



Revista

ISSN 2007-4700

América

MÉXICO

Septiembre 2015 - febrero 2016

Número 9

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal (*)

Ciro Grandi

Università degli Studi di Ferrara (Italia)

RESUMEN: *El Derecho penal de la Unión Europea es una realidad patente que no puede desatenderse. La influencia, directa o indirecta, de los organismos europeos en la configuración, aprobación y posterior desarrollo de normativas de carácter penal en los Estados miembros de la Unión no puede dejar de ser estudiada. En el presente artículo se analiza el rol del Parlamento Europeo en la aprobación de directivas de armonización penal, acudiendo a recientes ejemplos que ponen de manifiesto la permanente evolución de este proceder legislativo.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal europeo, directivas, Parlamento Europeo, procedimiento legislativo.*

ABSTRACT: *The criminal law in the European Union is a manifest reality that cannot be ignored. The direct or indirect influence of European organisms in the design, approval and further development of a criminal regulation in the member's states of the Union should be analyzed. The present paper reviews the role of the European Parliament in the approval of rules for criminal harmonization, appealing to recent examples that demonstrate the permanent evolution of this legislative authority's behavior.*

KEY WORDS: *European criminal law, rules, European Parliament, legislative proceeding.*

SUMARIO: *1. Parlamento Europeo y democracia penal. 2. El fortalecimiento del rol del Parlamento Europeo de Roma a Lisboa. 3. Las críticas ante la falta de poder de iniciativa legislativa del Parlamento Europeo. 4. El desarrollo real de los poderes del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo ordinario: las negociaciones informales y la disciplina relativa. 5. La posición de ventaja del Parlamento en la fase de primera lectura. 6. El impacto tangible de la intervención parlamentaria en la formulación de directivas de armonización penal. 7. Conclusiones.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

(*) Traducción de la versión italiana (*Il ruolo del Parlamento Europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*) a cargo de Dr. MIGUEL BUSTOS RUBIO, profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

1. Parlamento Europeo y democracia penal

Entre los múltiples principios fundamentales de interés penal que se encuentran potencialmente en tensión con las fuentes que afectan al ámbito de los espacios de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea (parte I, título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), juega un papel fundamental el principio de legalidad concebido, en su dimensión nacional, con especial atención al corolario de reserva de ley¹ “tendencialmente absoluta”: un oxímoron imperativo² que gráficamente ha fotografiado el destino permanentemente preocupado por este aspecto de la legalidad penal.

Los recientes acontecimientos acaecidos en la política criminal europea, con la aprobación de un primer conjunto de directivas de armonización de carácter sancionador, ofrecen algunas ideas adicionales sobre las relaciones existentes entre las fuentes de la Unión Europea y la democracia penal, un tema ya clásico, pero siempre de permanente actualidad.

El impacto de las fuentes legales europeas sobre los ordenamientos penales internos de cada Estado miembro ha sido, durante mucho tiempo, un hecho indiscutible, sobre el que no hay necesidad de ahondar en este momento;³ baste recordar cómo el Tratado de Lisboa ha establecido definitivamente la atribución de una competencia penal *indirecta* a la Unión Europea, susceptible de ser ejercitada a través de la adopción de *directivas* de armonización penal destinadas a ser recibidas por el ordenamiento interno de cada sistema nacional (art. 83 del TFUE).⁴

El debate actual se produce como consecuencia de una discusión que ha durado varias décadas, centrada en la oportunidad de conferir a las instituciones de Bruselas competencias legislativas en un sector tradicionalmente reservado a la competencia exclusiva de los Estados; un debate que ha estado siempre marcado por el *leit motiv* relativo al *déficit* democrático que caracterizaba —y que, de acuerdo con algunas opiniones, todavía hoy caracteriza— a la estructura

¹ Sobre el hecho de que el Derecho penal europeo deba respetar todos los corolarios de la legalidad penal, incluido el principio de reserva de ley parlamentaria, v. el *Manifiesto on the European Criminal Policy*, documento elaborado por un grupo de penalistas europeos <http://www.crimpol.eu/> disponible también en *European Criminal Law Review*, 2011, pp. 88 ss., así como M. KAFALIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, IVI*, pp. 7 y s.; sobre la compatibilidad entre el sistema de justicia penal europeo configurado en el Tratado de Lisboa y los principios fundamentales del Derecho penal, v. N. GARCÍA RIVAS, “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, en *Revista General de Derecho Penal*, 2010, pp. 1698 y ss.

² M. ROMANO, *La repressione della condotta antisindacale*, Milán, 1974, pp. 171 y ss.; Id., *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milán, 2004, *sub art.* 1, n. 17 y ss.

³ En el marco de una vasta bibliografía, v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Turín, 2004; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milán, 2011; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milán, 1989; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, 2014, pp. 141 y ss.; S. RIONDANTO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padua, 1996; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padua, 1984; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milán, 2011; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Múnich, 2012, pp. 60 y ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milán, 2005; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milán, 2007; igualmente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milán, 2010.

⁴ En particular, la técnica recogida en el art. 83 del TFUE prevé la adopción de directivas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones en ámbitos de criminalidad de especial gravedad y con dimensión transnacional (§ 1), así como en los sectores que ya estén sujetos a medidas de armonización extrapenal en el marco de determinadas políticas de la Unión, donde la aproximación a las legislaciones de los Estados miembros en materia penal resulta imprescindible para garantizar la aplicación efectiva de las mismas políticas (§ 2). Con referencia a los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, v. AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cargo de G. GRASSO, L. PICOTTI y R. SICURELLA, Milán, 2011; AA.VV., *Europa e diritto penale*, C.E. PALIERO y F. VIGANÒ (eds.), Milán, 2013; M. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, pp. 349 y ss.; A. BERNARDI, “La competencia penal accesoria dell'Unione europea: problemi e prospettive”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, núm.1, 2012, pp. 43 y ss.; B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, cit., pp. 197 y ss.; G. GRASSO, “Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea”, en AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, M. BERTOLINO, L. EUSEBI y G. FORTI (eds.), Nápoles, 2011, vol. IV, 2307 y ss.; E. HERLIN-KARNELL, “The Lisbon Treaty. A Critical Analysis of its Impact on EU Criminal Law”, en *Eucrim*, 2010, núm. 2, pp. 59 y ss.; A. KLIP, *European Criminal Law*, Amberes, 2013, pp. 159 y ss.; S. PEERS, “EU Criminal law and the Treaty of Lisbon”, *European Law Review*, 2008, pp. 507 y ss.; C. MAPELLI MARCHENA, *El modelo penal de la Unión europea*, 2014; C. SOTIS, “Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea”, en *Cass. pen.*, 2010, pp. 1146 y ss.; F. VIGANÒ, “Fonti europee e ordinamento italiano”, *Europa e giustizia penale. Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 4 y ss.; A. WEYEMBERGH, *Les développements de l'espace européen de justice pénale depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, en *Actualités en droit pénal*, F. ROGGEN (ed.), Bruselas, 2012, pp. 36 y ss. Sobre la polémica atribución de una competencia penal *directa* a la Unión Europea, que se ejerce mediante la adopción de reglamentos en el ámbito específico de la protección de los intereses financieros de la propia Unión (art. 86 del TFUE), confróntese las consideraciones realizadas por G. GRASSO, *ult. op. cit.*, pp. 2342 y ss.; y por C. SOTIS, *ult. op. cit.*, pp. 1159 y ss.

tradicional y al procedimiento legislativo de la Unión Europea, hasta el punto de comprometer las instancias en las que se basa el principio de reserva de ley *parlamentaria* en materia penal.⁵

