



Los modelos de unificación del Derecho Penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del "Corpus Iuris"

Fermín Morales Prats

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Autónoma de Barcelona*

I. Los modelos primitivos o primarios de unificación

El proceso de unificación Europea ostenta ya un sólido reflejo institucional y jurídico; en este contexto, el Derecho comunitario ha venido proyectando en los últimos tiempos efectos y consecuencias claramente perceptibles en el Derecho Penal de los Estados miembros de la Unión Europea, ámbito jurídico que, como es sabido, hasta la fecha ha constituido una esfera poco permeable en manos de la soberanía interna de cada Estado.

No obstante, y con carácter previo a la formulación de propuestas unificadoras, como la representada por el "Corpus Iuris", y aún a la consecución de tratados internacionales de ámbito Europeo de contenido estrictamente jurídico-penal (como por ejemplo el Convenio internacional para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995), el Derecho Comunitario ha venido ejerciendo ya efectos jurídicos de notoriedad en los sistemas legales punitivos de los Estados de la Unión Europea. Se trata de una primera vía o mecanismo, que, de un modo u otro, supone un modelo de unificación del Derecho Penal, que podríamos denominar *primario* y *primitivo*, y que responde a una fase embrionaria del proceso. Por otro lado, esta primera vía de unificación responde a una suerte de tensión dialéctica entre el Derecho Penal, dominado por el *imperium* de cada Estado, y otros sectores del ordenamiento jurídico respecto de los cuales no han existido condicionantes políticos o institucionales para su unificación a nivel Europeo. Evidentemente, esta primera vía o modelo de unificación se traduce en la simple sumisión de los ordenamientos penales estatales a lo que se consigna en las Directivas propias del Derecho Comunitario. Y se trata de una subordinación que, a veces, no está explicitada y delimitada para el campo del Derecho Penal en el propio Derecho Comunitario, de modo que las consecuencias jurídicas deben obtenerse muchas veces por vía interpretativa

—no exenta de incertidumbres— y a través del desarrollo de la jurisprudencia de los Tribunales.

Un ejemplo claro de esta primera vía o modelo de unificación viene dado a nuestro país en el sector de los delitos monetarios y, principalmente, con respecto a los delitos relativos a la evasión de capitales. Como es sabido, la tipificación del delito monetario en España en el artículo 6 A) de la L.O. 10/1983 se centra en la contravención del sistema legal de control de cambios y, más concretamente, en la verificación de determinados actos (principalmente exportación o importación de moneda o cantidades dinerarias), sin haber obtenido la previa autorización gubernativa para tales menesteres. La adhesión de España a la Comunidad Europea determinó la exigencia de acomodar esta normativa sobre el control de cambios a la directiva del consejo 88/361CEE del 24 de junio de 1988, adoptada en aplicación y desarrollo de lo dispuesto en el artículo 67 del tratado de Roma. Como también es sabido por todos, la normativa Comunitaria se encamina a la supresión de restricciones y barreras a los movimientos de capital de las personas residentes en los Estados de la Comunidad Europea. En consonancia con esta exigencia en España, el R.D. 1816/1991 determinó la derogación de las facultades de control que se conferían al gobierno español de las transacciones dinerarias de carácter nacional. No obstante, pese a que se partiera del principio de libertad en tal sector de actividad el R.D. de 1991 seguía sometiendo a limitaciones las operaciones a cuantías superiores al millón de pesetas, y en particular a la exigencia de una declaración previa ante las autoridades gubernativas. Mayor era el control sobre la llevanza física dineraria al extranjero, en cuantía superior a cinco millones, supuesto en el que se preveía la previa autorización administrativa. Sin que pueda llegar a alcanzarse un entendimiento sobre porqué los traslados físicos de dinero quedaban sometidos a tal régimen de limitaciones, en tanto que las transferencias por vía bancaria se rigen por el principio de libertad (sólo

