

La eficacia «federalizante» de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal*

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Profesor Titular de Derecho Constitucional. UPV/EHU.

RESUMEN

Los Derechos Fundamentales son susceptibles de desplegar un doble tipo de capacidad vinculante frente a la actividad del poder público. Una de carácter negativo, consistente en actuar como barreras o límites de la state action, de su eficacia y/o validez. Y otra, la capacidad vinculante positiva, la cual, en su caso, se manifiesta exigiendo al poder público, especialmente al legislador, una actuación positiva para su promoción o para facilitar su efectivo disfrute y, en cualquier caso, para organizar su tutela; es decir, generándole obligaciones de signo positivo. Pues bien, este artículo tratará de describir, partiendo de esta base, la «eficacia federalizante» que despliegan los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE) sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros, bien al actuar como límites o barreras comunes de la actuación estatal (que entra en el radio de acción del Derecho de la Unión), esto es, a través de su capacidad vinculante negativa, o bien generando en los Estados miembros una serie de obligaciones de actuación comunes destinadas a proteger el disfrute de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esto es,

ABSTRACT

Fundamental Rights develop a dual type of binding ability in relation with the activity of public power. A negative one, which works as barriers or limits of state action, their effectiveness and/or validity. And positive one, which demean from government and legislator a positive action to promote or facilitate their effectiveness and to guarantee their care in every case. In other words, fundamental rights may generate positive duties to the public power. This article aims to describe, on this context, the EU Fundamental Rights' "federalist effectiveness" in the national legislations of their Member States. Fundamental rights can act as boundaries or barriers of the common state action (within the scope of Union law), through its negative binding capacity. Nevertheless, the Member States will have to promote different actions to protect European Union Fundamental Rights in order to develop a binding positive effect on them. These pages focus on both dimensions and analyze its federalizing implications, stressing its implications and manifestations in a particular field of domestic law, the field of criminal law.

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco de la dinámica del Grupo de Investigación Consolidado de la UPV dedicado al tema de los «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (GIC07/86-IT-448-07), siendo también fruto de una estancia de investigación en el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg. Una versión previa del mismo fue presentada en el VII Congreso de la ACE (Madrid, 22 y 23 de enero de 2009), dedicado a los «Treinta años de Constitución».

desarrollando una eficacia vinculante de signo positivo sobre los mismos. Estas páginas se centran en analizar ambas dimensiones federalizantes observando sus implicaciones o manifestaciones en un determinado ámbito material del ordenamiento interno, el ámbito del Derecho penal.

Palabras clave: Derechos fundamentales de la UE, integración europea, federalización, Derecho penal europeo, obligaciones positivas de los Estados.

Key words: EU fundamental rights, European integration, federalization, Criminal Law in EU Member States, positive States' obligations.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL ÁMBITO DE LA ACTUACIÓN PENAL COMO ÁMBITO OBLIGADO AL RESPETO DE LOS DFUE
 - III. LA CAPACIDAD DE VINCULACIÓN NEGATIVA DE LOS DFUE EN EL ÁMBITO PENAL Y SUS IMPLICACIONES FEDERALIZANTES—III.1. *La capacidad de vinculación negativa de los DFUE*—III.2. *Algunas manifestaciones federalizantes de la eficacia vinculante negativa de los DFUE en el Derecho penal*—III.3. *Las perspectivas de futuro*
 - IV. LA CAPACIDAD DE VINCULACIÓN POSITIVA DE LOS DFUE EN EL ÁMBITO PENAL Y SUS IMPLICACIONES FEDERALIZANTES—IV.1. *La capacidad de vinculación positiva de los DFUE en el ámbito penal*—IV.2. *Algunas manifestaciones federalizantes de la eficacia vinculante positiva de los DFUE en el Derecho penal*—IV.3. *Las perspectivas de futuro*
-

I. INTRODUCCIÓN

Estas páginas que ahora se presentan tienen como finalidad realizar algunas reflexiones sobre la eficacia «federalizante» que despliegan los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE) respecto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión, entendiendo por tal eficacia el empuje armonizador e integrador que desarrollan en estos ordenamientos el reconocimiento y la tutela de esos derechos¹.

Como es sabido los DF vinculan al poder público de una doble forma o modo. Por una parte, funcionan como límites o barreras de la actuación de ese poder, imponiéndole así, un vínculo de carácter negativo. Y por otra, pueden actuar, también, exigiéndole, especialmente al legislador, una actuación para el efectivo disfrute de esos derechos; es decir, imponiendo una vinculación positiva (generándole obligaciones de signo positivo)². Pues bien, esta reflexión pretende señalar que los DFUE presentan también esa doble capacidad vinculante (positiva y negativa), y que dicha capacidad está, además, ejerciendo una eficacia federalizante, un impulso de integración supraestatal de los ordenamientos estatales³.

La forma que hemos elegido para describir esa capacidad y esa eficacia es la de fijarnos en cómo actúan esos derechos europeos en un determinado ámbito o esfera material del ordenamiento estatal: el ámbito del Derecho penal. Describiré, en primer lugar, cómo actúa la vinculación negativa que ejercen esos derechos, y posteriormente la vinculación positiva. Pero antes, será necesario aclarar una cuestión básica: la relativa al ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales de la UE, esto es, la que se refiere a determinar cuándo una actividad del poder público (especialmente, en nuestro

¹ Partiendo de una acepción amplia del término «federalismo» [desde un punto de vista «descriptivo»: como aquella opción por estructurar la comunidad política en un doble nivel institucional, con división vertical de poderes; y desde un punto de vista «normativo»: como el conjunto de reglas y principios que deben seguir los poderes públicos, así como los valores que deben ser perseguidos por la comunidad federalizada; sobre ésta y otras acepciones del término: A. VESPAZIANI, voz «Federalismo (dir. comp.)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989, pp. 1 y ss.], asumiremos la expresión «eficacia federalizante» como aquella eficacia que contribuye a asentar y desarrollar ese doble nivel institucional, así como las reglas, principios y valores que deben guiarlo.

² Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 107 y 128 y ss.

³ Sobre el efecto «unitarizante» que despliegan los derechos fundamentales en un sistema multinivel: P.H. HUBER, «“Unitarizzazione” attraverso i diritti fondamentali comunitari. O dell’esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2009, pp.1 y ss.

caso, la relativa al Derecho penal) está o no vinculada por la obligación de respetar los mismos⁴.

⁴ Entenderemos la expresión «Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (DFUE) en un sentido amplio o muy amplio, englobando dos tipos de pretensiones jurídicas. Por una parte, utilizaré dicho sintagma para referirme a los derechos fundamentales que la jurisprudencia del TJCE viene identificando y reconociendo como parte de los *principios generales del Derecho comunitario*. Se trata, como es sabido, de una jurisprudencia que surge (en ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados originarios) a finales de la década de los años sesenta del siglo pasado, que será objeto de un reconocimiento formal en el TUE (art. 6.2), y que en la actualidad viene a configurar el sistema jurídicamente vigente de los derechos fundamentales de la Unión. No obstante este entendimiento de los DFUE como principios generales, habrá que tener en cuenta, igualmente, que este sistema iusfundamental de corte jurisprudencial comparte su existencia con la «Carta de Derechos Fundamentales de la UE» proclamada el año 2000 en Niza, toda una *Bill of Rights* que nació sin eficacia jurídica vinculante, pero que puede obtenerla, pese al fracaso de la ratificación de la «Constitución Europea», que la incorporaba en su Parte II, si el reciente Tratado de Lisboa (2007) de reforma los Tratados vigentes consigue entrar en vigor [La Carta, proclamada solemnemente por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 12 de diciembre de 2007 (víspera de la firma del Tratado de Lisboa), fue publicada en el *DO de la UE* el 14 de diciembre del mismo año: 2007/C 303/01; puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSer.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:ES:PDF>]. En efecto, según el dictado del «reformado» artículo 6.1 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados [...]». Es preciso constatar, en cualquier caso, que esa adquisición de fuerza jurídica vinculante de la Carta no impediría, de acuerdo con lo previsto en el art. 6.3 de la reforma del TUE, que el TJCE siga reconociendo y garantizando derechos fundamentales a título de principios generales de la Unión. El *Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (publicado en el Diario Oficial de la UE, el 17 de diciembre de 2007: 2007/C 306/01) pueden consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>; las versiones consolidadas de estos Tratados fueron publicadas en el DO de la UE el 9 de mayo de 2008, 2008/C 115/01; pueden consultarse, por ejemplo, en: <http://eur-lex.europa.eu/OHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML> o en <http://www.realinstituto-elcano.org/ps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007>).

Por otra parte, incluiremos también dentro del sintagma «DFUE» a una serie de pretensiones subjetivas reconocidas en los mismos *Tratados constitutivos*. Me refiero, en primer lugar, a los derechos asociados a la Ciudadanía Europea *ex* arts. 17-22 TCE (como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación y residencia por el territorio de la Unión). Y en segundo lugar, a aquellas pretensiones subjetivas esencial y funcionalmente unidas al establecimiento de un mercado interior comunitario, como son las libertades fundamentales de circulación de bienes, personas, servicios y capitales, y las cláusulas antidiscriminatorias por razón de nacionalidad (art. 12 TCE) o de sexo (arts. 13 ó 141 TCE), pretensiones que, pese a no tener un encuadre dogmático doctrinalmente pacífico en la categoría de «derechos fundamentales» en sentido estricto, se configuran asimismo como derechos públicos subjetivos otorgados por el Derecho comunitario que los ciudadanos de la Unión pueden también invocar en una serie de circunstancias (sobre la polémica doctrinal respecto a la ubicuidad dogmática de estos derechos públicos subjetivos, especialmente de las libertades fundamentales: X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 2005, pp. 63 y ss., espec. 70 y ss.). Puede ser

II. EL ÁMBITO DE LA ACTUACIÓN PENAL COMO ÁMBITO OBLIGADO AL RESPETO DE LOS DFUE

Los DFUE no tienen un ámbito de aplicación ilimitado; al contrario, solo despliegan su influencia sobre aquella actividad del poder público «relacionada» o «conectada» con el Derecho comunitario⁵ o con el Derecho del Tercer pilar (el de la Cooperación Policial y Judicial Penal⁶)⁷. Si no se da

interesante, a este respecto, no perder de vista que algunas de estas pretensiones recogidas en los Tratados aparecen también reconocidas en la propia Carta de DFUE (*cf.* el propio artículo 52.2 de la Carta de Niza).