Esta crítica siempre se ha centrado en la debilidad de los órganos de representación en el marco institucional europeo, que depende esencialmente de dos perfiles íntimamente relacionados: en primer lugar, la insuficiente participación en el circuito de toma de decisiones de las asambleas nacionales, primero

autorizando la cesión de soberanía mediante Tratados en materia penal, y relegando después a las mismas asambleas a los márgenes del proceso de elaboración de fuentes de la UE; y, en segundo lugar, la incapacidad del Parlamento Europeo para conferir las mismas fuentes de legitimidad democrática que las que ofrecen las legislaciones nacionales con la intervención de sus parlamentos internos.⁶

Dejando a un lado el primero de estos aspectos,⁷ el presente estudio tiene la intención de centrarse en

⁵ Sobre el tema, en general y por todos, T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, 2011; más sintetizado, con múltiples anotaciones, C. CROMBEZ, "The Democratic Deficit in the European Union: Much Ado about Nothing", en *European Union Politics*, 2003, pp. 101 y ss.; C. DI LELLO, "Il principio democratico nell'Ordinamento europeo", en *L'Ordinamento europeo, i principi dell'Unione*, S. Mangiameli (ed.), Milán, 2006, pp. 203 y ss.; G. PASQUINO, "Deficit democratico", en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2012, pp. 417 y ss.; C. PINELLI, "Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona", en *Rassegna Parlamentare*, 2008, pp. 925 y ss.; P. PIRODDI, "Il Parlamento Europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 801 y ss., con ulteriores y amplios reenvíos bibliográficos a las notas 9 y 64. Para echar un vistazo a un marco exhaustivo de las argumentaciones a tenor de las objeciones relativas al *deficit* democrático de la UE, tanto más interesante en cuanto contó con una medida neutral destacada por parte de la doctrina extranjera, v. S. C. SIEBERSON, "The proposed European Union Constitution. Will it eliminate the EU's Democracy Deficit?", en *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pp. 173 y ss.

En perspectiva penal, confirmando tales objeciones, también con referencias a la actuación institucional delineada en el Tratado de Lisboa, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Nápoles, 2012, pp. 293 y ss., y bibliografía allí señalada; Id., "Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge", en *Criminalia*, 2012, pp. 534 y ss.; Id., *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, IVI, 2013, pp. 341 y ss.; C. F. GROSSO, "Il fascino discreto della conservazione", en *Criminalia*, 2011, pp. 131 y s.; M. KAFIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law*, cit., pp. 19 y s.; S. MOCCIA, "Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana", en *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 929; PAONESSA, *L'avanzamento del "diritto penale europeo"*, cit., c. pp. 315 y s.; M. VENTRELLA, "European Integration or Democracy Integration in Measures Concerning Police and Judicial Cooperation", en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, 2013, n. 3, pp. 290 y ss. De opinión contraria, A. BERNARDI, "I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo", en *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2012, pp. 30 y ss.; GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 2335 (con ulteriores reenvíos bibliográficos), el cual, por otro lado, había considerado obsoleta la denuncia sobre el *deficit* democrático de la vigencia del marco institucional precedente al Tratado de Lisboa (v. Id., "Relazione introduttiva", en AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, G. GRASSO y R. SICURELLA (eds.), Milán, 2008, p. 5); L. PICOTTI, "Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona", en AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., p. 229; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., pp. 159, 461 y ss.; R. SICURELLA, "La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico repressiva o occasione di approfondimento dei limiti garantistici?", en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2013, pp. 52 y ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., *passim* y, de forma más sintética, Id., "Le 'qualità' della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo", en AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 386 ss.

No puede obviarse aquella interesante opinión doctrinal que, como resultado de una profunda investigación sobre la crisis de la reserva de ley, considera hoy que en el marco evolutivo del Derecho penal europeo el corolario de la legalidad puede ser superado, y por lo tanto considera inútil, cuando no dañosa, la búsqueda de un "equivalente funcional" adaptado a las peculiaridades de la estructura institucional de la Unión. La motivación garantista que anima tal fundamento no resultaría en ningún modo frustrada si se indagase una forma de aplicación más adecuada de las leyes penales con un imponente *test* de legitimidad en términos de racionalidad sustantiva y procesal: v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Pamplona, 2011, *passim*; más sintéticamente, Id., "In Pursuit of Basics for a New Principle of Legal Reserve in Supranational Criminal Law", en *European Criminal Law Review*, 2012, n. 3, pp. 252 y ss., y en particular pp. 262 y ss.

⁶ Sobre ello v. J. LODGE, *The Democratic Deficit and the European Parliament*, London-New York, 1991, pp. 27 y ss.; PIRODDI, *Il Parlamento Europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., p. 805.

⁷ Para conocer este argumento con mayor profundidad, nos remitimos a C. GRANDI, "Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della 'legge quadro' n. 234 del 2012", en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 2/2013, pp. 43 y ss. Sobre la oportunidad de potenciar el rol ejercitado en el marco del procedimiento normativo de la Unión por parte de los parlamentos nacionales, sin embargo, las opiniones se dividen, no faltando preocupaciones sobre el hecho de que estos últimos serían, inevitablemente, portadores de intereses excéntricos y por tanto disfuncionales a las necesidades de integración europea: v., entre otros, F. FERRARO, "Le fonti del diritto dell'Unione europea", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 74; A. RUGGIERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, IVI, pp. 140 y ss. A favor del fortalecimiento del papel de los órganos de representación nacionales seguido de un ulterior traspaso de competencias al Tratado de Lisboa se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán en la célebre *Lissabon-Urteil*, sentencia sobre la conformidad constitucional de la legislación interna de autorización a la ratificación del Tratado de Lisboa y de la legislación conexa (BVerfG, 30 de junio de 2009, las versiones en alemán y en inglés también están disponibles en <http://www.astrid.eu/> donde se puede acceder también a los textos de los informes y al contenido de la conferencia "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", Roma, 21 de septiembre de 2009).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

el análisis del papel desempeñado en la práctica por el Parlamento Europeo en la atribución de una más sólida legitimidad democrática a las fuentes de la UE en materia penal. Esta cuestión se encuentra a su vez directamente relacionada con dos factores diferenciados: en primer lugar, la capacidad de representación democrática por parte de la institución *per se*, con independencia de la dinámica del procedimiento legislativo. En segundo lugar, los poderes otorgados al Parlamento en el ámbito de ese procedimiento, poderes de los que dependen las posibilidades reales de impacto de elección de órganos para la formulación y posterior aprobación de normas europeas de armonización de los sistemas penales nacionales.