matizada por la necesidad de que las operaciones se efectúen a través de una entidad de depósito inscrita en los registros oficiales del Banco de España), lo importante es reseñar que el R.D. 1816/1991, seguía partiendo de la vigencia de los delitos monetarios previstos en la L.O. de 1983, y en particular el artículo 10 del R.D. de 1991 permitía incriminar el incumplimiento de las obligaciones de declaración o solicitud previa respecto de los movimientos de capital; en suma, la normativa de derecho interno que supuso la recepción del derecho comunitario sobre circulación de capitales, mantenía la vigencia del delito monetario de exportación e importación de dinero (art. 6 A) L.O. 10/1983). En cambio, la Directiva comunitaria 88/361 de 24 de junio (art. 4) contempla tan sólo una matización a la libre circulación de capitales, cifrada en el establecimiento de una declaración previa de movimientos de capital, con objeto de información administrativa o estadística, siempre que tales medidas no supongan una obstaculización a la libertad de movimientos de capitales, conforme al Derecho comunitario.

A la vista de lo anterior la previa autorización administrativa de movimientos de capitales supone una colisión insuperable con el tenor del Tratado comunitario (arts. 1 y 4). Esta situación explica que el Juzgado Central de Instrucción de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Autos de fecha 19 de junio de 1993 y de 20 de septiembre de 1993 (Asuntos acumulados C-385/93 y C-416/93), de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Tratado de Roma, elevase sendas cuestiones de prejudicialidad al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.E.) en procedimientos penales seguidos por exportación ilegal de dinero. Finalmente, la Sentencia de 23 de febrero de 1995 T.J.C.E.E. estableció que los artículos 1 y 4 de la Directiva comunitaria se oponen a la exigencia de autorización administrativa previa a la circulación de capitales. Como fuere que la infracción de ese control administrativo era el único elemento normativo habilitante del tipo penal (art. 6 A), L.O. de 1983), y no la vulneración de la medida formal de control de la declaración previa, debe interpretarse que la normativa comunitaria ha proyectado un efecto despenalizador en el derecho interno español, pues no en vano el posterior R.D. 1683/1996 (de modificación del R.D. 1816/1991) reconoce que el requisito de la previa autorización administrativa es contrario a la Directiva comunitaria. Ha quedado desmentida pues la tesis, sustentada por el T.S. en la Sentencia 19 de julio de 1995 (RJ 1995, 5414), por la que se condenaba por delitos monetarios, con base en la infracción del requisito de declaración administrativa previa, elemento normativo no previsto en

el tipo descrito por el artículo 6 A) de la L.O. de 1983 sobre régimen jurídico del control de cambios, como la propia Circular de la Fiscalía General del Estado (Consulta 1/1996 de 19 de febrero) ha reconocido.

El ejemplo expuesto ilustra sobre un primer modelo de unificación, por lo *menos indirecto*, tortuoso y angosto, sometido a múltiples avatares jurídicos, como por ejemplo la elevación de cuestiones de prejudicialidad al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y a múltiples condicionantes en ocasiones imprevisibles, como lo es el sentido que va a adoptar la evolución de la Jurisprudencia que, en ocasiones como ocurre en nuestro país, es muy oscilante.

No parece pues que este sea un modelo de unificación con vocación de futuro, que permita acrecentar en un lapsus de tiempo razonable la unificación del Derecho Penal en Europa.

A la vista de lo anterior, todavía supone un modelo más imprevisible y anticuado aquel en el que la homogeneización jurídico-penal queda diferida y fiada a la *unificación europea de las normas extrapenales* que disciplinan una determinada materia. El Código Penal español de 1995 (por ejemplo art. 197) permite constatar la impracticabilidad de esta vía. Así, por ejemplo, en el ámbito de la protección de los datos personales frente al uso ilícito de la informática. En este sector de tutela penal, constando una sólida actividad internacional en torno a la protección de datos personales (Convenio Europeo de 1981, directiva comunitaria 95/46 CEE del Parlamento Europeo y del Consejo 24 de octubre de 1995), se tiende a la dispersión y la desuniformización de los tipos penales en el derecho interno. Basta cotejar el C.P. español de 1995 (art. 197) con la reciente normativa italiana o la ya veterana de Alemania o Francia, para comprobar que en modo alguno se han producido avances significativos en la unificación europea del Derecho Penal por lo que respecta a la protección de datos personales automatizados frente al uso ilícito de la informática. Y la razón es bien sencilla, la recepción de los tratados internacionales en materia de protección de datos automatizados por parte del derecho interno de los Estados, viene presidida por un amplio margen de maniobra en el diseño del estatuto legal en la materia, y siendo esto así mayor es la desuniformización en el ulterior desarrollo legislativo, a la hora de incriminar conductas, conforme a la legislación de tutela de datos de cada Estado. Por consiguiente, no parece que esta deba ser una vía o modelo de unificación por el que apostar en el futuro, sobre todo en sectores en los que parece indiscutible la necesidad de una unificación mínima del Derecho Penal, tanto en su faceta sustantiva como procesal. Esta necesidad uni-