⁵ Según ha venido estableciendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), desde finales de los años ochenta del siglo pasado, los Estados están obligados a adecuar sus medidas o actuaciones a los DFUE: (a) siempre que actúen ejecutando o implementando Derecho Comunitario, con independencia del grado de discrecionalidad de que disponga el Estado miembro y de si la medida nacional va más allá de lo estrictamente necesario para esta adaptación [Sentencia TJCE *WACHAUF*, C-5/88, de 13 de julio de 1989, apdo. 19; confirmada y desarrollada por sucesiva jurisprudencia, entre otras SSTJCE: *BOSTOCK*, C-2/92, de 24 de marzo de 1994, apdo. 16; *KARLSSON*, C-292/97, de 13 de abril de 2000, apdo. 37; *BOOKER AQUACULTURE*, asuntos acumulados 20 y 64/00, de 10 de julio de 2003, apdo. 88]; (b) cuando adopten medidas (permitidas por el Derecho comunitario) que deroguen o restrinjan las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado [Ver, por ejemplo, las SSTJCE: *ERT*, C-260/89, de 18 de junio de 1991, apdos. 43 y 44; *FAMILIAPRESS*, C-368/95, de 26 de junio de 1997, apdo. 24; *SCHMIDBERGER*, C-112/00, de 12 de junio de 2003, apdo. 78; (c) o si su actuación entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario porque alguna norma sustantiva específica del Derecho comunitario es aplicable a la situación [*Cfr.*, por ejemplo, las Conclusiones de la Abogado General E. SHARPSTON, en el asunto *B. BARTSCH*(C-427/06, presentadas el 22 de mayo de 2008, apdo. 69), recordando al respecto, por ejemplo, la STJCE *KARNER*, C-71/02, de 25 de marzo de 2004, apartados 48 a 53 (obstáculo potencial al comercio intracomunitario)].

⁶ La capacidad o eficacia vinculante de los DFUE no se circunscribe al pilar comunitario o primer pilar, sino que se extiende también, desde hace un lustro, sobre el tercer pilar de la Unión (dedicado a la cooperación judicial y policial en materia penal o CPJP), se trate de la actuación de las instituciones, se trate de la actuación estatal en dicho ámbito. La STJCE *ADVOCATEN VOOR DE WERELD* deja clara (*ex art.* 6 TUE) la extensión de dicha eficacia sobre la actuación de la Unión en el tercer pilar (C-303/05, Sentencia de 3 de mayo de 2007, apartados 45 a 47), si bien no cabe ocultar que la misma aparece debilitada en la medida en que también es más débil y menor la extensión de la competencia jurisdiccional del TJCE en dicho pilar: art. 35 TUE (al respecto, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 181 y ss.). Por su parte, la operatividad de esa vinculatoriedad frente a los actos estatales en este pilar puede también ser afirmada a partir de la sentencia del TJCE en el asunto *M. PUPINO* (C-105/03, de 16 de junio de 2005). El Tribunal estableció en dicha sentencia la aplicación extensiva del principio comunitario de interpretación conforme a las decisiones marco (adoptadas *ex art.* 34.2 TUE) del tercer pilar, reconociendo también que esa interpretación debe ser igualmente compatible con los principios generales, incluidos los DFUE. En consecuencia, aunque los particulares no pueden invocar jurisdiccionalmente una decisión marco frente a la actuación estatal, sí que pueden exigir que ésta sea conforme a aquella decisión marco y a los principios generales y, entre ellos, a los DFUE. Véase, sobre la aplicación de los DFUE como principios generales en el tercer pilar: E. SPAVENTA, «Remembrance of Principles Lost: On Fundamental Rights, the Third Pillar and the Scope of Union Law», *Yearbook of European Law*, 25, 2006, pp. 153 y ss.; *Vid.* también, en la línea del caso *M. PUPINO*, la sentencia al asunto *GIOVANNI DELL'OR-*

esa conexión, no hay obligación (europea) que vincule al respeto de esos derechos europeos.

Por ello, se hace necesario apuntar en qué forma y medida se produce esa relación entre el Derecho o la actuación penal y el Derecho del primer y del tercer pilar. Obviamente, no todo el Derecho penal está conectado con el Derecho de la Unión. Al contrario. Hasta hace poco, el Derecho penal era un dominio totalmente monopolizado por los Estados. Hoy, esto, ha cambiado. Hoy sigue siendo cierto que no existe un «Derecho europeo penal» en sentido estricto (esto es, un Derecho penal de creación institucional europea directamente aplicable en los Estados miembros), pero no es posible negar la existencia de un cada vez más desarrollado «Derecho penal europeo» (esto es, un Derecho nacional destinado a proteger bienes jurídicos europeos), debiendo tenerse en cuenta, además, que el propio legislador europeo viene jugando un papel progresivamente más activo y determinante a la hora de forjar este Derecho penal europeo, tanto en el primer como en el tercer pilar.

En el tercer pilar, porque el Tratado de la Unión prevé que ésta tiene competencias para armonizar (o aproximar) la normativa penal estatal que actúa en defensa de los bienes jurídicos europeos o de interés europeo⁸ (piénsese por ejemplo, en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002,

TO,C-467/05, de 28 de junio de 2007, apdos. 44 y ss.; o el asunto *IMPACT*, C-268/06, de 15 de abril de 2008, apdo. 100. Sobre el principio de interpretación conforme, véanse, entre otros, los diversos trabajos publicados al respecto en F. SGUBBI y V. MANES(eds.), *L'interpretazione conforme al Diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bolonia, 2007; R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *REDE*, 28, pp. 385 y ss; M. SCHILLIG, «The interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15, 2008, pp. 285 y ss., espec. 297 y ss. y 308 y ss. Por lo demás, téngase también en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, en su Informe de 14 de febrero de 2008, acerca de la aplicación de dicho principio en el ordenamiento español (puede consultarse en: *El Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2008, pp. 30-32 y 188-189).

⁷ La actuación del poder público en el segundo pilar debería también entenderse como sometida al respeto de los DFUE (el artículo 6 TUE no discrimina o discierne entre pilares a efectos del debido respeto a los DFUE); no obstante, hay que recordar que no existe competencia jurisdiccional europea para asegurar dicha vinculatoriedad.

⁸ Artículos 29 y 31.1.e del TUE; el primero, estableciendo la posibilidad de adoptar medidas para aproximar las leyes penales, y el segundo, limitando (por concreción) esa posibilidad de aproximación a determinados ámbitos materiales. Y como es sabido, ya se están adoptando estas medidas de aproximación de las leyes penales desde el tercer pilar a través de dos tipos de actos normativos: las decisiones marco [art. 34.2.b TUE] y los convenios [art. 34.2.d TUE]. Las medidas armonizadoras de contenido penal no se circunscriben a la esfera sustantiva, sino que la Unión tiene capacidad para hacer lo propio en materia procesal penal [al respecto, véase, por ejemplo, J.L. GÓMEZ COLOMER, «La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto «Corpus Iuris»)», *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9-10, 2009, pp. 115 y ss.].

sobre la lucha contra el terrorismo⁹, o en la Decisión marco 2002/69/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*¹⁰, etc.¹¹).

Y existe también una actuación penal de la Unión en el pilar comunitario porque, según establece una reciente jurisprudencia TJCE, la Unión tiene también una facultad para poder adoptar «medidas que obliguen» a los Estados a actuar penalmente en defensa de la efectividad del Derecho comunitario¹² (piénsese, por ejemplo, en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, *relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*¹³).

⁹ DO L 164 de 22/06/2002.

¹⁰ DO L 203 de 01/08/2002.

¹¹ O piénsese, por poner otros ejemplos, en la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* (DO L 328 de 05/12/2002); la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* (DO L 192 de 31/07/2003); Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 *relativa a los ataques contra los sistemas de información* (DO L 69 de 16.03.05, p. 67); etc.

¹² Hay que recordar en este sentido la Sentencia *COMISIÓN c. CONSEJO*, (C-176/03) de 13 de septiembre de 2005, en la que el TJCE viene a reconocer la facultad del legislador comunitario para adoptar *medidas que obliguen* a los Estados miembros a establecer sanciones penales (efectivas, proporcionadas y disuasorias) contra determinadas conductas. En efecto, aunque la sentencia sigue recordando que, «en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal», entiende también que ello no es óbice para que el legislador comunitario adopte las medidas aludidas. El Derecho penal no es una política comunitaria, pero puede existir una acción comunitaria en materia penal basándose en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica. El Tribunal condiciona la adopción de tales medidas a dos requisitos: que sean necesarias para garantizar la plena efectividad del Derecho comunitario (en este asunto, de la normativa comunitaria en materia de protección medioambiental), y que las correspondientes sanciones penales nacionales (efectivas, proporcionadas y disuasorias) sean indispensables para combatir infracciones graves en una materia determinada [en este caso, los graves atentados contra el medio ambiente (apdos. 47-51; sobre la sentencia, entre otros muchos: M. ROMANO, «Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale, *Riv. It. di Dir. e Proced. Penale*, 2, 2008, pp. 538 y ss., espec. 545 y ss.; P.Y. MONJAL, «Les compétences pénales communautaires et la Commission européenne: les désaveux de la Cour de justice», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2, 2008, pp. 223 y ss.; M. ACALE SÁNCHEZ, «TJCE – Sentencia de 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03 – Medio ambiente, Derecho penal y Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 26, 2007, pp. 171 y ss.; A. DANES y O. LYNSEY, «The ever-larger arm of EC Law: The extension of Community competence into The field of Criminal Law», *Common Market Law Review*, 1, 2008, pp. 131 y ss.). Véase también la STJCE *COMISIÓN c. CONSEJO*, C-440/05, de 23 de octubre de 2007). Por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo entenderá que la profundidad de dicha facultad comunitaria de adoptar medidas de contenido penal solo llega hasta el punto de obligar o exigir a los Estados a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, quedando en manos de los mismos la determinación de su clase y gravedad (la determinación del tipo y del *quantum* de la pena (Cfr. C-440/05, *ibid.*, apdo. 70).

¹³ Al respecto, por ejemplo, L. SIRACUSA, «La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente», *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 4, 2008, pp. 863 y ss.

Unido a ello, hay que recordar que el TJCE tiene establecido, además, desde hace ya unos veinte años (e. g. STJCE *MAIZ GRIEGO*) el famoso principio de asimilación de la tutela penal, según el cual los Estados deben proteger los bienes europeos de forma semejante o equivalente a la tutela ofrecida a los bienes nacionales, y en cualquier caso, de forma eficaz, proporcionada y suficientemente disuasiva¹⁴.

Así pues, el Estado miembro sigue reteniendo la competencia para el establecimiento de los tipos delictivos y de las penas. Pero ahora, la actividad penal estatal puede verse conectada o involucrada en el radio de acción europeo (y por tanto de los DFUE) de dos formas distintas: (a) por tener que desarrollar o implementar la actuación penal de la Unión, (b) o por tener que ofrecer (a los bienes europeos) una tutela penal equivalente a la estatal.

Una vez visto que existen esferas del Derecho penal estatal que entran en el radio de acción (y/o están conectadas) con el Derecho comunitario o con el del tercer pilar, apuntaremos ahora de qué modo esa relación o conexión, allá donde se da, genera la obligación de que el Derecho penal relacionado o conectado tenga que ser respetuoso con los DFUE, y de qué modo ese respeto a los derechos o la vinculación a los mismos está desarrollando una eficacia federalizante, en este caso, en el ámbito penal, en los Estados miembros.