Respecto al primer factor, de acuerdo con un importante sector doctrinal el Parlamento de la Unión sufriría una carencia congénita de aptitud representativa, debida a un nutrido cúmulo de motivaciones de naturaleza esencialmente política, que aquí nos limitamos a dejar mencionadas:⁸ a) la ausencia de un “*demos europeo*” que dé sustancia al valor puramente simbólico hasta ahora adoptado por la ciudadanía de la UE; b) la falta de partidos políticos propiamente europeos, así como de una oposición dialéctica real en el seno del Parlamento de la UE que resulte comparable a la que existe en las asambleas nacionales de los Estados miembros, y que sea capaz de catalizar en el propio Parlamento las diferentes exigencias y opiniones provenientes de las distintas fuerzas sociales y de diferente signo polí-

tico de los pueblos de Europa; c) la frecuente unidad de los parlamentarios de la misma nacionalidad en torno a intereses de su país de origen, con la creación, dentro de la Asamblea, de grupos políticos nacionales de carácter transversal; d) la falta de un sistema electoral único, que resulte aplicable por igual a todos los Estados miembros (se aplican normas diferentes respecto al electorado pasivo, se exigen diversos requisitos de elegibilidad en las listas para concurrir a las elecciones, distinto umbral electoral, etc.); e) la distribución excesivamente ventajosa de escaños para los micro-Estados, en detrimento de los países más poblados, con la consecuencia de que en estos últimos dicha situación generaría un importante distanciamiento en la relación entre sujetos electores y elegidos.⁹ Según algunos, el efecto combinado de estos dos últimos aspectos críticos violaría incluso el principio democrático y el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos electorales, comprometiendo los derechos políticos que constituyen la base de la ciudadanía europea.¹⁰

Por su parte, el segundo factor es el que constituye el objeto específico de esta investigación, la cual, después de un excursus sobre la evolución de las prerrogativas generales del Parlamento como parte del *law-making process* europeo, se propone analizar las *formas concretas* en que tales prerrogativas han sido ejercidas durante el proceso de elaboración de las directivas de armonización penal adoptadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,¹¹ así

⁸ Al respecto v., ampliamente, J. CHOFRE SIRVENT, “El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 363 y ss.; N. CLINCHAMPS, *Parlement européen et droit parlementaire. Essai sur la naissance du droit parlementaire de l'Union Européenne*, París, 2006, pp. 40 y s.; I. FROMM, “Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union”, en *Journal of European Criminal Law*, n. 2, 2008, pp. 37 y ss.; V. LIPPOLIS, “I Partiti Politici Europei”, en *Rassegna Parlamentare*, n. 4, 2002, pp. 941 y ss.; F. LAUDANI, *Rappresentanza europea, gruppi parlamentari e deficit democratico*, en www.forumcostituzionale.it, 24 de marzo de 2011; F. RASPADORI, “Il deficit di rappresentatività del Parlamento Europeo: limiti e soluzioni”, en *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 125 y ss.; también la argumentación mantenida por el Tribunal Constitucional alemán en la *Lissabon-Urteil* (cfr. *supra*, nota 7, espec. § 284 y ss.).

Para conocer las réplicas (breves) a estas consideraciones, nos remitimos a GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., pp. 117 y ss. e, *IVI*, notas 22-24. Destaca el avance respecto de un auténtico sistema de partidos europeos, como se puede comprobar con ocasión de las últimas elecciones de mayo de 2014. G. CONTI, *L'elezione del Parlamento Europeo del 2014 e il processo di consolidamento dei partiti politici europei*, en www.osservatorioaic.it, julio de 2014.

⁹ Sirva de ejemplo la comparación entre Alemania y Luxemburgo, Estados que eligen un parlamentario, respectivamente, cada 820 000 y cada 67 000 ciudadanos.

¹⁰ F. LAUDANI, *Rappresentanza europea, gruppi parlamentari e deficit democratico*, cit., p. 6.

¹¹ Se trata precisamente de los siguientes actos: Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011, concerniente a la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, en *DOUE* L 101, del 15 de abril de 2011; Directiva 2011/93/UE, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra el abuso y abuso sexual de los menores y de la pornografía infantil, en *DOUE* L 335, del 17 de diciembre de 2011 (la errónea numeración inicial de la Directiva en cuestión, 2011/92/UE, ha sido modificada en *DOUE* L 18, del 21 de junio de 2012); Directiva 2013/40 del 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra sistemas informáticos, en *DOUE* L 218, del 14 de agosto de 2013; Directiva 2014/42/UE, del 3 de abril de 2014, relativa a la congelación y comiso de bienes instrumentales y bienes provenientes del delito en la Unión Europea, en *DOUE* L 127, del 29 de abril de 2014; Directiva 2014/57/UE, del 16 de abril de 2014, relativa a las sanciones penales en caso de abusos de mercado, en *DOUE* L 173, del 12 de junio de 2014; Directiva 2014/62/UE, del 15 de mayo de 2014, sobre la protección mediante el Derecho penal del euro y otras monedas contra la falsificación, en *DOUE* L 151, del

como los *efectos tangibles* en las formulaciones textuales de las citadas directivas.

2. El fortalecimiento del rol del Parlamento Europeo de Roma a Lisboa

No puede existir duda alguna sobre el hecho de que, con objeto de superar el *déficit* democrático apuntado, el papel del Parlamento Europeo en el mecanismo de aprobación de las fuentes de la UE ha sido objeto de un fortalecimiento continuo y gradual en cada uno de los pasos que han marcado la reforma del derecho primario desde el Tratado de Roma al de Lisboa.¹²

Procediendo brevemente, puede recordarse cómo este organismo, inicialmente dotado de poderes casi exclusivos de asesoramiento o consulta, ha visto ampliadas sus competencias hasta el punto de que cada Tratado ha modificado sus áreas de intervención, incluso resultando estos últimos muy variables en el panorama mixto de los procedimientos legislativos, algunos de los cuales ni siquiera han sido totalmente recogidos todavía por vía escrita.¹³

Un hecho decisivo se identifica con la introducción del procedimiento de codecisión, inicialmente previsto en el Tratado de Maastricht y perfeccionado después por el Tratado de Ámsterdam, mediante el

cual el Parlamento Europeo se ha convertido en el actual protagonista del procedimiento legislativo, en una posición de igualdad sustancial con respecto al Consejo: en el marco de este procedimiento, la adopción de la norma en cuestión puede traer causa del acuerdo entre estos dos órganos, los cuales tienen el poder de aportar enmiendas a la propuesta realizada por la Comisión.¹⁴

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que con anterioridad al Tratado de Lisboa el medio previsto para la armonización de los sistemas penales nacionales era la decisión marco del tercer pilar (artículo 34 TUE., en la versión dada por Ámsterdam): este último, a diferencia de las fuentes del primer pilar, fue aprobado por unanimidad y siguiendo un procedimiento que contó con la participación del Parlamento Europeo, con funciones meramente consultivas.¹⁵

Por tanto, a pesar de la progresiva ampliación general de las prerrogativas del Parlamento Europeo, precisamente respecto del ejercicio de competencias mayormente necesitadas de legitimación representativa, contempladas en el marco del tercer pilar, y en relación con materia penal, las fuentes europeas permanecieron implacablemente expuestas a las objeciones concernientes a ese *déficit* democrático apuntado.

15 de mayo de 2014. Resulta oportuno señalar la propuesta de directiva COM(2012) 363 final, actualmente en debate, relativa a la lucha penal contra el fraude que lesione intereses financieros de la Unión Europea.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se han adoptado algunas directivas de armonización penal sobre la base de responsabilidad penal, limitada a algunos sectores y solo ante algunas conductas (sin hacerse extensible a sus respectivas sanciones), por vía jurisprudencial mediante dos célebres sentencias de la Corte: TJCE de 13 de septiembre de 2005, causa C-176/03, *Comisión c. Consejo*, sobre la cual v., por todos, 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, pp. 899 y ss.; también TJCE de 23 de octubre de 2007, causa C-440/05, *Comisión c. Consejo*, sobre la cual v., por todos, L. SIRACUSA, “Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di giustizia dell’Unione europea”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, pp. 241 y ss. Se trata, en concreto, de las siguientes fuentes: Directiva 2008/99CE, del 19 de noviembre de 2008, sobre tutela penal del ambiente, en *DOUE* L328, del 6 de diciembre de 2008; Directiva 2009/52/CE, del 18 de junio de 2009, que introduce normas mínimas relativas a sanciones y procedimientos del empresario que emplea a trabajadores irregulares de terceros países, en *DOUE*, del 30 de junio de 2009; Directiva 2009/123/CE, del 21 de noviembre de 2009, relativa a la contaminación provocada por buques y navíos y a la introducción de sanciones en casos de violación, en *DOUE*, del 27 de octubre de 2009.