ficadora se acrecienta en determinados ámbitos de tutela penal (privacy, información empresarial sensible ...) con la irrupción de las nuevas autopistas de información (Internet).

II. Hacia un segundo modelo de unificación: el ejemplo del tratado internacional de protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995

Una segunda vía o modelo de unificación viene representado por la adopción de Tratados Internacionales que implican ya de forma directa un alto grado la uniformización de Derecho Penal de los Estados de la Unión Europea. Un claro exponente de este modelo es el Convenio Internacional Europeo relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, que comporta ya un acrecentado nivel de obligación de desarrollo y un Derecho Penal relativamente homogéneo en la tutela de los referidos intereses comunitarios.

Sin embargo, pese a que esta vía o modelo supone un salto cualitativo hacia la unificación, no está exenta de incertidumbres. En primer lugar, porque, pese a delinearse figuras típicas homogéneas y normas básicas en torno a las penas, el Convenio antes referido sigue aceptando un margen de maniobra en manos de los Estados a la hora del desarrollo legal del Derecho Penal en la esfera interna del Estado. En segundo lugar, y como producto de lo anterior, se constatan en el caso español incertidumbres, cuando el Convenio internacional es transplantado y desarrollado en el derecho interno; el C.P. de 1995 es un buen reflejo de la advertencia efectuada. Así, es impreciso a la hora de sistematizar las conductas típicas diseñadas en el Convenio Internacional. Además, se constata en el legislador español una cierta incompreensión respecto de lo que representa el Convenio Internacional de 1995. Amén de lo anterior debe subrayarse que el convenio internacional en momento alguno se pronuncia sobre la relevancia de las conductas de regularización fiscal a los efectos penales; esto hace que se genere una grave incertidumbre interpretativa, pues en el caso español conductas de defraudación fiscal de los tributos estatales, de gran magnitud, pueden llegar a quedar exoneradas de responsabilidad penal, en tanto que fraudes a los intereses de la Comunidad Europea de menor entidad parece que podrían llegar a quedar incriminados, incluso por la vía de las faltas (arts. 627 y 628, C.P. español), aun constando la regularización fiscal voluntaria y previa. En este punto el "*Corpus Iuris*" (art. 1.2) es mucho

más previsor y puntualmente resuelve el problema, en una clara muestra de que el modelo de unificación, que podemos denominar de *tercera generación*, puede llegar a ser más respetuoso en ocasiones, con el principio de legalidad y de taxatividad penal, que aquellos otros modelos que confieren un mayor ámbito de discreción al derecho interno de los Estados. Esto significa que el respeto al principio de legalidad y a otras garantías jurídicas, no depende tanto del modelo unificador adoptado, cuanto de la concreta técnica legal y previsión garantista observada en cada caso.

III. El modelo de unificación que ofrece el "*Corpus Iuris*"

El modelo de unificación de *tercera generación*, tendente ya a la creación de un espacio judicial europeo en la esfera penal, con articulaciones normativas de derecho sustantivo, viene representado por el "*Corpus Iuris*". La primera acotación que debe efectuarse es que el "*Corpus Iuris*" constituye una propuesta de unificación de Derecho penal sustantivo y procesal, para los países miembros de la Unión Europea, en materia de Protección de los intereses financieros de la Unión Europea. A tal efecto el referido texto articula una Parte Especial, dedicada a la descripción de los tipos penales, una Parte General, en la que se contienen normas de teoría general de la infracción penal y de las sanciones penales proyectables a las figuras delictivas, y, por último, una parte dedicada a las normas homogéneas de procedimiento.

