisión, de tal forma que sus propuestas en materia penal respeten con mayor rigor los principios de subsidiariedad comunitaria y de proporcionalidad penal; o en la imposibilidad de los votantes en las elecciones europeas al PE de ver en qué aspectos sus votos consiguen modificar una acción europea.

RESUMEN:

Este artículo aborda los problemas que presenta la armonización del Derecho penal en el marco de la Unión europea desde la óptica del principio de legalidad en su vertiente formal (reserva de ley). Para ello se presenta un breve estudio de la legalidad formal en algunos Estados miembros para llegar a la conclusión de que el principio de legalidad y la idea de Estado nación están en crisis, de tal forma que la concepción de este principio a nivel europeo no tiene por qué coincidir con la tradicionalmente aceptada, es decir, con la

idea de una Parlamento nacional que asume las funciones clásicas. El concepto adecuado de legitimidad en la Unión europea debe nutrirse de elementos democráticos tanto de tipo *input* como *output*. Ambos tipos de elementos capaces de dotar de legitimidad a la Unión en materia penal serán proporcionados con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Palabras clave: – *Accountability* – *Armonización del Derecho penal* – *Legitimidad* – *Principio de Legalidad Penal* – *Unificación del Derecho penal*

ABSTRACT:

This article addresses the problems presented by the harmonisation of criminal law in the European Union from the point of view of the principle of legality in a formal sense. The paper reviews and analyses the principle of formal legality in some Member States in order to show that the principle and the idea of the nation state are in crisis. A central problem is that the design of this principle at the European level has not coincided with the traditionally accepted, view: i.e. with the idea of a national parliament which assumes classic functions. A proper concept of legitimacy in the European Union must build upon elements of both “*input*” and “*output*” democracy. Both of those elements provided for the Treaty of Lisbon are capable of giving legitimacy to the Union in criminal matters.

Key words: *Accountability* – *Harmonisation of Criminal Law* – *Legitimacy* – *Principle of Legality* – *Unification of Criminal Law*