¹² Cfr. el “Report of the Working Party examining the problem of the enlargement of the powers of the European Parliament”, c.d. “Rapport Vedel”, en *Boletín CE*, 1972, n. 4, pp. 7 y ss., aprobado en el 1972 por un grupo de expertos constituidos por la Comisión con el fin de encontrar soluciones orientadas a fortalecer las competencias del Parlamento Europeo y cuyo detallado análisis ha inspirado las sucesivas reformas tendentes a la democratización de la Comunidad y de la Unión; sobre este particular, v. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 804 y ss.

¹³ V. A. COSSIRI, “L’esercizio della funzione di produzione normativa nella democrazia sovranazionale: ‘Europa distati’ o parlamento protagonista?”, en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0032_cossiri.pdf

¹⁴ Cuanto menos con anterioridad a la firma del Tratado de Lisboa, la mayor parte de los actos normativos de la Unión venían siendo adoptados mediante el procedimiento de codecisión, con una menor participación de la Asamblea: cfr. COSSIRI, *ult. op. cit.*

¹⁵ Como es sabido, el marco institucional diseñado por los Tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) previó la subdivisión de la Unión en tres pilares, cada uno con su propio sistema de fuentes y procedimientos de aprobación. El legislador europeo mantuvo cerrada la puerta a la armonización de las normas penales de los sistemas nacionales, recurriendo a las fuentes del primer pilar, reglamentos y directivas, aprobadas por mayoría del Consejo y mediante un procedimiento que preveía una participación más intensa del Parlamento Europeo. La competencia para adoptar directivas de armonización penal fue inmediatamente reconocida por vía jurisprudencial en las ya mencionadas sentencias de la Corte de 2005 y 2007 (cfr., *supra*, nota 11).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

A esta incongruente situación ha tratado de poner remedio el Tratado de Lisboa, en virtud del cual se ha mejorado el papel del Parlamento, no sólo rediseñando el equilibrio de poder con los restantes organismos de la Unión en beneficio de este órgano, dentro de un *equilibrio institucional*,¹⁶ sino también fortaleciendo competencias específicas ejercitables en el propio proceso legislativo.

Sobre esta última cuestión, es de sobra conocido que dicho Tratado ha procedido a la abolición del tercer pilar y a la reunificación del sistema de fuentes y de los procedimientos de aprobación, mediante el establecimiento del procedimiento de codecisión, que actualmente se ha venido a denominar procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE), el cual converge en un mecanismo general de adopción de actos legislativos de la Unión, y más en particular, en lo que a nosotros interesa, de elaboración de directivas de armonización en materia penal (art. 83 del TFUE.)

Hay que señalar que el art. 83, § 2, segundo párrafo del TFUE, en que se prevé la adopción de directivas en materia penal de sectores que ya están sujetos a armonización normativa, recurre al “mismo procedimiento legislativo ordinario o especial para la adopción de medidas de armonización”. En este sentido, sin embargo, no puede obviarse que, siendo el procedimiento ordinario el mecanismo general y en gran medida más común para la adopción de actos legislativos, el sistema de “equiparación de procedimientos” previsto en la normativa del TFUE mencionado obligatoriamente

requerirá, en la mayor parte de los casos, el mismo procedimiento para la adopción de las directivas de armonización penal. Este mecanismo abre la puerta a la posibilidad residual, ciertamente indeseable,¹⁷ de que las directivas sean finalmente adoptadas por un procedimiento distinto de aquél otro que comporta un mayor grado de participación del órgano representativo. No obstante, esta eventualidad puede evitarse mediante el recurso al art. 48, § 7, del TUE, que establece que cuando el TFUE “disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá acordar una decisión que autorice a adoptar dichos actos de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario”. Como se ha señalado, “sólo de esta manera, probablemente, las directivas y las leyes penales podrían escapar de un juicio de ilegitimidad por violación del principio democrático, respetando [...] las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”.¹⁸

El mecanismo del procedimiento legislativo ordinario contemplado en el art. 294 del TFUE ofrece también, en relación con el procedimiento de codecisión regulado por el art. 251 del Tratado CE, algunos cambios destinados a fortalecer la posición del Parlamento en contraposición al papel del Consejo:¹⁹ en virtud del Tratado vigente, éste es el órgano elegido para pronunciarse por primera vez sobre la propuesta realizada por la Comisión, transmitiéndole su posición adoptada en primera lectura en el Consejo, y no viceversa. Además, una vez aprobadas por parte del Consejo las enmiendas

¹⁶ Se trata de innovaciones tan significativas como para inducir a algunos autores a identificar en la asamblea electiva la “institución líder” del proceso de integración (asi, P. RIDOLA, “La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell’Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa”, en *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, a cargo de P. RIDOLA, Turín, 2010, p. 325). A modo de ejemplo, pueden recordarse las siguientes previsiones: la atribución al órgano representativo de la competencia para la elección del presidente de la Comisión (arts. 14 y 17, § 7, del TUE), así como para la aprobación colectiva de los miembros que la integran; el sometimiento de la Comisión a la responsabilidad colectiva ante el Parlamento Europeo, que puede adoptar una “moción de censura”, en cuyo caso “los miembros de la Comisión deberán dimitir de su cargo” (art. 17, § 8, del TUE); la necesaria aprobación (y no el sometimiento a simple consulta) del Parlamento para la admisión de un nuevo Estado o para la expulsión de un Estado miembro (arts. 49 y 50 del TUE); el papel fortalecido del mismo organismo en el marco de los procedimientos de revisión de los Tratados o para el procedimiento de “pasarela” que permite adoptar para la aprobación de fuentes legales procedimientos diversos a aquellos previstos para cada caso en los Tratados (art. 48 del TUE). Sobre ello, v., ampliamente, también para los restantes aspectos críticos, C. FASONE y N. LUPO, *Il Parlamento Europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona*, cit., pp. 340 y ss., con especial referencia la relación entre el Parlamento y la Comisión; PIRODDI, *op. cit.*, pp. 808 y s.; E. TRIGGIANI, “Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona”, en *Studi sull’integrazione europea*, 2010, pp. 9 y ss.

¹⁷ Los procedimientos legislativos especiales, contrariamente a lo que ocurre con los ordinarios, no están completamente disciplinados por los Tratados, limitándose el art. 289.2 del TFUE a señalar que “en los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial”. Tales procedimientos, descritos de esta forma en lugar de por los diferentes artículos de los Tratados que establecen su adopción, pueden dar lugar a una “drástica reducción del debate político sobre la elección normativa”, acabando “por anular la capacidad de condicionamiento, ya de por sí exigua, de los Parlamentos nacionales” (PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 250).

¹⁸ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea*, cit., p. 60.

¹⁹ Sobre ello, v. C. SIMONCINI, “I limiti del coinvolgimento del Parlamento Europeo nei processi di decisione normativa”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 1128 y s.

propuestas por el Parlamento, el acto se considera aprobado automáticamente en primera lectura (art. 294, § 4, del TFUE), reduciéndose el margen de discrecionalidad dado al órgano ejecutivo con la ambigua fórmula del anterior art. 251 del TCE.²⁰ Por cuanto se refiere específicamente al objeto del presente trabajo, debemos precisar que todas las directivas de armonización penal actualmente promulgadas sobre la base de art. 83 TFUE se han adoptado en fase de primera lectura, no habiendo sido necesario el recurso a lecturas sucesivas, situación que no ha sufrido variaciones significativas tras la aprobación de Tratado de Lisboa.²¹

3. Las críticas ante la falta de poder de iniciativa legislativa del Parlamento Europeo

A pesar de la innegable ampliación de las facultades atribuidas al órgano electivo de la Unión, en particular en referencia a los espacios de libertad, seguridad y justicia,²² en opinión de muchos autores las modifica-

ciones operadas por el Tratado de Lisboa en relación al *law-making process* europeo no ha conferido todavía al verdadero *output*, en relación a las fuentes legislativas de la UE, un grado satisfactorio de legitimidad democrática: más allá de las persistentes reservas del Parlamento Europeo que hacen que éste sea concebido como una institución suficientemente representativa, las críticas se han centrado en la reiteración de la norma que priva al cuerpo electo de la Unión de la capacidad de iniciativa legislativa,²³ que todavía hoy se encuentra reservada, en exclusiva, a la Comisión (art. 17.2 del TUE, art. 289.1 del TFUE).