Ante todo, el "*Corpus Iuris*" suscita una reflexión que atañe al principio de legalidad en su vertiente formal. En la actualidad el Parlamento europeo no ostenta competencias como para proceder a la aprobación de legislación penal con carácter europeo. Por consiguiente, para la aprobación de tal cuerpo de disposiciones sería preciso, con carácter previo, que fueran abordadas las reformas institucionales pertinentes que confiriesen al Parlamento Europeo competencias legislativas en materia penal. Lo anterior supone, lógicamente, acabar con una tradición y una inercia histórica según la cual el diseño legal de la represión penal pertenece al "*imperium*" de cada Estado.

Efectuada esta primera reflexión, el "*Corpus Iuris*" abre una serie de interrogantes y consideraciones jurídicas de largo alcance, procederé a exponer algunas de las mismas:

1.ª) El estudio realizado, a petición del Parlamento europeo, que ha quedado plasmado en el "*Corpus Iuris*", ha sido sometido ya a objeciones desde el punto de vista de las garantías materiales

y formales del principio de legalidad penal. A mi juicio, el modelo de unificación que ofrece el "*Corpus Iuris*" no tiene necesariamente porqué plantear problemas fundamentales en punto a los materiales del principio de legalidad (principalmente por lo que respecta a la taxatividad de los tipos penales y a la determinación del modelo de incriminación en un determinado sector de actividad). Más arriba ya quedó indicado cómo en algún aspecto el "*Corpus Iuris*" (en adelante C.I.) se muestra más taxativo y clarificador que el propio Derecho interno relativo a los delitos contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas (arts. 305 y ss. C.P. español). Me refiero a la contemplación en el artículo 1.2 C.I. de una excusa absolutoria para los supuestos de regularización fiscal voluntaria, medida exoneradora de responsabilidad no explicitada en el C.P. español de 1995, lo que genera inseguridad jurídica manifiesta con relación al modelo de incriminación de los delitos tributarios contra los intereses de las Comunidades Europeas tipificados en la ley penal española. Este dato ilustra de cómo la preservación de las garantías materiales del principio de legalidad no dependen tanto del carácter estatal o internacional de la ley penal cuanto de la concreta técnica de tipificación por la que se ha optado en cada caso.

Sin embargo, las objeciones a la vista de las garantías del principio de legalidad pueden provenir de la indeterminada cláusula de subsidiariedad que el C.I. establece con respecto al Derecho penal de cada Estado miembro de la Unión Europea. Así el artículo 35 C.I. señala:

"El '*Corpus*' de las reglas de Derecho sustantivo (arts. 1 a 17) y procedimental (arts. 18 a 34) definidas con anterioridad, será aplicable en todo el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea. En caso de laguna legal del '*Corpus*', la ley aplicable será la del lugar en el que la infracción sea perseguible, enviada a juicio o, en su caso, la del lugar de la ejecución de la condena".

Esta lacónica previsión de subsidiariedad del Derecho interno podría llegar a plantear un permanente foco de tensión interpretativa con el propio contenido del C.I., que podría acabar determinando un desarrollo interpretativo del mismo que comprometiese la unificación de respuestas penales. Sobre todo, porque la aplicación del C.I. queda fiado a los Tribunales de la jurisdicción penal de cada país, conforme a unas determinadas reglas de competencia, ante la ausencia de órganos jurisdiccionales penales internacionales o de fuero europeo (arts. 24 a 27, C.I.). No obstante, el C.I. otorga competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (T.J.C.E.) para asegurar la unidad de interpretación sobre los preceptos

del C.I., por medio del establecimiento de un recurso prejudicial, que deberá ejercitarse conforme a las condiciones previstas en el artículo 177 del Tratado C.E. (art. 28, C.I.).

Con todo, la cláusula prevista en el artículo 28, C.I., al objeto de salvaguardar la uniformidad interpretativa (y también de resolver conflictos de competencia o diferencias entre los Estados), puede resultar insuficiente si, por ejemplo, se repara en que el modelo procedimental penal que contempla el C.I. no se corresponde estructural y conceptualmente con el institucionalizado en algunos países miembros. Este es el caso, como luego se expondrá, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuyo diseño legal de instrucción penal no se corresponde con el modelo adoptado por el C.I.