III. LA CAPACIDAD DE VINCULACIÓN NEGATIVA DE LOS DFUE EN EL ÁMBITO PENAL Y SUS IMPLICACIONES FEDERALIZANTES

III.1. La capacidad de vinculación negativa de los DFUE

La primera y más visible característica que presentan los DFUE es la de estar

¹⁴ La Sentencia *COMISIÓN c. GRECIA* (C-68/88, de 21 de septiembre de 1989), más conocida como asunto «*MAÍZ GRIEGO*» (con la que se da un reconocimiento jurídico penal de los bienes comunitarios, o si se quiere un reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas de los Estados –«integración positiva»– respecto de los mismos en el ámbito penal), establece que cuando el Derecho comunitario no prevea sanciones específicas para el caso de su infracción, o cuando en este aspecto haga remisión a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, los Estados pueden estar obligados (en virtud del deber general establecido en el citado artículo 10 TCE) a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la plena eficacia del Derecho comunitario. Unas medidas que deberán cumplir dos requisitos: (b.1) que las infracciones sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a como se hace con las contravenciones de derecho interno de índole e importancia similares (principio de asimilación o equivalencia); y (b.2) que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción (apdos. 23 y 24). Posteriormente la sentencia *NUNES y DE MATOS*, especificará que el mismo razonamiento es válido incluso en el caso de que el Derecho comunitario incorpore sanciones, en cuyo caso los Estados asumirían un papel complementario orientado a reforzar el cumplimiento de las normas comunitarias (C-186/98, de 8 de julio de 1999, apdo. 12).

dotados de una capacidad para funcionar como límites o barreras de la actuación del poder público, tanto de las instituciones y organismos comunitarios como de cualquier poder público estatal que esté operando en el ámbito de actuación de las competencias atribuidas. Ello significa que los particulares pueden invocarlos y oponerlos jurisdiccionalmente frente a las actuaciones de las instancias de poder que los contradigan. Esta capacidad viene a delimitar así una esfera de actuación negada o vedada al poder público.

En efecto, el TJCE viene reiterando en numerosas ocasiones que los principios generales pueden invocarse frente a la actuación de las instituciones comunitarias¹⁵, pero también frente al Estado. Y en este sentido ha declarado que determinadas actuaciones del poder público estatal están prohibidas por el Derecho comunitario por ser incompatibles, por ejemplo, con el principio de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica¹⁶, con los derechos fundamentales como principios generales¹⁷, con el princi-

¹⁵ Un ejemplo de alusión del TJCE a los principios generales como fuente de legalidad de la actuación comunitaria en STJCE *BRASSERIE DU PÊCHEUR Y FACTORTAME* («Factortame IV»), asuntos acumulados C-46 y 48/93, de 5 de marzo de 1996, apdos. 24-30. En relación al respeto de los derechos fundamentales (en cuanto principios generales del Derecho comunitario) como «un requisito para la legalidad de los actos comunitarios»: apartados 33 y 34 del ya mencionado Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996. En idéntico sentido, por ejemplo, SSTJCE: *X v. COMISION*, C-404/92, de 5 de octubre de 1994, apdos. 17-25; *GRANT*, C-249/96, de 17 de febrero de 1998, apdo. 45; o el asunto *KADI* (asuntos acumulados C-402/05 P y 415/05 P, de 3 de septiembre de 2008, apdo. 284), sentencia en la que, además, el TJCE ha reconocido el carácter de «principio constitucional del Tratado CE» al hecho de que «todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, y que el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado» (apdo. 285).

¹⁶ «Los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Por esta razón, deben ser respetados por las instituciones comunitarias y también por los Estados miembros en el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas» (STJCE *ELMEKA NE*, de 14 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-181 a 183/04, apdo. 31; en sentido similar, las SSTJCE: *STICHTING «GOED WONEN»*, de 26 de abril de 2005, C-376/02, apdo. 32; *MARKS & SPENCER PLC*, de 11 de julio de 2002, C-62/00; *BELGOCODEX*, de 3 de diciembre de 1998, C-381/97, apdo. 26).

¹⁷ Véanse, por ejemplo, las sentencias: *JOHNSTON*, de 15 de mayo de 1986, 222/84 (control jurisdiccional efectivo en el contexto del «requisito profesional» como justificación para una diferencia de trato entre hombres y mujeres); *WACHAUF*, C-5/88, de 13 de julio de 1989 (derecho a la propiedad en el contexto de la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos); o *CARPENTER*, C-60/00, de 11 de julio de 2002 (derecho al respeto de la vida familiar en el contexto de una restricción potencial a la libre prestación de servicios). Para un estudio comparado de los Derechos Fundamentales económicos (reconocidos por el Derecho comunitario vs. USA a nivel federal) como límites a la actividad de los Estados (miembros de la Unión / federados) véase: T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

pio general de igualdad de trato¹⁸, o con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad¹⁹, etc.

Cabe señalar que el mencionado carácter de «límite o barrera» que presentan los DFUE como principios generales (y también, obviamente, aquellos derechos reconocidos en los Tratados) sería también predicable de los derechos reconocidos en la Carta de DFUE, si ésta hubiera entrado ya en vigor²⁰. Recuérdese, en este sentido el artículo 51.1 de la misma, estableciendo que: «las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión». Conviene tener presente, por lo demás, que la eficacia vertical de la Carta, la cual puede concretarse en breve de entrar en vigor el Tratado de Lisboa y su reforma del artículo 6.1 del TUE reconociendo a la misma «el mismo valor jurídico que los Tratados», se extendería tanto sobre el ámbito comunitario como sobre lo que hoy denominamos tercer pilar, dada la «comunitarización» (tanto a nivel de toma de decisiones como de competencia jurisdiccional del TJCE) del mismo prevista en dicha reforma de Lisboa²¹.

¹⁸ Sentencia *RODRÍGUEZ CABALLERO*, C-442/00, de 12 de diciembre de 2002, apdos. 30-32. Otros casos de control de la compatibilidad con el principio general de igualdad de disposiciones nacionales adoptadas al ejecutar un acto comunitario, en concreto, reglamentos, pueden verse en las sentencias: *KLENSCH y otros*, asuntos acumulados 201/85 y 202/85, de 25 de noviembre de 1986, apdos. 9-10; *GRAFF*, C-351/92, de 14 de julio de 1994, apdos. 15-17; y *EARL DE KERLAST*, C-15/95, de 17 de abril de 1997, apdos. 35-40.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, las sentencias: *GRAVIER*, C-293/83, de 13 de febrero de 1985 (acceso a la formación profesional); *BLAIZOT*, C-24/86, de 2 de febrero de 1988 (acceso a la educación universitaria); *COMISIÓN c. BÉLGICA*, C-42/87, de 27 de septiembre de 1988 (asignación por escolaridad); *PHIL COLLINS*, C-92/92 y C-326/92, de 20 de octubre de 1993 (derechos de propiedad intelectual); o *DATA DELECTA Y FORSBERG*, C-43/95, de 26 de septiembre de 1996 (procedimiento judicial).

²⁰ Sobre los efectos jurídicos que la misma está ya generando, aun careciendo de fuerza jurídica vinculante: R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006, pp. 50 y ss. y 461 y ss.; véase también las Conclusiones de la Abogado General Verica Trstenjak, presentadas el 3 de mayo de 2007, C-62/06, espec. apdo. 43. Sobre la Carta, igualmente, A. MANGAS MARTÍN (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

²¹ No obstante, el TJCE seguiría, como ahora, careciendo de competencia para controlar las disposiciones relativas a la PESC así como sobre los actos adoptados sobre la base de éstas (primer párrafo del art. 275 TFUE, leído desde la reforma de Lisboa), de forma que no habría manera de contrastar jurisdiccionalmente su conformidad con respecto a los DFUE, con la excepción (y esto sí es una novedad respecto a la situación vigente) de lo establecido en el segundo apartado de dicho artículo acerca de que, «no obstante, el Tribunal de Justicia será competente para [...] pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo

III.2. Algunas manifestaciones federalizantes de la eficacia vinculante negativa de los DFUE en el Derecho penal

Las principales implicaciones federalizantes de la eficacia vinculante negativa de los DFUE serían las siguientes:

(a) En primer lugar, la que deriva directamente del hecho de que los Estados miembros deban respetar esos derechos cuando actúen tutelando «penalmente» los intereses europeos (bajo sanción, en caso contrario, de que esa actuación sea ineficaz e inválida). En efecto, de ese modo los DFUE están actuando como límites que son comunes en todos los Estados miembros, límites que deben respetar (de forma común) los Códigos Penales de los Estados miembros cuando tutelan bienes e intereses jurídicos europeos²².

Hay que recordar que la primera y principal característica que presentan los DFUE es su capacidad para actuar como barreras de la actuación del poder público (los DFUE como fuente o parámetro de legalidad comunitaria²³). Tanto frente a la actuación de las instituciones europeas (la ya citada reciente STJCE *KADI* sería un buen ejemplo). Pero también frente a la actuación de los Estados, tal y como recuerda la reiterada sentencia *WACHAUF* y toda su prolífica progenie jurisprudencial. Y lo mismo puede decirse en relación con el tercer pilar, tras las ya referidas sentencias *ADVOCATEN VOOR DE WERELD*, respecto de la actuación de las instituciones, y *PUPINO* respecto de la estatal²⁴. Las actuaciones estatales dirigidas a cumplir con las medidas de armonización o aproximación de la legislación penal establecida en el tercer pilar o con la exigencia de implementar las medidas comunitarias que obligan a adoptar normas penales (jurisprudencia 176/03), deberán respetar derechos, como por ejemplo, el principio de proporcionalidad de las penas²⁵, el principio de

en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas».

²² Por ejemplo, cuando desarrollen la ya mencionada Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

²³ Cfr. STJCE *BRASSERIE DU PÊCHEUR Y FACTORTAME* («Factortame IV»), asuntos acumulados C-46 y 48/935, de marzo de 1996, apdos. 24-30. En relación al respeto de los derechos fundamentales (en cuanto principios generales del Derecho comunitario) como «un requisito para la legalidad de los actos comunitarios»: apartados 33 y 34 del ya mencionado Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996. En idéntico sentido, por ejemplo, SSTJCE: STJCE *X v. COMISION*, C-404/92, de 5 de octubre de 1994, apdos. 17-25; *GRANT*, C-249/96, de 17 de febrero de 1998, apdo. 45.

²⁴ Sobre todas estas sentencias *vid. supra* el inicio del epígrafe II.

²⁵ Según el TJCE (asunto *NTIONIK y PIKOULAS*, C-430/05, de 5 de julio de 2007, apdo. 53): «procede recordar que, en caso de no existir una armonización de la legislación comunitaria en el ámbito de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de los requisitos fijados por un régimen establecido mediante dicha legislación, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. No obstante, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad

legalidad e irretroactividad de la norma penal²⁶, etc.