Por otra parte, esta manifiesta aporía respecto a las prerrogativas tradicionales de las instituciones de representación democrática no pudo ser compensada mediante la confirmación, en el Tratado de Lisboa, de la facultad del Parlamento, de conformidad con el art. 225 del TFUE,²⁴ de estimular la iniciativa legislativa de la Comisión, que actualmente se encuentra sujeta a la obligación de motivación en caso de rechazo de la propuesta.²⁵

²⁰ El art. 251, § 2, punto segundo, de la primera versión del TCE, señalaba: “El Consejo [...] si aprobara todas las enmiendas contenidas en el dictamen del Parlamento Europeo, *podrá* adoptar el acto propuesto así modificado” (cursivas añadidas).

²¹ En particular, si el Consejo no aprueba la posición del Parlamento, ni adopta una postura propia y la transmite a este último, acompañada de motivación, se abre la fase de *segunda lectura* en el ámbito de la cual el Parlamento, dentro de tres meses, puede: a) no pronunciarse sobre el hecho o aprobar la posición del Consejo, y en ambos casos el acto se considera aprobado en su versión original; b) rechazar la posición del Consejo por mayoría absoluta de los miembros, en cuyo caso el acto no será aprobado; c) proponer enmiendas por mayoría absoluta y transmitir el texto modificado a la Comisión para su dictamen, así como al Consejo (art. 294, § 7, del TFUE). En este caso la palabra pasa a este último, el cual, dentro de tres meses desde la recepción de la posición del Parlamento en segunda lectura, puede: a) aprobar todas las enmiendas con la consiguiente adopción del acto; b) no aprobar las enmiendas, con la convocatoria de un Comité de Conciliación dentro del plazo de seis semanas, por iniciativa del Presidente del Consejo mediante acuerdo con el Presidente del Parlamento (art. 294, § 8, del TFUE). Este Comité, compuesto por representantes tanto del Consejo como del Parlamento, tiene la misión de preparar una propuesta conjunta de ambas posiciones que deberá aprobarse por las dos instituciones en segunda lectura. Si en el plazo de seis semanas no se alcanza un acuerdo, el acto se considerará como no adoptado (art. 294, § 12.08, del TFUE). Si el Comité es capaz de acordar un texto, se abre la fase de *tercera lectura*, en la que el Consejo y el Parlamento tienen un plazo de seis semanas para la aprobación definitiva del texto sin modificaciones, transcurrido el cual, sin existencia de acuerdo, el acto se considerará no adoptado (art. 294, § 13-14, del TFUE).

Para una descripción detallada de las concretas modalidades de funcionamiento del proceso legislativo ordinario, cfr.: el documento del Parlamento Europeo titulado *Codecesión y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, enero de 2012, que puede encontrarse en el link http://www.europarl.europa.eu/code/information/guide_it.pdf

²² Ampliamente aclamado por la doctrina en vista de la legitimación de las fuentes europeas en materia penal; para una panorámica de las opiniones en este sentido, v. HOUSE OF LORDS — EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, HL Paper 62-I, 2008, vol I, pp. 116 y s.

²³ La modificación de esta regla no estaba prevista en la agenda dictada por los compiladores del mencionado informe “Vedel” (cit., *supra*), según la cual, por un lado, la concentración del poder de iniciativa corresponde a la Comisión que se trate (va) a juicio de la Unión, y de otro lado, el Parlamento goza (va) de un poder informal de iniciativa, estando legitimado para solicitar a la Comisión emprender iniciativas legislativas (v. art 225 del TFUE).

²⁴ “Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo.”

²⁵ Obligación que no resulta inusual, ya que, aunque no lo exigiese el anterior artículo 192 del TCE, fue, sin embargo, consagrado en el Acuerdo Marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión de 5 de julio de 2000, en el DOUE C 121, de 24 de abril de 2001. Esta obligación se ve reforzada en el ámbito del nuevo Acuerdo Marco sobre relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea de 20 de octubre de 2010, en el DOUE L 304, de 20 de noviembre del 2010, en cuyo párrafo 16 se establece que “la Comisión informará sobre el seguimiento de toda solicitud propuesta de conformidad con el artículo 225 TFUE (informe de iniciativa legislativa) dentro del plazo de tres meses tras la adopción de la resolución correspondiente en el Pleno. La Comisión presentará una propuesta legislativa a más tardar dentro de un año, o incluirá la propuesta en su programa de trabajo para el año siguiente. Si no presenta ninguna propuesta, la Comisión debe ofrecer al Parlamento una explicación detallada de las razones”.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Además del hecho de que la Comisión no está obligada a emprender una iniciativa propia,²⁶ la disposición en cuestión reitera, de hecho, los estrictos requisitos ya exigidos por el Tratado anterior —uno de carácter procedimental (el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento) y uno, bastante ambiguo, de carácter sustantivo (la limitación de la iniciativa a la “aplicación de los Tratados”)— que hasta ahora han convertido en esporádico el recurso a tales poderes de pre-iniciativa legislativa. Tal vez a causa de estos impedimentos, el Parlamento Europeo, en la práctica, suele emprender con mayor frecuencia otras vías, por ejemplo adoptando por mayoría simple resoluciones y recomendaciones, actos dotados de un notable carácter político en el diálogo interinstitucional, a pesar de que aquéllos no vinculan al Consejo ni a la Comisión.²⁷ Tampoco sería capaz de compensar

esa carencia de iniciativa legislativa del Parlamento la previsión de un poder análogo de pre-iniciativa en manos de los ciudadanos europeos, ejercitable mediante el instituto de la iniciativa legislativa popular, prevista en términos generales en el art. 11, § 4, del TUE²⁸ y desarrollada por el reglamento 2011/211.²⁹ Este mecanismo, aun habiendo regulado al detalle los presupuestos y condiciones procedimentales de cara a la presentación de la propuesta legislativa, sigue sin pronunciarse respecto al carácter vinculante (o no) de la propuesta para la Comisión, cuestión que, todavía hoy, es objeto de debate.³⁰ Pero además de esta falta de regulación expresa, la fórmula en cuestión persigue el objetivo de mejorar el complejo coeficiente democrático de la legislación europea mediante la articulación de un instrumento de democracia *participativa*,³¹ en línea con el espíritu que recubre muchas de las dispo-

²⁶ La introducción de la motivación, aun no modificando la naturaleza no vinculante de la pre-iniciativa parlamentaria respecto de la Comisión, permitiría al Parlamento interponer un recurso en el caso de omisión, o un recurso de anulación en caso de denegación expresa que no esté debidamente motivada. Sobre este particular, v.: P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 814 y s.

²⁷ Sobre ello, v.: P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 813 y s.