2.^a) El aspecto del C.I., que probablemente será objeto de mayores críticas, es el relativo a las normas de procedimiento penal artículos 18 al 34 C.I.

Es evidente que la creación de un espacio judicial europeo en materia penal reclama la unificación de normas procesales o de procedimiento. Solo así será posible facilitar la persecución de los delitos. No en vano los últimos años se ha operado una profundización en estas materias por medio de la simplificación de los procedimientos en materia de extradición y de la profundización en la cooperación judicial europea. No obstante, sentado en lo anterior, la normativa del C.I. sobre la unificación del procedimiento penal suscita múltiples incertidumbres y críticas. El C.I. parte de la creación de un Ministerio público europeo, con autoridad en la comunidad Europea, que asuma la responsabilidad de la investigación instructoria, el ejercicio de acción pública y la ejecución de las sentencias relativas a los delitos definidos en C.I. (art. 18, C.I.). La adopción de este modelo procedimental comporta ya serios problemas por cuanto la investigación instructoria de los delitos queda conferida al referido Ministerio Público Europeo (en adelante M.P.E.), de forma que en la fase procesal instructoria la intervención judicial tan sólo se produce, cuando es necesaria la intervención del denominado "Juez de libertades o de garantías", en los supuestos en que el M.P.E. se ve imposibilitado de ejercitar los poderes de investigación, en cuanto ésta reclame la adopción de medidas limitadoras o cercenadoras de derechos fundamentales (cfr. arts. 20.3 y 25, C.I.).

Es evidente que este modelo instructorio, relativo a la fase de investigación y preparación propia del procedimiento penal, no tiene parangón en nuestro ordenamiento procesal-penal de la L.E.C.R.I.M., en el cual la dirección de tal fase procesal queda conferida al Juez de instrucción,

de modo que el Ministerio Público tan sólo ejerce la acusación pública, a salvo de las diligencias preprocesales de investigación, denominadas diligencias preliminares (art. 785 bis L.E.C.R.I.M.). Así las cosas, no existe en nuestro ordenamiento el denominado "Juez de libertades o garantías", "incontaminado por la instrucción", por cuanto la decisión en torno a la adopción o no de medidas instructorias coercitivas o limitadoras de derechos fundamentales corresponde al propio Juez de instrucción. Es evidente pues que el C.I. en materia de procedimiento parte de premisas distintas, lo que comporta la impracticabilidad de tal modelo en nuestro país, de modo que con muchas dificultades la L.E.C.R.I.M. podría constituir ex artículo 35 C.I. el derecho supletorio en cuestiones procedimentales.

3.^a) La discrecionalidad que el C.I. confiere al Ministerio público Europeo para elegir el Juez competente en fase de enjuiciamiento (plenario y debate), desde el punto de vista de las garantías procesales del derecho al Juez imparcial (art. 24, C.E.), no parece asumible (cfr. art. 26, C.I.). No basta con apelar a criterios de oportunidad para legitimar una tan amplia discrecionalidad del M.P.E. En este sentido, los criterios para establecer la competencia jurisdiccional en el fondo quedan fiados en buena medida a cómo se haya desarrollado la instrucción en manos del MPE; no en vano los principales criterios de elección son: el Estado donde se encuentren la mayor parte de las pruebas; el Estado en el que el impacto económico del delito sea más importante; el Estado de residencia o de nacionalidad de los principales acusados.

4.^a) Desde el punto de vista de las garantías del derecho de defensa, el C.I. tampoco parece asumible. En particular el artículo 29.2 y 3, C.I. difiere el pleno ejercicio de las garantías propias de la defensa penal al momento de concurrencia de indicios graves y concordantes de culpabilidad, lo que permite un margen identificable de diligencias instructorias sin que se haya constituido plenamente la defensa penal del inculgado.