La eficacia limitante de los DFUE desarrolla así una labor integradora o unificadora de los valores y principios al señalar esas barreras comunes infranqueables para toda actuación penal estatal en defensa de bienes europeos.

Otra cosa será que los efectos de la contravención de los DFUE (como de cualquier otro principio general o de cualquier norma primaria) puedan variar en función del infractor, debiendo distinguirse entre aquellos que derivan de una contravención institucional, cuya constatación corresponde al TJCE, y los que se deducen de una actuación estatal incompatible, a constatar por el Juez nacional que actúa como Juez comunitario²⁷. En el primer caso, el parámetro de comunitariedad actuaría como «parámetro de validez», y por tanto, la actuación normativa sería inválida. En el segundo, de otro modo, el parámetro de comunitariedad actuará, en principio, como «medida de aplicabilidad», es decir, la actuación normativa sería, cuando menos, ineficaz en el caso concreto²⁸, sin perjuicio de la obligación estatal de removerla (vía derogación/anulación) del ordenamiento jurídico interno²⁹.

(véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia, 68/88, Rec. p. 2965, apartado 23; de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia, C-210/91, Rec. p. I-6735, apartado 19, y de 26 de octubre de 1995, Siesse, C-36/94, Rec. p. I-3573, apartado 21)».

²⁶ Reconocido en SSTJCE como: *PRETORE DI SALÒ*, C-14/86, de 11 de junio de 1987; *KOLPINGHUIS NIJMEGEN*, C-80/86, de 8 de octubre de 1987; *ARCARO*, C-168/95, de 26 de septiembre de 1996; Procesos penales contra X, asuntos acumulados C-74/95 y 129/95, de 12 de diciembre de 1996; Proceso penal contra X, C-60/02, de 7 de enero de 2004; o el asunto *BERLUSCONI y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391-02 y C-403/02, de 3 de mayo de 2005.

²⁷ Como es sabido, el TJCE tiene establecido que ningún Juez nacional tiene el poder para realizar un juicio negativo de validez o de rechazo de las normas o actuaciones comunitarias, entre otras cosas porque las divergencias entre los jueces nacionales acerca de la validez de los actos comunitarios supondrían una amenaza para la seguridad jurídica (STJCE *FOTO-FROST*, C-314/85, de 22 de octubre de 1987, apdo. 15). Lo que deberán hacer en caso de duda sobre la contracomunitariedad de una actuación es plantear la cuestión prejudicial de validez (art. 234 TCE). Sobre todo ello, entre otros: R. ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 217 y ss.; D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 80 y ss.).

²⁸ La primacía del Derecho comunitario exige que se excluya la aplicación de cualquier norma o disposición nacional que sea contraria a una norma comunitaria, tanto si es anterior como si es posterior a ésta (Cfr., por ejemplo: SSTJCE: *CIF*, C-198/01, de 9 de septiembre de 2003, apdo. 48; *MANFREDY Y OTROS*, asuntos acumulados C-295 a 298/04, de 13 de julio de 2006, apdo. 39).

²⁹ En efecto, el principio comunitario de seguridad jurídica impone a los Estados miembros la obligación de remover la actuación normativa interna incompatible con el comunitario (además de generar la exclusión de su aplicación), pues lo contrario implicaría generar, para los sujetos de Derecho afectados, una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a las posibilidades que se les reconocen para ampararse en el Derecho comunitario (Cfr. SSTJCE: *COMISIÓN c. LUXEMBURGO*, C-151/94, de 26 de octubre de

(b) El segundo rasgo federalizante se manifiesta en que existen supuestos, ya numerosos, en los que los DFUE limitan normas penales que no están dirigidas a tutelar bienes europeos. Ello puede y suele ocurrir cuando esa actuación penal estatal, pese a todo, entra en contacto y colisión con el Derecho europeo. Por ejemplo, cuando la normativa relativa a la indemnización por daños causados por delito, normativa de competencia estatal, choca con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, como ocurrió, con la legislación procesal penal francesa, en los asuntos *COWAN* o *J. WOOD*³⁰.

En fin, en todos estos casos (de influencia de los DFUE sobre esferas del Derecho penal estatal ajeno a la tutela de los bienes europeos) la eficacia federalizante negativa se concretaría, no solo en que establecen límites comunes, sino en la en su *vis* expansiva, en la capacidad de esos derechos para ser aplicada *ultra vires* (en el ámbito competencial retenido por los Estados).

1995; *COMISIÓN c. FRANCIA*, C-197/96, de 13 de marzo de 1997, apdos. 14-16; *COMISIÓN c. PAÍSES BAJOS*, C-144/99, de 10 de mayo de 2001, apdos. 17 a 22; o *COMISIÓN c. ESPAÑA*, C-205/04, de 23 de febrero de 2006, apdo. 18). Sobre las cuestiones relativas a la forma de remoción de la norma incompatible R. ALONSO GARCÍA, «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional», en M. CARTABIA, B. DE WITTE y P. PÉREZ TREMPES (dirs.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 643 y ss.; *vid.* también el ya mencionado Informe del Consejo de Estado, de 14 de febrero de 2008, cap. V de la Primera parte, espec. punto 2; pp. 174 y ss., de la edición ya señalada].

³⁰ El TJCE tiene establecido de forma reiterada la obligación de los Estados miembros de respetar el Derecho comunitario y, en particular, las disposiciones relativas a las libertades de circulación, incluso cuando ejercen sus competencias reservadas, una jurisprudencia ésta que resulta de aplicación, por ejemplo, en materia de fiscalidad directa (sentencia *CADBURY SCHWEPPE Y CADBURY SCHWEPPE OVERSEAS*, C-196/04, de 12 de septiembre de 2006, apdo. 40), de seguridad pública (sentencia *KREIL*, C-285/98, de 11 de enero de 2000, apdos. 15 y 16), seguridad social (*VAN POMMEREN-BOURGONDIËN*, C-227/03, de 7 de julio de 2005, apdo. 39) o, que es lo que aquí interesa, en materia de Derecho penal y Derecho procesal penal. Véanse como ejemplo de esta eficacia limitante sobre la competencia nacional en materia procesal penal: el asunto *COWAN*, C-186/87, de 2 de febrero de 1989, apdo. 19; *BICKEL Y FRANZ*, C-274/96, de 24 de noviembre de 1998, apdo. 17; o el caso (similar al arriba citado asunto *Cowan*) *JAMES WOOD*, C-164/07, de 5 de junio de 2008, un asunto en el que el TJCE declara que «el Derecho comunitario [en concreto el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el artículo 12 TCE] se opone a la normativa de un Estado miembro [en concreto el Código de Procedimiento Penal francés] que niega a los nacionales de los demás Estados miembros que residen y trabajan en su territorio la posibilidad de obtener una indemnización de los daños causados a una persona por un delito que no ha sido cometido en el territorio de dicho Estado únicamente por razón de su nacionalidad». Recuérdese, también, el asunto *BORDESSA y otros* (asuntos acumulados C-358/93 y 416/93, de 23 d febrero de 1995), el cual vino a suponer la inaplicación y remoción de la norma penal que tipificaba el hecho de exportar monedas, billetes de banco y cheques sin autorización previa, debido a que ello era incompatible con la normativa comunitaria destinada a completar la liberalización de los movimientos de capitales; o los asuntos *GAMBELLI*, C-243/01, de 6 de noviembre de 2003, y *PLACANICA*, asuntos acumulados 338, 359 y 360/04, de 6 de marzo de 2007.

En suma, los DFUE como mecanismo que dilata o extiende el ámbito de actuación de la UE.

(c) Y en tercer lugar, hay que señalar que la capacidad vinculante limitante no actúa y se manifiesta sólo sobre el poder legislativo, sino que se extiende también sobre el Juez nacional que actúa como Juez de aplicación del Derecho europeo³¹. Esta capacidad se concretaría, expresándolo ahora de forma escueta, al menos en los siguientes en dos hechos:

En primer lugar, y como ya se ha señalado con anterioridad, en que esos derechos son o forman parte del parámetro normativo que debe utilizar el órgano jurisdiccional competente a la hora controlar la «legalidad» (adecuación al Derecho de la Unión) de la normativa penal que se debe aplicar: el TJCE, cuando del control de la actuación normativa institucional de carácter penal de la Unión se trate (una especie «control de constitucionalidad europeo» de la actuación penal del legislador de la Unión, ahora también en atención a los DFUE); o el Juez penal nacional, cuando de lo que se trata es de llevar a cabo el control difuso de la «legalidad» de la legislación penal nacional que él debe aplicar y que, de una u otra forma, entra en el radio de acción del Derecho de la Unión (primer y tercer pilar)³². Conviene tener presente, en cualquier caso, que una sanción, penal o de otra índole, impuesta en virtud de un acto legislativo interno contrario al Derecho comunitario (y, en este sentido, también a los principios generales) resultaría, a su vez, y por lo mismo, incompatible con el Derecho comunitario³³.

Y en segundo lugar, esa eficacia aparece también cuando el Juez penal competente deba resolver el caso concreto, esto es, al interpretar y aplicar la normativa penal que de una u otra forma aparece conectada al Derecho de la Unión. Cabe, por ejemplo, recordar en esta línea que aquel Juez nacional competente en el orden penal que se vea obligado a llevar a cabo una interpretación del Derecho penal nacional «conforme» (*consistent interpretation*) a las directivas o decisiones marco correspondientes, estará también vinculado o limitado en su labor por la obligación de respetar los DFUE como principios generales del Derecho de la UE³⁴; así, por ejemplo, por el princi-

³¹ E incluso sobre la Administración, como se deduce de la STJCE *FRATELLI COSTANZO* (C-103/88, de 22 de junio de 1989).

³² Así, el Tribunal tiene establecido que las sanciones penales por infracción de normas nacionales de aplicación del Derecho comunitario serían contrarias al mismo si su carácter desproporcionado –en relación a la gravedad de la infracción– constituyera un obstáculo a las libertades de circulación (recuerda la STJCE *SKAVANI Y CHRYSSANTHAKOPOULOS*, C-193/94, de 29 de febrero de 1996, apdo. 36), correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional apreciar si las sanciones previstas por la legislación nacional aplicable son proporcionadas (STJC *NTIONIK Y PIKOULAS*, *cit.*, apdo. 54).

³³ Cfr. SSTJCE: *RIVOIRA y otros*, C-179/78, de 28 de marzo de 1979, apdo. 14; *TYMEN*, C-269/80, de 16 de diciembre de 1981, apdos. 16 y 17; o *RADIOSISTEMI*, de 20 de junio de 2002, asuntos acumulados, C-388/00 y 429/00, apdos. 78 y 79.