²⁸ “Los ciudadanos de la Unión, en número de, al menos, un millón, que posean la nacionalidad de un número significativo de Estados miembros, podrán emprender la iniciativa invitando a la Comisión Europea, en el ámbito de sus atribuciones, a presentar una propuesta adecuada sobre materias en las que tales ciudadanos estimen como necesario un acto jurídico de la Unión con la finalidad de aplicar los Tratados.”

²⁹ Reglamento n. 2011/211/UE del 16 de febrero de 2011, sobre iniciativa ciudadana, en 29 L 65, de 11 de marzo de 2011. Sobre ello, v. F. FERRARO, “Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni”, en *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 523 y ss.; Id., “Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 727 y ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, “Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei”, en *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2013.

³⁰ La posición de la Comisión sobre esta materia, tal como se expresa en el sitio web dedicado a las iniciativas ciudadanas (www.ec.europa.eu/citizens-initiative), no deja lugar a dudas, definiéndose a la iniciativa ciudadana como “un acto político” que “obliga a la Comisión a examinar cuidadosamente la solicitud formulada por los ciudadanos, sin todavía pronunciarse sobre ella”. Sobre ello v. F. FERRARO, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, cit., pp. 534 y ss., quien, junto a la postura adoptada por otros autores, considera que la Comisión no está obligada a presentar la propuesta, pero sí a proporcionar a los promotores de la iniciativa elementos motivados en caso de negativa; en el caso de simple negativa por inactividad o sin motivación pueden activarse, respectivamente, la acción por omisión o el recurso de anulación por rechazo (p. 536). Dada la escasa vinculación de la propuesta de cara a la Comisión —que sigue siendo la propietaria exclusiva del derecho de iniciativa— junto al carácter gravoso del procedimiento ya desde su presentación, han surgido críticas de algunos autores contra el nuevo instituto, considerándose el mismo como carente de eficacia: v. M. DOUGAN, “What are we to make of the citizens initiative?”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1807 y ss.; igualmente F. FERRARO, *ult. op. cit.*, pp. 539 y s., el cual, no obstante, considera que esta institución continúa siendo una herramienta útil para la democracia participativa; P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 815 y ss. Este último autor identifica múltiples canales de diálogo entre las instituciones y los ciudadanos, las asociaciones representativas y la sociedad civil --obligaciones de consulta, petición de facultad, derecho de acceso a los documentos, etc.— herramientas de la democracia participativa con mucha mayor eficacia que la pre-iniciativa popular: “en respuesta al déficit democrático del Parlamento Europeo, el Tratado de Lisboa decidió recuperar instancias aumentando significativamente el marco de la democracia participativa en el seno de la Unión a los ciudadanos, a través del reconocimiento de una serie de derechos para participar en la fase ascendente (...), y con la apertura de formas completamente nuevas de participación democrática, extramuros de la representación parlamentaria”. Sobre el hecho de que las iniciativas de la Comisión procedan de mecanismos de consulta más significativos respecto a aquellas actividades de la mayor parte de Estados Miembros, v.: en perspectiva penalística, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: Legitimidad y racionalidad*, Pamplona, 2011, pp. 644 y ss.

³¹ Un instrumento, conviene recordar, que tiene como objetivo permitir la contribución directa de los destinatarios de las normas para la formulación de las mismas, sin la intermediación de los órganos de representación. Sobre esta cuestión, además del clásico estudio de N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta* (1978), en Id., *Il futuro della democrazia*, Turín, 1984, pp. 50 y ss.; con referencias específica a la UE, v.: A. SINAGRA, “Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea”, en *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cargo de C. ZANGHÌ, L. PANELLA, Turín, 2010, pp. 195 y ss.; P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea*, cit., pp. 325 y ss. Sobre las diferencias entre la iniciativa de los ciudadanos europeos y los instrumentos ordinarios de democracia directa, cfr. las observaciones de A. SIMONCINI y E. LONGO, *Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, cit., pp. 6 y ss.

siciones del Tratado.³² Sin embargo, muchos autores han subrayado cómo las herramientas de gobierno participativo no suplen de ningún modo las carencias de la democracia representativa pudiendo, a lo sumo, converger en un complemento para aquella.³³ En definitiva, las instituciones y mecanismos examinados anteriormente, además de ser poco utilizados en la práctica, resultarían incapaces al momento de mitigar las críticas sobre el reducido carácter democrático de las fuentes europeas en materia penal, críticas centradas precisamente en la ausencia de un poder autónomo de iniciativa en manos del Parlamento.³⁴

De acuerdo con un sector de la doctrina penal, esta ausencia constituye una “laguna macroscópica en términos de garantías sustanciales”, particularmente acentuada en materia criminal, puesto que el poder de iniciativa es “el único que verdaderamente puede expresar la capacidad de ponderación de valores e intereses merecedores de tutela y de regulación a nivel primario”.³⁵

Esta perspectiva crítica, aunque se ha centrado en esa carencia de poder de iniciativa, apunta más en general a la idea de codecisión entre el Consejo y el Parlamento, que se encontrarían en una relación afectada por una “irreconciliable incompatibilidad de fondo”,³⁶ ya que “en democracia sólo los represen-

tantes del pueblo pueden decidir legítimamente —y no “co-decidir”— en relación con la limitación de los derechos fundamentales del individuo (...) que normalmente se encuentran involucrados en el ámbito del Derecho penal”.³⁷

Teniendo en cuenta los poderes otorgados al Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo ordinario, reducidos esencialmente a un mero poder de veto,³⁸ el referido sector doctrinal llega a la conclusión de que los “tímidos avances” que introduce el Tratado de Lisboa en relación con los principios consustanciales al modelo de democracia representativa resultan insuficientes para “reducir la distancia de los principios constitucionales de garantía fundamental del “núcleo duro” de nuestro sistema penal”.³⁹

Estas críticas aparecen quizá como demasiado severas.

En primer lugar, ya de la lectura del art. 294 TFUE se desprende que el Parlamento no ha sido dotado exclusivamente de un simple poder de veto, sino también de un poder efectivo para realizar enmiendas. Y el hecho de que tales enmiendas del Parlamento deban contar posteriormente con el beneplácito del Consejo no es razón suficiente para no reconocer la posibilidad de aquél, primero para ampliar o restringir el alcance de las obligaciones de incriminación formuladas por

³² También a través de la institución de la pre-iniciativa popular y los ya mencionados canales de consulta entre instituciones y sociedad civil (v. nota 26), el Tratado pretende promover la democracia participativa garantizando también la transparencia de las actividades institucionales (v. art. 15 del TFUE), con el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos a ser informados sobre las actividades de la misma y después poder actuar con mayor conciencia; sobre ello, v.: V. CUESTA LÓPEZ, “The Lisbon Treaty’s Provision on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy”, en *European Public Law*, 2010, pp. 130 y ss.

³³ V. CUESTA LÓPEZ, *The Lisbon Treaty’s Provision on Democratic Principles*, cit., p. 138; PIRODDI, *op. cit.*, p. 836; C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, cit., p. 551.

³⁴ En este sentido, además de los autores citados en la nota precedente, I. FROMM, *Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union*, cit., pp. 43 y s.; C. MAGI, “Attribuzione alla ‘nuova’ unione di poteri normativi in materia penale”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, pp. 1554 y s.; C. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, *Criminalia*, 2007, pp. 396 y s.; PIRODDI, *op. cit.*, pp. 810 y ss., 834 y ss.