5.^a) El artículo 25.2 del C.I., relativo a la fase preparatoria o instructoria del proceso, establece la garantía de autorización judicial previa, para que puedan adoptarse medidas restrictivas o privativas de los derechos o libertades fundamentales, reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, a renglón seguido, se admite que el M.P.E. pueda adoptar tales medidas cercenadoras de derechos (por ejemplo registros domiciliarios, escuchas telefónicas, prisión preventiva ...),

sin la previa autorización del Juez de libertades, en los supuestos de urgencia y singularizadamente cuando los indicios de prueba corran peligro, cuando se descubra al autor del delito "*in frangiti*" o bien cuando exista peligro de fuga del sospechoso. En todos estos casos sólo se prevé la garantía judicial de control "*a posteriori*" en un plazo de cuarenta y ocho horas. Ni que decir tiene que desde el punto de vista de las garantías procesales, tal previsión del C.I. asume una impronta inquisitiva, no ya por la debilitación de las garantías judiciales en el período instructorio, sino porque las facultades exorbitantes del M.P.E. pueden verificarse con base en conceptos estándar preventivo-generales, de carácter indeterminado. Así, por ejemplo, la alusión genérica a casos de urgencia, o a la mera existencia de indicios de peligro para las pruebas.

6.^a) La reflexión más importante, a mi juicio, que sugiere el C.I. viene dada por la esfera de delitos a que se limita, lo que exige una pormenorizada exposición en el epígrafe siguiente.

IV. La limitación del "Corpus Iuris" a las disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea: una reflexión político-criminal

El modelo de unificación que ofrece el C.I., limitado a la tutela de intereses o bienes jurídicos propios (institucionales) de la Unión Europea y de sus órganos, sugiere una reflexión político-criminal de largo alcance.

Efectivamente, el C.I. limita la pretensión unificadora a los delitos de fraude al presupuesto comunitario, fraude en concursos y subastas públicas, corrupción de funcionarios, ejercicio abusivo del cargo por parte de funcionarios comunitarios, malversación de fondos comunitarios, revelación de secretos oficiales y blanqueo y receptación. Esta limitación objetiva del C.I. plantea el riesgo de que la pretensión unificadora del Derecho penal quede limitada a un planteamiento "institucionalmente endogámico", en detrimento de una propuesta unificadora de *eurodelitos* más atenta a las necesidades de tutela de los bienes jurídicos del ciudadano y de la sociedad europea. En este sentido, el C.I. ha descartado una propuesta más ambiciosa, que hubiera podido contemplar la tipificación de conductas que reclaman la uniformidad en la respuesta penal. Este es el caso de los delitos de tráfico de drogas, de determinados delitos económicos (por ejemplo delitos societarios) o de las formas de criminalidad contra la intimidad del individuo o contra la información empresarial

sensible que suscitan los avances tecnológicos y, en particular, Internet u otras autopistas de la información.

La anterior consideración se formula a partir de la constatación de que la perseguibilidad de las infracciones penales en los ámbitos descritos ya no puede quedar diseñada exclusivamente desde la ley penal estatal. En los citados sectores, la racionalidad y practicabilidad de las respuestas penales exige medidas uniformes de carácter internacional, por lo menos, en el nuevo diseño del espacio judicial europeo. Y es preciso subrayar aquí que las necesidades de unificación legislativa se ven amplificadas por los nuevos riesgos, en punto a las nuevas formas de criminalidad organizada, que genera el propio modelo de unificación europea. La liberalización, el mercado único y otras medidas, inspiradas sobre la idea de libertad de circulación de personas, capitales y mercancías suponen una conquista histórica, pero también evidencian la necesidad de un catálogo de normas penales comunitarias que en el futuro puedan hacer frente a las nuevas formas de criminalidad que tal escenario europeo suscita.

Así, por ejemplo, el mercado único de capitales supone la configuración de un mercado único financiero, que deberá comportar en el futuro la europeización de las normas preventivas y sancionadoras. En otras palabras, se han sentado las bases que hacen necesario el camino hacia un derecho penal comunitario.

También la irrupción de avances tecnológicos, como por ejemplo Internet, suscita la exigencia de que los intereses comunitarios a tutelar por el derecho penal, no queden encorsetados a bienes jurídicos pertenecientes "*stricto sensu*" a intereses concernientes a los órganos o instituciones de la Unión Europea, porque tales intereses son también los del ciudadano y la sociedad civil europea. Así, las nuevas autopistas de la información suscitan la imposibilidad de iniciar o proyectar la tutela penal de bienes jurídicos desde un planteamiento estatal, por cuanto la tutela de los datos y de la información exige un planteamiento legislativo transnacional. Igual ocurre con los delitos societarios, por cuanto la protección de las reglas de funcionamiento de las sociedades mercantiles en buena medida suscita de ordinario problemas jurídicos internacionales, a la vista de la dimensión de las sociedades y de los procesos internacionales de fusión de las mismas.