³⁴ Véanse, por ejemplo, la STJCE *PUPINO*, para el caso de las decisiones marco (sentencia *supra* citada, apdos. 43 y 44) o *IMPACT*, para el caso de las directivas (*cit.*, apdo. 100).

pio de interpretación restrictiva o prohibición analógica del derecho penal, o por de irretroactividad de la norma penal³⁵, etc. Es interesante recordar, en este sentido, aquella jurisprudencia del TJCE que señala que «una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones»³⁶ (no obstante, convine tener presente que el TJCE reconoce que el Juez nacional, al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario, debe respetar el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve³⁷). El principio *ne bis in idem* es otro ejemplo de DFUE que debe garantizar el órgano jurisdiccional competente al aplicar normativa penal conexas al Derecho de la UE³⁸, etc.

En fin, la capacidad vinculante de los DFUE sobre el Juez de aplicación del Derecho comunitario y del tercer pilar no deriva solo de que dicho juez nacional sea el encargado de utilizar esos DFUE como parámetro de legalidad frente a la actuación estatal (en este caso penal). Se trata, además, de que el propio Juez está, también, «él» mismo, obligado a actuar atendiendo a esa eficacia vinculante al desarrollar su rol de Juez europeo, por ejemplo, cuando cumple con el principio de interpretación conforme³⁹. Dicho de otra manera, y si se me permite el juego de palabras, no se trata solo de que el Juez nacional está obligado a garantizar el efecto federalizador de los DFUE, se trata también de que esos derechos federalizan la actividad jurisdiccional.

III.3. Las perspectivas de futuro

La programada reforma de Lisboa no altera la existencia de esta capacidad de integración o federalización negativa que vienen a desempeñar los DFUE respecto a la actuación de los poderes públicos en material penal, si bien existen algunas novedades al respecto que conviene siquiera dejar apuntadas, novedades que siguen, en su mayor parte, la estela marcada por el Tratado Constitucional de 2004.

³⁵ Véanse, a este respecto, por ejemplo, las SSTJCE: la arriba citada *PUPINO*, apdo. 44; o *ADENELER y otros*, C-212/04, de 4 de julio de 2006, apdo. 110.

³⁶ *Vid* al respecto, por ejemplo, *KOLPINGHUIS NIJMEGEN*, *cit.*, apdo. 13; proceso penal contra X, C-60/02, de 7 de enero de 2004, apdo. 61 (y la jurisprudencia allí citada); *COMISIÓN c. ESPAÑA*, C-58/02, de 7 de enero de 2004; o el asunto *BERLUSCONI y otros*, *cit.*, apdos. 74 y 78; *KOFOED*, C-321/05, de 5 de julio de 2007; o el ya reiterado asunto *PUPINO*, en este caso en relación a las decisiones marco (apdo. 45).

³⁷ STJCE *BERLUSCONI y otros*, *supra cit.*, apdos. 68 y 69. Véase también al respecto el artículo 49.1 *in fine* de la Carta de Niza.

³⁸ El TJCE califica el *non bis in idem* como un «principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional» (STJCE *SGL CARBON/COMISIÓN*, C-308/04 P, de 29 de junio de 2006, apartado 26; o la STPI *HOECHST GMBH*, T-410/03, de 18 de junio de 2008, apdos. 598 y ss.).

³⁹ SSTJCE: *PUPINO*, para el caso de las decisiones marco (sentencia *supra citada*, apdos. 43 y 44) o *IMPACT*, para el caso de las directivas (*cit.*, apdo. 100).

En primer lugar, está el hecho de que dicha reforma reconoce eficacia jurídica vinculante a la Carta de DFUE (sin perjuicio de que sigan formando parte de los principios generales de la Unión)⁴⁰, lo cual redundará en una mayor efectividad y visibilidad de los DFUE⁴¹ y por tanto de su papel como límites del poder público europeo y estatal (en aplicación del Derecho europeo), esto es, de su capacidad de integración negativa.

En segundo lugar, hay que señalar, que, de forma similar a lo que preveía la fallida Constitución Europea, la reforma de Lisboa elimina la distinción entre pilares, lo que a su vez hace desaparecer la señalada polémica relativa al reparto competencial entre pilares en materia penal. Además, como la eliminación de la distinción entre el primer y el tercer pilar se produce mediante una, llamémosle, «comunitarización» del tercer pilar (tanto a nivel de creación normativa como de control jurisdiccional de lo creado en los ámbitos que le correspondían)⁴², desaparecen igualmente las disparidades que pueden generarse en el momento presente en cuanto a la «intensidad» de la capacidad o vinculatoriedad negativa que despliegan los DFUE (mucho mayor en el primer pilar, dada la mayor intensidad del control jurisdiccional sobre la actuación normativa existente en el mismo en comparación con la que se da en el tercero).

En tercer lugar, debe destacarse que el TFUE resultante de Lisboa confirma (en línea con lo establecido en los vigentes 29 y 31.1.e TUE) la competencia de la Unión para aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros (artículos 67.3 y primer pár. 82.1 TFUE), reconociendo su capacidad para establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en los ámbitos delictivos de que se trate (primer pár. del art. 83.1 TFUE). Ahora bien, conviene señalar que la reforma de Lisboa al identificar esos ámbitos delictivos amplía el actual elenco de los mismos bien señalando nominalmente algunos nuevos (segundo párrafo del artículo 83.1 TFUE⁴³), bien estableciendo el cauce para incluir otros (artículo 83.1, tercer pár.⁴⁴, y art. 83.2 TFUE)⁴⁵. De alguna manera, emerge

⁴⁰ Al respecto véase *supra* el punto II.1.

⁴¹ Aunque no tanta como la que proporcionaba la *non nata* Constitución Europea, ya que la reforma de Lisboa solo realiza una «incorporación (de la Carta) por remisión» (art. 6.1 TUE), no una completa incorporación de todo el texto de la misma como hacía aquella en la IIª de sus cuatro partes.

⁴² Sobre ello, por ejemplo: R. ALONSO GARCÍA, «Estudio preliminar» al *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Thomson/ Civitas, Madrid, 2008, pp. 21-100, espec. 47 y ss.

⁴³ «Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.» (en línea con el segundo párrafo artículo III-271.1 TCUE).

⁴⁴ «Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo».

⁴⁵ Al respecto, entre otros: A. BERNARDI, «All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale»: *Quaderni costituzionali*, XXXIX, 1, 2009, pp. 37 y ss.; del mismo autor: «Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del Diritto penale. Un sinte-

aquí una mayor «extensión» de la actuación penal de la Unión que está sometido a la eficacia limitante de los DFUE.

Finalmente, es importante no perder de vista que el artículo 6.3 TUE, según queda tras la reforma de Lisboa, establece el mandato de adhesión de la Unión al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁴⁶, lo cual tiene también su trascendencia en el tema que nos ocupa. Del mismo modo que los DFUE o los derechos reconocidos en las constituciones nacionales, también los derechos reconocidos en el CEDH generan una eficacia vertical sobre la actuación del poder público estatal (aunque sea de forma subsidiaria a la producida por los sistemas iusfundamentales nacional y europeo-comunitario), incluida la actuación del legislador penal⁴⁷. Y ello, aunque se trate del legislador estatal que actúa en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, esto es, sin que el carácter europeo-comunitario del acto estatal sea excusa para poder eludir la eficacia vertical o vinculación negativa del Convenio⁴⁸. Sin embargo, éste no vincula (al menos) «directamente» a la Unión, dado que no es parte contratante del mismo⁴⁹. Y es precisamente ésta una de las cosas que

tico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, pp. 1158 y ss.; I. LIROLA DELGADO, «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *Revista General de Derecho Europeo*, 16, 2008 (<http://www.iustel.com>); E. HERLIN-KARNELL, «The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice», *European Policy Analysis*, 3, 2008, pp. 1 y ss.; M. ACALE SÁNCHEZ, «Derecho penal y tratado de Lisboa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 30, 2008, pp. 349 y ss.; L. SIRACUSA, «Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, pp. 241 y ss., espec. 256 y ss.

⁴⁶ Cabe señalar que la segunda frase de dicho apartado recuerda que «esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Igualmente, no debe perderse de vista el *Protocolo* (nº 8) *sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH* (y la Declaración relativa a dicho apartado), en cuyo artículo 2 se establece que el acuerdo relativo a dicha adhesión «garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57.» Por cierto que, a diferencia de lo que establecía el Tratado Constitucional de 2004, el mecanismo de adhesión salido de Lisboa establece una exigencia añadida al prever que la decisión de celebración del acuerdo de adhesión no entrará en vigor «sino después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (art. 218.8 TFUE).

⁴⁷ *Cfr.* sobre el tema: E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Diritto Penale*, Giappichelli, Turin, 2006; F. VIGANÓ, «Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. 42 y ss.

⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, *STEDH MATTEHWS c. REINO UNIDO*, de 18 de febrero de 1999; o *BOSPHORUS AIRWAYS c. IRLANDA*, de 30 de junio de 2005.

⁴⁹ Por otra parte, sigue sin concretarse en una resolución estimatoria de condena la estrategia de dirigirse contra todos y cada uno de los Estados miembros (para salvar así

cambiaría de concretarse el mencionado mandato de adhesión, incluyendo, obviamente, lo que se refiere a la directa vinculación negativa o vertical de los derechos del Convenio sobre la actuación o participación de las instituciones europeas en la articulación de la tutela penal de los bienes jurídicos europeos⁵⁰. Procede recordar, por otra parte, que la Carta de DFUE, al reconocer que el Convenio vendría a marcar una especie de estándar mínimo en la protección de los derechos reconocidos⁵¹ estaría también señalando, al tiempo, el umbral de la eficacia limitante de los mismos.

IV. LA CAPACIDAD DE VINCULACIÓN POSITIVA DE LOS DFUE EN EL ÁMBITO PENAL Y SUS IMPLICACIONES FEDERALIZANTES

IV.1. La capacidad de vinculación positiva de los DFUE en el ámbito penal

En ocasiones, y como complemento de su capacidad de vinculación negativa, los DFUE, al igual que los DF reconocidos en otros sistemas constitucionales, pueden generarle también al poder público una serie de obligaciones dirigidas a hacer efectivo el disfrute de los mismos, obligaciones de promoción, de tutela, etc.⁵² Esta vinculación positiva que despliegan esos derechos, en la medida que genera en los Estados miembros unas actuaciones normativas comunes, estaría también ejerciendo una suerte de efecto integrador, en este caso de carácter activo. En lo que sigue, trataremos de señalar brevemente de qué modo se produce la aplicación de esta idea en el ámbito penal.

Existen determinados bienes jurídicos, como los reconocidos por algunas normas que atribuyen derechos fundamentales (v. gr.: vida, integridad física, intimidad, honor, etc.), cuya protección, dada la naturaleza del bien y en función de la gravedad de las agresiones de que pueden ser objeto, llega

el obstáculo de no poder dirigirse directamente contra la Unión), pese a las oportunidades que ha habido como asuntos como *SEGI* y *OTROS* (c. todos los Estados parte), de 23 de mayo de 2002; o *SENATOR LINES GmbH*, de 10 de marzo de 2004.