³⁵ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, cit., p. 544, entiende que este aspecto sólo es el más obvio de los muchos que hacen totalmente inadecuado el proceso legislativo europeo con el fin de cumplir y respetar los coeficientes garantistas de reserva de ley. En sintonía con las opiniones ya apuntadas de la doctrina no penalista (véase *supra*, § 2), se denuncia, en particular, la escasa representatividad del Parlamento UE, afectado de una “doble carencia ontológica: en primer lugar, de un verdadero diálogo interno, que resulte reconducible a un modelo de contraposición argumentativa entre mayoría y oposición que controle, interactúe y contraste; por otro lado, de una esfera pública y de un pueblo europeo, en el cual maduren las instancias de tutela y juicios comunes de desvalor” (cursivas añadidas, R. SICURELLA, “Prove tecniche’ per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale”, en AA.VV., *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 19).

³⁶ C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., p. 544, donde la crítica se refiere a la falta de una verdadera relación de confianza entre el órgano electivo y el órgano poseedor del poder de iniciativa y, más en general, a la falta de responsabilidad política de los órganos europeos de decisión. En este punto hay que recordar, sin embargo, la previsión en el Tratado de Lisboa de una “responsabilidad colectiva” de la Comisión ante el Parlamento (ver *supra*, nota 16). Según C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 356, el verdadero problema reside en la falta de responsabilidad del Consejo Europeo ante el cuerpo electivo, “verdadero titular del poder de ‘dirección política’ en la Unión Europea, sobre todo después del Tratado de Lisboa, en particular a costa de la Comisión”.

³⁷ S. MOCCIA, *Funzione della pena e implicazioni sistematiche*, cit., p. 929.

³⁸ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 544, 556.

³⁹ *Ibid.*, p. 557.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

la Comisión, o para modificar los relativos niveles sancionatorios impuestos a los Estados miembros, en comparación con la limitada competencia —precisamente para consentir o impedir *tout court* la adopción del acto— de la que el Parlamento gozaba en el marco del procedimiento de dictamen conforme;⁴⁰ más aún si se considera que, como veremos a continuación, las enmiendas introducidas por el Parlamento cuentan con posibilidades muy elevadas de acabar cristalizándose en la versión definitiva de la fuente europea que se trate.

En segundo lugar, y con referencia a la tan lamentada ausencia de poder de iniciativa en relación al órgano representativo de la Unión, no resulta éste el lugar más idóneo para profundizar en el tema de la iniciativa legislativa en su conjunto, bastando dilucidar aquí esta cuestión abordando el más limitado abanico de competencias *penales* de la Unión, ejercitables en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, cabe señalar que la incapacidad del Parlamento para presentar una propuesta legislativa que lleve a la adopción de una directiva de armonización de carácter penal no parece que pueda afectar de manera irreparable la *ratio* garantista que es propia de la legalidad y ante la cual los mecanismos procedimentales consustanciales a la reserva de ley parlamentaria son preliminares, como el propio sector doctrinal anteriormente tratado sostiene.⁴¹

Esta *ratio*, a lo sumo, podría declararse violentada en el procedimiento de *elaboración* y de *aprobación* de las normas si tal proceso concluyese sin que el órgano representativo se pudiera pronunciar, incluido el caso de modificaciones sobre el contenido de la norma. En efecto, o una cosa o la otra: o bien, en una óptica de máximo garantismo, se pretende que la iniciativa relativa a la introducción de nuevas figuras delictivas se reserve en exclusiva al órgano representativo (contrariamente a lo que ocurre en numerosos países miembros, empezando por Italia, donde *in the books* el

poder de iniciativa se encuentra compartido, mientras *in action* la iniciativa de penalización proviene casi siempre del gobierno), o bien, en el instante en que admitimos la iniciativa del ejecutivo en materia penal, la carencia de un poder *adicional* homólogo al órgano representativo no debe preocupar excesivamente: el ejercicio de tales poderes de iniciativa no conduce de facto a una *extensión* del área penalmente relevante y a una restricción paralela de los ámbitos de libertad, sino todo lo contrario. De este modo, cuando la iniciativa ha quedado atribuida al órgano representativo *además de* al ejecutivo, no se obtiene ningún saldo negativo desde una perspectiva garantista: la Comisión continuará tomando la iniciativa de manera autónoma en materia de legislación penal, así como en lo que se refiere a las respectivas propuestas de directivas de armonización, en un número presumiblemente más limitado que los del Parlamento.

La atribución de la facultad de iniciativa en materia penal al Parlamento, así como a la Comisión, no responde, por lo demás, a una lógica garantística, sino más bien de carácter securitario: esta fórmula tendría como objetivo satisfacer las necesidades de protección percibidas por la colectividad a nivel europeo e, hipotéticamente, no advertidas por los órganos ejecutivos. Precisamente en cumplimiento de esta lógica, y desde luego no debido a una lógica garantista, el Parlamento podrá ejercer la ya señalada facultad de pre-iniciativa legislativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 225 del TFUE.⁴²

Es cierto, sin embargo, que la concesión de un poder autónomo de iniciativa al órgano representativo resultaría funcional desde la perspectiva de que esa actuación se dirigiese a la *modificación* de normas ya vigentes, en términos de *reformulación*, e incluso de *eliminación*, de las obligaciones de incriminación y de los vínculos sancionadores vigentes: en otras palabras, en orden a la *despenalización*.⁴³

⁴⁰ Procedimiento introducido por el Acta Única Europea (1986) según la cual el documento presentado por el Consejo debía contar con la aprobación del Parlamento Europeo, preceptiva y vinculante, adoptada por la mayoría absoluta de sus miembros, y sin posibilidad de enmienda. Hoy en día este llamado “procedimiento de aprobación” se encuentra recogido en algunas normas del TFUE (en materia penal, art. 83, § 1, párrafo tercero, relativo a la decisión por la que el Consejo, por unanimidad, extiende la competencia sobre el ámbito de criminalidad grave transnacional respecto a la cual la Unión puede adoptar directivas de armonización penal; o el art. 86, en relación con el Reglamento de Creación de la Fiscalía Europea).

⁴¹ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 546, 557.

⁴² A la misma lógica parece responder también el art. 76 del TFUE, que otorga el poder de iniciativa en materia de cooperación penal y de policía, además de a la Comisión, a un cuarto de los Estados miembros, que por lo tanto pueden ser promotores directos de un proceso de armonización de disciplinas penales nacionales (sustantivas y de procedimiento) cuando se advierta la necesidad de luchar contra la delincuencia transnacional con mayor eficacia.

⁴³ Desde este punto de vista, hay que recordar el ejemplo de la citada Directiva 2011/93/UE, en el ámbito de la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, ámbitos en los que, como se explicará más adelante (ver *infra*, § 6.1), se ha reducido la obligación de criminalización de la pornografía “virtual” en comparación con la disciplina homóloga de la ya derogada Decisión Marco 2004/68/JAI.

4. El desarrollo real de los poderes del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo ordinario: las negociaciones informales y la disciplina relativa

Si ya en abstracto la posición del Parlamento en el ámbito del procedimiento legislativo ordinario, tal como se ha configurado en el Tratado, no aparece como absolutamente subordinada, tal impresión se confirma mediante un examen más detallado de las modalidades a través de las cuales se ejercitan en la práctica los poderes de este órgano. Se trata de cuestiones poco estudiadas por la doctrina penal,⁴⁴ cuyo análisis, creemos, coadyuva a conocer cuáles son los niveles reales de participación parlamentaria —y por tanto democrática, aún con los límites, ya expuestos, debido a la capacidad representativa del órgano electivo europeo— en el *law-making process* de la Unión.

Conviene traer a colación en este momento un dato que demuestran las estadísticas: el procedimiento de codecisión concluye, en la mayoría de los casos, con la adopción del acto al término de la primera lectura, como demuestra un conjunto de porcentajes muy elevados ya a partir de la anterior legislatura, y todavía hoy en constante crecimiento;⁴⁵ como ya hemos adelantado, esa *mayoría* se transforma en *unanimidad* en los casos de aprobación de directivas de armonización penal.