Todo lo anterior supone una suerte de "enmienda a la totalidad" sobre el C.I., porque las anteriores exigencias descritas reclaman una redefinición de los intereses comunitarios, necesitados de tutela penal, no endogámica (pensada sólo para las instituciones de la Unión Europea). La anterior

crítica en modo alguno debe interpretarse como un desconocimiento de la importancia de los bienes jurídicos que pretende tutelar el C.I. ni como una minusvaloración de los mismos. La crítica político-criminal debe centrarse en el corto alcance del C.I., sobre todo si pensamos que constituye una propuesta de "utopía concreta" en la unificación del Derecho Penal.

Pero, la reflexión crítica no es tan sólo genérica, esto es, concerniente a criterios generales de política legislativa o de diseño de la utopía unificada. La crítica se establece también, porque el concreto contenido de las previsiones del C.I. pueden asentar una cultura jurídico-penal en los países miembros de la Unión Europea que, en algunos casos, se sitúa en tensión con la tradición garantista heredada del iluminismo y desarrollada al compás de la evolución del Estado de Derecho. Procede pues descender al plano de lo concreto, lo que exige una suerte de inventario de reflexiones más o menos críticas:

Por lo que respecta a la parte especial de C.I. llama la atención la primacía que se otorga al principio de eficacia con respecto a las exigencias garantistas. Algún ejemplo puntual puede ilustrar esta afirmación: el artículo 1 C.I., al definir el delito de fraude al presupuesto comunitario, opta por anticipar la consumación del delito a conductas que puedan suponer un peligro para los intereses financieros de la Unión Europea. En este sentido, conductas que todo lo más, conforme al C.P. español son constitutivas de tentativa de defraudación tributaria (art. 305, C.P.) o de delito contable (art. 310, C.P.) son elevadas a la categoría de delito consumado, de modo tal que la efectiva consecución del resultado fraudulento es contemplada por el artículo 16 C.I. como una circunstancia agravante. La cuestión todavía es más preocupante, si se repara en que las previsiones típicas del artículo 1 C.I. pueden ser conjugadas con las del artículo 8 C.I., que tipifica la asociación ilícita en detrimento del presupuesto comunitario. Tal precepto define la asociación ilícita en los siguientes términos: "... se entenderá la asociación de dos o más personas, dotadas de una organización adecuada, con la finalidad de realizar una o más infracciones de las contempladas en los artículos 1 a 7".

Amén de que la referida definición amplifica en términos exorbitantes el concepto de asociación ilícita, debe repararse que, en realidad, lo que prevé es el castigo de la "tentativa de la tentativa", por ejemplo, del fraude al presupuesto comunitario. Lógicamente desde el punto de vista del principio de intervención mínima y, aun, del principio del hecho, tales previsiones parecen objetables. Y la

crítica todavía se agudiza si se repara en que tal figura delictiva admite la modalidad imprudente.

Las previsiones relativas a la Parte general del C.I. son gregarias en buena medida del modelo de incriminación que se adopta en la parte primera del C.I., relativa al catálogo de delitos. Por ejemplo, probablemente la no previsión de normas relativas a la tentativa y a la consumación, se explica por el mero dato de que la consecución del resultado típico es contemplada como una circunstancia agravante (art. 16, C.I.). En este sentido, el diseño de las normas de Parte general adopta en

muchos casos la impronta del modelo de incriminación de la Parte especial de C.I.

En suma, el C.I. constituye una propuesta hacia la unificación del Derecho penal, que en cualquier caso se sitúa en el designio de las exigencias del devenir histórico, pero constituye “un modelo de utopía legal” devaluado por la limitación de su objeto y por haber adoptado patrones jurídicos que, en algunos casos, alzapriman la “eficacia inquisitiva” sobre la “cultura común europea de las garantías penales” tanto en el plano sustantivo como procedimental. ●