⁵⁰ Otra cosa será, obviamente, la cuestión de cómo articular la concreta «justiciabilidad» de los actos –estatales o comunitarios– contrarios al Convenio, no ya en lo que se refiere al propio cuadro institucional del Convenio, sino también en lo que respecta al del ordenamiento interno de cada Estado miembro. Sobre ello, entre otros: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999. A. QUERALT, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008; de la misma autora: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; S. RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

⁵¹ Véanse los arts. 53 y 52.3 de la Carta de los DFUE.

⁵² «Véase, sobre el tema, L. JAECKEL, «The duty to protect fundamental rights in the European Community», *E. L. Review*, 28, 2009, pp. 508 y ss.

a exigir la previsión de una sanción penal⁵³. Procede recordar en esta línea que, según tiene establecido el Tribunal de Estrasburgo, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) puede generar también en los Estados parte, además de las oportunas y corrientes obligaciones negativas o prohibiciones de violación, una serie de obligaciones positivas de tutela efectiva de los derechos reconocidos en el mismo⁵⁴, unas obligaciones que pueden llegar a extenderse hasta el punto de exigir una efectiva previsión y represión penal de ciertas lesiones de los mismos⁵⁵.

⁵³ Los derechos fundamentales no solo desarrollan una eficacia de protección vertical, esto es, frente a las actuaciones del poder público que los vulneren. Pueden también generarle a éste una obligación de proteger esos derechos o los bienes jurídicos relacionados a los mismos frente a los ataques y agresiones provenientes de terceros. En concreto, sobre la relación entre Constitución y Derecho penal, entre Derechos Fundamentales y Derecho penal, véase, entre otros: K. TIEDEMANN, «Constitución y Derecho penal» (*REDC*, 33 1991, pp. 145 y ss.), quien, sin perjuicio de recordar la idea de que «el orden de valores jurídico-constitucional y el orden legal jurídico-penal son espacios relativamente autónomos» (p. 148), aborda el tema de los mandatos constitucionales para legislar penalmente, y señala que «en lo que se refiere al ordenamiento penal de bienes jurídicos, desde el punto de vista constitucional, se puede proponer lo siguiente: un reducido ámbito de ese ordenamiento, en especial el de la protección de la vida y de la integridad corporal, así como de otros bienes jurídicos fundamentales, como la libertad ambulatoria y la propiedad, coinciden sustancialmente con valores constitucionales fundamentales. En este ámbito corresponde al Estado un deber de protección penal que deriva de los derechos fundamentales y del orden de valores que éstos materializan... (p. 167)». *Vid.* también: L. FELDENS, «Direitos fundamentais e deveres de proteção penal: a intervenção penal constitucionalmente obrigatória», *Iustel, Revista General de Derecho Constitucional* 6, 2008, pp. 1-67.

⁵⁴ El CEDH no sólo genera en los Estados obligaciones negativas o prohibiciones de no vulnerar directamente los derechos allí reconocidos; puede generarles igualmente, sobre la base de la obligación general de respeto de los derechos fundamentales ex art. 1 CEDH, obligaciones positivas de tutela de esos derechos, obligaciones de impedir la violación de los mismos por parte de terceros, ofreciendo una protección suficientemente efectiva. Véanse en esta línea, por ejemplo, los casos señalados en la próxima nota. Sobre el tema, entre otros: A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 178 y ss.; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention Européenne des Droits de l'Homme entre personnes privées, Droit et Justice*, 14, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 19 y ss.; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004; L. GARLICKI, «Relations between private actors and the ECHR», en A. SAJÓ y R. UITZ, *The Constitution in Private Relations: expanding constitutionalism*, Eleven Int. Publishing, Utrecht, 2005, pp. 129 y ss.; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party (A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions)*, Sellier/European Law Publishers, 2007, pp. 166 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* al respecto SSTEDH como: *X e Y c. PAÍSES BAJOS*, 26 de marzo de 1985 (donde se estima el recurso del padre una discapacitada psíquica de diecisiete años, víctima de abusos sexuales, que demandaba a Holanda porque la legislación vigente impedía, a la postre, perseguir al autor del acto. Ello era debido a que, por una parte, dicha legislación condicionaba la punibilidad de la mayor parte de los delitos sexuales a la existencia de una querrela de parte, previendo, por otra, que ésta solo podía ser presentada por los progenitores en tanto en cuanto la víctima no hubiera cumplido los dieciséis años. El TEDH condenó al Estado sobre la base de que la normativa en cuestión venía a causar una lesión del derecho a la vida privada de la chica ex art. 8 CEDH, al incumplir con la

Hace algún tiempo que el Derecho de la UE viene dando muestras inequívocas de que ciertos bienes jurídicos de la UE deben ser protegidos penalmente (incluidos, hay que entender, los relacionados con determinados DFUE) frente a determinadas graves lesiones de los mismos. Baste recordar la jurisprudencia del TJCE estableciendo el principio de asimilación de la tutela penal (véanse las ya citadas SSTJCE del *MAÍZ GRIEGO* y *NUNES DE MATOS*), o la que reconoce ciertas facultades penales del legislador comunitario, facultades instrumentalmente unidas a las competencias comunitarias en atención a lograr la efectividad del Derecho comunitario (SSTJCE 176/03⁵⁶ y 440/05⁵⁷); recuérdese igualmente el reconocimiento de competencias penales en el ámbito del vigente del tercer pilar (arts. 29 y 31.1.e); o el que se prevé al efecto en determinadas previsiones del («despilarizante») Tratado de reforma de los Tratados vigentes firmado en Lisboa (apdos. 1 y 2 del art. 83 TFUE). Dicho de otra forma, no es posible negar que determinados bienes jurídicos (europeos/europeizados) subyacentes o imbricados con el reconocimiento de algunos DFUE deban ser objeto de tutela penal frente a las graves lesiones de que pueden ser objeto. Se trataría de un deber derivado del propio reconocimiento de esos derechos, de su eficacia vinculante positiva.

Sentada la existencia de un deber o de obligaciones de tutela penal de los bienes jurídicos europeos, parece evidente que ésta debe articularse a través de la actuación del legislador, dadas las exigencias derivadas del principio de legalidad en materia penal. No obstante ello, y dado que en el ámbito de creación y aplicación del Derecho de la UE actúan dos legisladores, el europeo de la Unión (primer y tercer pilar) y el nacional de los Estados miembros, emerge aquí la cuestión acerca de cuál de ellos debe articular la tutela penal y, en particular, a los efectos de nuestro tema, cuál de ellos debe articular la correspondiente tutela penal de los DFUE. La respuesta, a este respecto, ha sido ya apuntada. Hemos visto que el Derecho de la UE

obligación de disponer una tutela penal adecuada); *A c. REINO UNIDO*, de 23 de septiembre de 1998 (condenando al Estado, a la postre, porque la normativa vigente no permitía sancionar actos lesivos de la integridad física, y por lo tanto, por violación de obligaciones positivas de tutela deducidas del mencionado art. 3 CEDH); *M. C. c. BULGARIA* (de 4 de diciembre de 2003); o *SILLIADIN c. FRANCIA*, de 26 de julio de 2005 (en el que se condena al Estado por la imprevisión de suficiente tutela penal del derecho –de una chica togolesa– a no ser sometido a esclavitud o a trabajos forzados del art. 4 del Convenio –por parte de terceros que le retiraron el pasaporte, limitando así su libertad de movimientos, y sometiéndola a turnos de trabajo y condiciones de vida inadmisibles–, sin que la oportuna denuncia pudiera terminar en condena de los imputados debido a la ausencia de una norma penal que previese la sanción de tales hechos). Sobre el tema, *in extenso*, A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*, *op. cit.*; E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Diritto Penale*, Giappichelli, Turin, 2006; F. VIGANÓ, «Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. pp. 61 y ss.; L. FELDENS, «Direitos fundamentais e deveres de proteção penal...», *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁵⁶ De 13 de septiembre de 2005.

⁵⁷ De 23 de octubre de 2007.

⁵⁸ Véase, igualmente, la STJCE *COMISIÓN c. ESPAÑA*, C-58/02, de 7 de enero de 2004.

establece la obligación de proteger penalmente determinados bienes jurídicos europeos y/o europeizados, y que puestos a ello, dispone igualmente que el legislador de la Unión puede y debe, en ocasiones, participar a través de diversas medidas en la articulación de esa tutela penal. Pero el hecho es que las competencias del legislador comunitario y del tercer pilar, que son competencias para la actuación en el ámbito penal, no llegan, sin embargo, dicho de forma simplificada, hasta el punto de determinar el tipo penal y el *quantum* de la pena. Todavía no existe un «Derecho europeo penal», en cuanto conjunto de disposiciones penales de origen europeo directamente aplicables en los Estados, si bien es cierto que ha emergido un notorio proceso de europeización del Derecho penal, un dinámico «Derecho penal europeo» formado por un conjunto de disposiciones penales estatales que, más o menos activadas o dirigidas por el Derecho europeo, están destinadas a la protección de algunos bienes jurídicos reconocidos por el mismo.

Existen diversas razones que explican esta falta de capacidad del legislador europeo para llegar a consumir o perfeccionar, sin la intermediación del legislador estatal, la tutela penal de los bienes jurídicos europeos (falta de atribución del poder para concretar el tipo y la pena; cuestiones de política criminal, de legitimidad democrática del poder punitivo, etc.). Y aunque no es este el momento para detenernos en su análisis, sí que procede resaltar, por lo que a nuestro objetivo temático se refiere, una de esas razones. Se trata de que la UE carece de una competencia *in genere* para regular en materia de Derechos Fundamentales. En efecto, el hecho es que, al margen de otras disquisiciones acerca de si la UE cumple o no con las exigencias de reserva de ley parlamentaria derivadas del principio de legalidad⁵⁹ (prin-

⁵⁹ Como es conocido, el principio de legalidad penal no sólo incluye la garantía (de orden material) consistente en la necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (*lex scripta, praevia et certa*), sino que exigirá, igualmente la garantía (ésta de orden formal) de que dicha predeterminación debe ser realizada mediante ley formal, esto es, mediante ley establecida por el Parlamento (*lex parlamentaria*), por el órgano investido de la legitimación democrática derivada de su carácter representativo (principio democrático). Pues bien, el hecho es que suelen surgir serias dudas acerca de hasta qué punto se ve satisfecha ésta exigencia de *lex parlamentaria* en el caso de la actuación penal de la Unión en el tercer pilar, ya que la categoría normativa utilizada al respecto, las decisiones marco, son adoptadas por el Consejo, por unanimidad. Menos recelo merecen al respecto, sin embargo, las «actuaciones legislativas» de la Comunidad Europea que, en la línea de la jurisprudencia marcada por la reiterada STJCE 176/03 (de 13 de septiembre de 2005), vayan a incidir en el ámbito penal, ya que dichas actuaciones comunitarias, al articularse a través del procedimiento de codecisión, se ven participadas (aunque no exclusivamente) por el Parlamento Europeo. Por lo demás, por lo que a las expectativas de futuro se refiere, es interesante constatar que el art. 251 del TCE, en su versión modificada por el Tratado de Lisboa (art. 294 TFUE), relativo al procedimiento legislativo ordinario de la Unión, establece la posibilidad de que el Parlamento Europeo pueda bloquear una iniciativa legislativa al respecto (en línea con la posibilidad de bloquear la Ley Marco que preveía el art. III-302 del Tratado Constitucional de 2004). Sobre el principio de legalidad en el ámbito de la UE, entre otros: G. MANNOZZI y F. CONSULICH, «La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici», en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, espec. pp. 909 y ss.; J. M. SILVA SANCHEZ, «Principio de legalidad

cepto reconocido también en el artículo 49 de la Carta de Niza⁶⁰), la UE carece de una competencia general para regular en materia de DF (sin perjuicio de facultades específicas para la regulación de algunos de ellos)⁶¹, siendo particularmente evidente dicha carencia respecto a la competencia para regular y limitar el DF a la libertad individual.

Dada la naturaleza de los bienes jurídicos a los que afecta la regulación de

y legislación penal europea: ¿una convergencia posible?», en L. ARROYO ZAPATERO y A. NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 69 y ss.; C. HONORATI, «La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario», en C. RUGA RIVA (ed.), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, pp. 131 y ss., espec. 171 y ss.; G. ORMAZABAL SANCHEZ, «Proceso penal con implicaciones extranjeras y principio de legalidad en el ámbito de la Unión Europea», en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, pp. 133 y ss.; A. BERNARDI, «All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale», *op. cit.*, pp. 37 y ss.

⁶⁰ Aunque aquí parece que sin imponer un concepto formal de ley. Según el art. 49.1 (en línea con lo establecido por el art. 7 del CEDH, respecto al que, por cierto, el TEDH maneja un concepto material de ley): «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta» (al respecto, por ejemplo, además del mencionado G. ORMAZABAL, véase J. M. SILVA SANCHEZ, «Principio de legalidad y legislación penal europea...», pp. 71 y ss.; M. D'AMICO, «L'introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta europea dei diritti: problema e prospettive», *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2003, 1, pp. 119 y ss.; de la misma autora: «La legalità penale europea», en *Rassegna Parlamentare*, 2004-I, pp. 919 y ss., espec. 926 y ss). Recuérdese, a su vez, que el artículo 52.1 de la misma Carta comienza estableciendo que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades (...)».

⁶¹ Es verdad que los Tratados constitutivos reconocen a las instituciones capacidades de actuación comunitaria en materias relativas a derechos fundamentales; pero se trata básica y específicamente de capacidades relativas a las libertades fundamentales, a la igualdad de trato (arts. 12, 13 y 14.3 TCE), a los derechos de ciudadanía (arts. 17 y ss. TCE) o a la capacidad regulativa dentro de la acción exterior comunitaria en la política de cooperación al desarrollo (art. 177 TCE). El Derecho comunitario y la UE no tienen una competencia normativa general para regular en materia de derechos fundamentales. Tal y como señaló el TJCE: «ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (apdo. 27 del Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 2006, sobre la Adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Por otra parte, es posible señalar la existencia de una *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, con sede en Viena [*Fundamental Rights Agency* o FRA, creada mediante Reglamento nº 168/2007, del Consejo, de 15 de febrero de 2007 (DO L 53/2, de 22 de febrero de 2007), que viene a suceder al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, creado en 1997, por el Reglamento nº 1035/97], un organismo de derecho público con personalidad jurídica propia, que ha sido creado para avanzar en la tarea de la protección y la promoción de los DF de la UE. No obstante ello, y sin ánimo de

los delitos y las penas, solo puede ser «legislador» penal el legislador de la libertad individual, el que puede regularla y concretar los límites de su ejercicio. Y la UE, esa Unión que está capacitada para imponer que los DFUE actúen como barreras de la actuación del poder público estatal (incluido el legislador penal), que lo está también para actuar normativamente en materia de libertades de mercado o en lo que se refiere a la igualdad de trato, carece sin embargo de una competencia para regular y limitar la libertad individual o para hacer lo propio con otros DFUE implicados en la regulación penal sustantiva y procesal⁶². En consecuencia, carece igualmente de

pretender escatimar ningún juicio positivo a dicha configuración institucional y a las funciones que se le encomiendan (consultivas, informadoras, etc.; véase el artículo 4 del Reglamento), puede ser interesante traer a colación que la propia regulación de la Agencia deja entrever con cierta claridad las limitaciones de la capacidad de la Unión para actuar de forma activa en materia de DFUE. Piénsese, por ejemplo, en el dato que dicha Agencia ha sido creada sobre la base jurídica de la cláusula de imprevisión del art. 308 TCE (confirmando así la ausencia de un precepto base que prevea en términos generales la competencia para actuar en materia de DF); o que el Reglamento que la articula le excluye expresamente la posibilidad de que pueda llevar a cabo un control jurisdiccional de la actividad institucional utilizando dichos derechos como parámetro de legalidad, etc.

⁶² La carencia, por parte de la Unión, de una competencia «general» en materia de regulación de Derechos Fundamentales, no solo afecta al ámbito del Derecho penal sustantivo o material (en la medida que no haya atribuciones competenciales para regular límites a la libertad), sino que también al Derecho procesal penal europeo, al menos en la medida que consista en una regulación en materia de derechos fundamentales (piénsese, por ejemplo, en las garantías procesales que deben preverse y concretarse en materia de registros domiciliarios, intervenciones corporales, detención, prisión provisional, etc.), a no ser que exista una habilitación competencial al respecto. No se trata sólo de que esas garantías deban también asumirse, necesariamente por *lex parlamentaria* (*cfr.* sobre ello, por ejemplo, G. ORMAZABAL, «Proceso penal con implicaciones...», *op. cit.*, p. 149). Se trata, además, de que deben adoptarse por el legislador competente en materia de regulación (y, en su caso, limitación) de los (correspondientes) DF. Dicho esto, hay que recordar, no obstante, que la UE ha recibido poderes (atribuciones) para adoptar Decisiones Marco en materia procesal penal (*vid.* art. 31 TUE), decisiones que inciden en la regulación de los mismos. Así, entre otras: la Decisión Marco sobre Orden de Detención y Entrega Europea (DM 2002/548/JAI, de 13 de junio de 2002); la relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DM 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001), la de ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de prueba (DM 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003); o la relativa a la aplicación del principio de mutuo reconocimiento de resoluciones de decomiso (DM 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006); recuérdese, igualmente, la Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea. Téngase en cuenta, también, que existen competencias atribuidas a la Comunidad para que regule (directivas o reglamentos) en materias que tienen una estrecha relación con aspectos relativos al proceso penal (véase, por ejemplo, la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, directiva cuya finalidad reside en garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro). Véase también, en la línea de lo que venimos señalando,

una competencia general para adoptar regulación penal directamente aplicable en los Estados⁶³. Ello no significa que no hay lugar para la misma; significa que solo será posible en la medida que haya atribuciones competenciales específicas al respecto por parte de los Estados; atribuciones, a la postre, para regular (tutelar y limitar) derechos fundamentales en determinadas situaciones. Entretanto, el legislador de la Unión puede participar en la articulación de la tutela penal de los bienes jurídicos europeos, entre ellos, de los relativos a los DFUE, pero esa tutela penal solo se perfecciona con la actuación del legislador estatal de los derechos fundamentales, es decir, con el legislador competente para limitar la libertad individual.

Ahora bien, ello no implica que los DFUE no desarrollen una capacidad vinculante positiva, una eficacia que exige tutelarlos penalmente frente a los graves ataques de que puedan ser objeto, pues la tienen. Implica que, al menos de momento, dicha capacidad se ve vehiculada y perfeccionada a través del legislador estatal (sea cumpliendo con el principio de armonización sea respetando el de asimilación o equivalencia en la tutela), aunque, eso sí, con una cada vez mayor participación del legislador europeo. De cualquier modo, lo cierto es que los DFUE están generando obligaciones normativas positivas en el legislador estatal, y en este sentido, están desarrollando un impulso federalizador en los ordenamientos estatales. Parece plausible pensar que este efecto federalizador de la tutela penal de los DFUE sería más intenso si pudiera ser autónoma y completamente asumido por el legislador europeo. No obstante ello, debe destacarse que la cuestión acerca de qué legislador (europeo o estatal) debe ser el encargado de concretar la tutela de los DFUE no condiciona la existencia de ese impulso integrador positivo de los DFUE, condiciona, en todo caso, la intensidad del impulso.

IV.2. Algunas manifestaciones federalizantes de la eficacia vinculante positiva de los DFUE en el Derecho penal

Mientras la Unión Europea no adquiera competencias para establecer dis-

el artículo 82 del TFUE (el vigente 31 del TUE tras la reforma de Lisboa, siguiendo la estela del art. III-270 del Tratado Constitucional). Para un análisis de la cuestión relativa a la progresiva creación de un Derecho procesal europeo, véanse (además de los trabajos que venimos citando al respecto), entre otros: I. BLASCO LOZANO, «Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en A. GALGO (Dir.), *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, 2003, pp. 257 y ss. F. GASCÓN INCHAUSTI, «En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 23, pp. 371 y ss.

⁶³ La doctrina niega, en su gran mayoría, esa eficacia directa, desde la idea de que se opone a ello el principio de reserva de ley (entendiendo que existen excepciones al respecto, por ejemplo a través del instituto de la interpretación conforme, U. GUERINI, en el libro por él editado, *Il diritto penale dell'Unione Europea*, Giappichelli ed., Torino, 2007, espec. pp. 127 y ss.). Cuestión diversa es que exista una tutela de los intereses y/o bienes jurídicos europeos confiada a las sanciones administrativas, como ocurre como las disciplinadas por el Reglamento n° 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, y que esa tutela –y/o el *acquis communitaire*– venga a contener una relevancia o influencia directa

posiciones penales directamente aplicables en los Estados miembros (Derecho Europeo penal), la protección penal de los bienes jurídicos europeos y, en su caso de los DFUE, deberá contar con la necesaria participación del legislador estatal (Derecho penal Europeo). Pero, como se ha dicho, aunque la UE (*rectius*, los Estados en tanto que *Herren der Verträge* o «Señores de los Tratados») siga sin optar por aquella opción (tampoco lo hace, como se ha visto, la reforma de Lisboa), la propia existencia de una tutela estatal destinada a la protección penal de los bienes y derechos europeos, tutela europeamente obligatoria, presupone ya, en sí mismo, una actuación federalizante sobre el Derecho interno. Se trata de un efecto federalizador que surge al generar o articular en el mismo un determinado mínimo común denominador normativo a efectos de tutela de los DFUE en el orden penal (no solo al regular los delitos y las penas, también en lo concerniente a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, al prever la responsabilidad civil *ex delicto*, al articular la tutela jurisdiccional y procesal, etc.).

Este efecto integrador acontece, al menos, de dos formas distintas: por una parte, por el juego del principio de asimilación o equivalencia; y por otra, en virtud de la capacidad de aproximar o armonizar la normativa penal estatal. En efecto, ocurre en primer lugar a través del juego de ese ya descrito principio de asimilación o equivalencia, el cual, dicho ahora de forma simple, funciona obligando al Estado a proteger, en este caso mediante regulación penal (sustantiva y procesal), los bienes jurídicos europeos de modo semejante o equivalente a la tutela proporcionada a los nacionales. Y de hacerlo, en todo caso, de forma efectiva y eficaz.

Es posible pensar, en este sentido, que la protección penal de los DFUE, especialmente la que se refiere a los DF «clásicos» (vida, integridad física, inviolabilidad de domicilio, etc.), es una protección que actúa y se consume a través del principio de asimilación. En otras palabras, habrá que entender que la protección penal de los DF reconocidos por la Constitución (o de los bienes jurídicos subyacentes a los mismos) sirve, al tiempo, como regulación que protege igualmente a los correspondientes DF reconocidos por la UE (sin que haya necesidad de regular unos tipos y sanciones penales que protejan los DF nacionales y otros que protejan los DFUE). Recordemos que, allá donde se trata de aplicar el Derecho que deriva del ejercicio de las competencias retenidas por los Estados, solo rigen los DF constitucionales. Pero, de otro modo, dentro del ámbito de actuación y aplicación del Derecho de la UE (primer y, de forma más débil, tercer pilar) rige, en cambio, de forma primaria (aunque no exclusiva), el reconocimiento y la tutela (incluso penal) de los DFUE. Y es aquí donde cabe colegir que la regulación tuitiva penal de los DF constitucionales frente a los graves ataques de que puedan ser objeto debe servir, también, al tiempo, para tutelar de forma equivalente los DFUE. Dicho en otras palabras, la desprotección

incluso en el Derecho penal interno (p.e. en materia de causas de justificación, de culpabilidad, de responsabilidad, etc.).

civil o penal (o la no equivalente o no efectiva protección) de un determinado DF, como por ejemplo, pongamos por caso, la que podría producirse al despenalizarse el allanamiento de morada, no solo sería inconstitucional, sino que, tratándose del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, y por tanto de los DFUE, sería en primer lugar, contrario a la UE, generando un evidente incumplimiento estatal (que puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad extracontractual estatal).

Y en segundo lugar, el efecto federalizador de la tutela penal de los DFUE puede verse también vehiculado a través de la capacidad de armonización penal de la Unión, tanto en el tercer pilar como en el primero (en este último caso, en el sentido establecido por la jurisprudencia sentada en los ya reiterados asuntos 176/03⁶⁴ y 440/05⁶⁵), al menos en toda la medida en que la normativa de aproximación europea dirigida a tutelar bienes europeos y/o aquellos derechos module o condicione la normativa penal estatal que la implemente.

IV.3. Las perspectivas de futuro

Tal y como hemos visto los DFUE despliegan una eficacia jurídica federalizante que se manifiesta al vincular de forma negativa y positiva el poder público de los Estados miembros. Mientras la vinculación negativa despliega sus efectos forjando un común límite o barrera de la legitimidad de la actividad estatal, la de carácter positivo hace lo propio exigiendo y generando actuaciones normativas para su efectivo disfrute y tutela. En cualquier caso, hemos podido observar que, dada la falta de competencia general de la Unión para regular en materia de DF (ésta tiene competencias normativas en materia de igualdad, libertades fundamentales del mercado y derechos de ciudadanía, esto es, en los derechos expresamente reconocidos por los Tratados, pero no en aquellos otros derechos fundamentales que operan como principios generales o que aparecen reconocidos –«solo»⁶⁶– en la Carta de Niza), esa capacidad vinculante proyecta sus efectos sobre la actuación del legislador estatal (aunque lo haga también, en su caso, a través de la intermediación del legislador europeo). Los Estados miembros tienen comunes obligaciones positivas respecto a la tutela de los DFUE (capacidad vinculante o integradora positiva de los DFUE).

Llegados aquí, es posible afirmar que, al igual que sucedía con la vinculatividad negativa, la reforma de Lisboa tampoco altera las líneas básicas de la capacidad vinculante positiva de los DFUE en el ámbito penal, pero sí genera ciertos cambios que merece la pena apuntar, al menos los dos siguientes. En primer lugar, dicha reforma configura una mayor y más intensa europeización del Derecho penal de los Estados miembros. Una mayor eu-

⁶⁴ De 13 de septiembre de 2005.

⁶⁵ De 23 de octubre de 2007.

⁶⁶ Recuérdese que según el artículo 52.2: «Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.».

ropeización debida a que se ensanchan los ámbitos sujetos a la armonización europea; y una más intensa por cuanto dicha reforma viene a disponer la comunitarización del proceso de decisión normativa y de control jurisdiccional del vigente tercer pilar. Y en segundo lugar, es posible constatar igualmente un mayor reconocimiento de la capacidad vinculante positiva de los DFUE debido a que la Carta, sin perjuicio de la vigencia de los DF como principios generales de la Unión, pasaría a adquirir eficacia jurídica vinculante (apartados 1 y 3 del artículo 6 del TUE según Lisboa). Un hecho, éste, que puede venir, entre otras cosas, a reforzar la natural inclinación de los derechos fundamentales a constituir «principios de acción» del poder público⁶⁷. Por otra parte, no cabe olvidar tampoco que, teniendo en cuenta la demostrada y ya apuntada sensibilidad del TEDH a reconocer también obligaciones positivas de naturaleza penal a cargo de los Estados, el cumplimiento del mandato de adhesión de la Unión al CEDH y sus Protocolos (art. 6.2 del TUE reformado en Lisboa) pueda también tener aquí su influencia⁶⁸ (no ya, como hasta ahora, en relación a los Estados sino también) sobre la actuación de la Unión, especialmente si se considera que el Convenio viene a marcar una especie de estándar mínimo de protección de los DF⁶⁹.

Debe señalarse, en cualquier caso, que la entrada en vigor de Lisboa lleva consigo también el dar vigencia a la obsesivamente reiterada previsión de que la adquisición de eficacia jurídica vinculante por parte de la Carta ni va acompañada ni implica cambio alguno respecto al vigente régimen competencial de la Unión (pár. seg. del mencionado art. 6.1 TUE⁷⁰ o art. 51.2 de la Carta de Niza⁷¹)⁷², y por tanto, tampoco sobre la presente falta de compe-

⁶⁷ Esta caracterización de los derechos fundamentales como límites y como principios de acción aparece, por ejemplo, en el artículo 51.1 de la Carta al afirmarse que sus destinatarios «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias».

⁶⁸ Siempre sin perder de vista el ya mencionado *Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.*

⁶⁹ Véanse los artículos 53 y 52.3 de la Carta (*supra* III.3).

⁷⁰ «Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados».

⁷¹ «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.»

⁷² En el mismo sentido la primera frase del quinto párrafo del Preámbulo de la propia Carta; o la primera Declaración aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, la relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véanse, igualmente, las Explicaciones de la Carta (*vid.* versión 2007/C 303/02: DOCE 14 de diciembre de 2007) relativas al segundo párrafo de su apartado 51 [llamando la atención, desde un inicio, sobre esta obsesión de la Carta por despejar todo de tipo de dudas respecto a que la misma no supone alteración del reparto de competencias entre la Unión y los Estados: A. SAIZ ARNAIZ, «Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado», en E. ALBERTÍ (Dir.) y E. ROIG (Coord.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Tirant lo Blanch / Fundación Carles Pi i Sunyer, Valencia, 2004, p. 344]. En todo caso, lo que sí traerá cambios es el Protocolo (nº 30) sobre la aplicación de la

tencia de la Unión para regular sobre los DF («solo») reconocidos en la Carta.

Es interesante observar, en este sentido, cómo ha evolucionado el papel de los DF en el proceso de integración europea. Inicialmente, allá por los años sesenta del siglo pasado, cuando estaba en juego el asentamiento de los principios de efecto directo y de primacía del Derecho comunitario, el respeto de esos derechos fue entendido como una condición o requisito necesario para que el proceso de integración comunitaria pudiera ir desarrollándose. De otro modo, hoy día, la mencionada obsesión viene a señalar que lo que debe limitarse es, precisamente, la eficacia que pueden llegar a desplegar, en el proceso de construcción europea, los DF reconocidos por la Carta. Dicho de otra forma, el proceso de integración debe hacerse respetando los derechos fundamentales, pero la eficacia que esos derechos pueden llegar a desplegar respecto del mencionado proceso debe, a su vez, ser una eficacia limitada. Antes no había posibilidad de integración sin una pareja tutela los derechos. Parece que las (algunas) previsiones de la Carta pretenden, sin embargo, una tutela de los derechos desconectada de la cabeza del proceso de integración. Si hubo un momento en el que prácticamente se llegó a negar la idea de una integración sin derechos, ahora parece que se quiere frenar la idea de una integración a través de los derechos. Otra cosa es, naturalmente, que esta previsión limitante llegue a tener éxito, alterando el vigente papel integrador que están jugando los DFUE y su inercia.

Suele decirse, en ocasiones, que el Código Penal/el Derecho Penal funciona como la «Constitución negativa» del ordenamiento jurídico. Una Constitución negativa que, al menos hasta hace bien poco, ha ido indisociable y monopolísticamente asociada a la soberanía de los Estados. Pues bien, esta pequeña reflexión ha pretendido destacar dos cuestiones, entiendo que de gran calado constitucional, al respecto. En primer lugar, que los DFUE influyen en el contenido de esa «Constitución negativa», europeizándolo de forma clara, y dejando claro que están penetrando hasta los aposentos más íntimos de la soberanía estatal. Y en segundo lugar, que esos derechos están actuando también como fundamento del proceso de construcción de un «Derecho Penal Europeo», esto es, de una «Constitución negativa europea», utilizando o involucrando para ello al legislador estatal. Aquella influencia y esta vinculación serían, por expresarlo ahora de una forma muy resumida, una muestra de la eficacia «federalizante» a la que aludíamos en el título del presente trabajo.

Carta de los DFUE a Polonia y el Reino Unido, el cual recoge una especie de fórmula de autoexclusión (*opting-out*) para limitar la aplicación de la Carta en dichos países, «en particular» –como señala el art. 2 de dicho Protocolo– de lo referido al título IV de la Carta (referido a los derechos de «Solidaridad»).