La rápida conclusión de los procedimientos de adopción de las fuentes legislativas —a menudo incentivada por el deseo de la presidencia de turno del Consejo europeo de alcanzar ‘éxitos’ tangibles antes de que finalice su mandato semestral—⁴⁶ se advierte

ya, en la práctica, en la existencia de negociaciones informales entre las diversas instituciones involucradas (Parlamento, Consejo y Comisión, de ahí el nombre de ‘trílogo’ o ‘diálogo tripartito’ con que se ha denominado a estas negociaciones), lo que proyecta su alcance inmediato en un acuerdo común, evitándose así las complicaciones de acudir al fatigoso mecanismo contemplado en el art. 294 del TFUE.

A pesar de que tal artículo prevé de forma expresa una puesta en común de las tres instituciones en las reuniones en el ámbito del Comité de Conciliación, en el transcurso entre la segunda y la tercera lecturas (§ 10-11), el empleo del “diálogo tripartito informal” de participación restringida⁴⁷ se ha consolidado progresivamente también en las fases iniciales del procedimiento, incluso antes de que el Parlamento adopte su posición propia en primera lectura.⁴⁸

Esta práctica puede plantear diferentes interrogantes: por un lado, podemos cuestionarnos cuál sea la contribución real del Parlamento en la formulación del texto aprobado en primera lectura a raíz del éxito de un acuerdo informal con las restantes instituciones; por otra parte, puede surgir el interrogante sobre si la transparencia está asegurada en un procedimiento de estas características, en el que, después de que tenga lugar el debate en asamblea plenaria, el debate ya estará compelido por la atribución de amplísimas competencias a las comisiones permanentes,⁴⁹ cuyo papel viene en parte posteriormente delegado a los “equipos de negociación”, responsables de la participación en ese diálogo tripartito informal, negociación que se lleva a cabo con total ausencia de publicidad.

⁴⁴ La ausencia de interés respecto a tales perfiles, sin embargo, parece coincidir con la actitud los otros sectores de la doctrina del Derecho público, como ponen de relieve: C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, pp. 330 y s.

⁴⁵ La adopción de fuentes legislativas a consecuencia de la primera lectura en el procedimiento de codecisión (después llamado procedimiento legislativo ordinario) ha pasado del 28% de los casos en la quinta legislatura (1999-2004), al 72% en la sexta legislatura (2004-2009), registrando posteriormente un crecimiento constante, llegando al 78% en la primera parte de la séptima legislatura (2009-31 de diciembre de 2011) y, finalmente, al 85% como cifra global de este último (2009-15 de mayo de 2014); los datos están disponibles en la página web http://www.europarl.europa.eu/code/about/statistics_en.htm.

⁴⁶ Sobre ello, v. el *Conference report* del encuentro titulado *20 Years of Codecision*, celebrado por el Parlamento Europeo el 5 de noviembre de 2013, p. 7 (<http://www.europarl.europa.eu/code/events/20131105/report.pdf>)

⁴⁷ El mismo documento titulado *Codecisión y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, cit., pone de relieve cómo la delegación de cada institución se caracteriza generalmente por poca unidad (p. 21).

⁴⁸ Sobre ello v.: FASONE y LUPO, *op. cit.*, p. 346, y bibliografía allí señalada; H. FARRELL y A. HÉRITIER, “Formal and Informal Institutions Under Codecision: Continuous Constitution-Building in Europe”, en *Governance*, vol. 16, 2003, n. 4, pp. 577 y ss.; M. SHACKLETON y T. RAUNIO, “Codecision since Amsterdam: a laboratory for institutional innovation and change”, en *Journal of European Public Policy*, vol. 10, 2003, n. 2, pp. 171 y ss.

⁴⁹ Tal y como acontece igualmente en parte de las asambleas representativas nacionales, las comisiones permanentes del Parlamento Europeo desempeñan un papel central, ante la imposibilidad de unificar ante la Asamblea todos los puntos de discusión de los proyectos de ley relativos a todos y cada uno de los proyectos legislativos y materias sobre las cuales tiene competencia la Unión; sobre ello v., ampliamente, C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Pues bien, la conciencia de la creciente incidencia (cualitativa y cuantitativa) de los resultados de esta forma de proceder sobre la configuración definitiva de las fuentes legislativas, así como de los potenciales impactos negativos en términos de democracia y transparencia del proceso de aprobación de las normas, han conducido al Parlamento Europeo a regular expresamente esta materia mediante diversas modificaciones de sus reglas, cuya última y reciente versión —datada en julio de 2014— presenta novedades específicas merecedoras de una atenta consideración.

Por cierto, ya la versión anterior del Reglamento de la Asamblea⁵⁰ había contemplado importantes novedades, estableciendo que los métodos de ejecución de las negociaciones interinstitucionales deberían respetar el *código de conducta para la negociación en el contexto del procedimiento legislativo ordinario*,⁵¹ el cual establece un conjunto de reglas destinadas a “aumentar la transparencia y la responsabilidad democrática”.⁵²

En primer lugar, se identifica a la comisión parlamentaria como el principal órgano responsable de las negociaciones (punto 1): la misma comisión es competente para la decisión sobre el inicio de las negociaciones informales (punto 2),⁵³ y para la decisión sobre la composición del “equipo negociador” del Parlamento que, en principio, debe reflejar la composición política del órgano (punto 3). Por otra parte, la comisión confiere a este equipo un mandato, cuya base debe respetar las enmiendas aprobadas por la propia comisión,⁵⁴ que además puede determinar la prioridad y los límites temporales de la negociación (punto 4). Después del diálogo a tres bandas, se requiere que

el equipo de negociación informe sobre el resultado de la reunión a la comisión parlamentaria, que examina el contenido del acuerdo alcanzado, renovando el mandato si fuesen necesarias ulteriores negociaciones; entre el final de la negociación y la votación tiene que transcurrir un “periodo de tiempo suficiente para permitir que los grupos políticos puedan definir su posición final” (párrafo 6). Finalmente, después de alcanzar un acuerdo en el diálogo a tres, el texto debe ser confirmado por carta oficial y no puede ser modificado sin un posterior acuerdo específico (párrafo 8).

El carácter vinculante del Código de Conducta fue reiterado en el art. 73 de la nueva versión, recientemente modificada, del Reglamento del Parlamento Europeo.⁵⁵ Este artículo, hay que matizar, apuntala aún más el procedimiento que acabamos de explicar, aumentando los poderes de control y dirección de la Comisión y de la Asamblea sobre las negociaciones, y restringiendo correlativamente la discrecionalidad del equipo de negociación.

En particular, y advirtiendo que el artículo en cuestión complementa las disposiciones del Código de Conducta, se especifica que la decisión de la Comisión competente para autorizar la apertura de las negociaciones debe ser adoptada por la mayoría de sus miembros, y debe determinar el mandato negociador y la composición del equipo de negociación: primero se describe conjuntamente en un informe que, con posterioridad a su aprobación en Comisión, debe ser examinado por la Cámara⁵⁶ (§ 2); y segundo, el procedimiento debe estar guiado por un ponente y presidido por el Presidente o Vicepresi-

⁵⁰ Aprobada tras la Decisión del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2009, sobre la revisión general del Reglamento del Parlamento.

⁵¹ Documento aprobado en la Conferencia de presidentes de los Grupos Parlamentarios en fecha de 18 de septiembre de 2008, e incorporado como alegación XXI a la versión anteriormente vigente del Reglamento del Parlamento Europeo (en el que destaca, particularmente, el art. 70, reportado en alegación al documento *Codecisión y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, cit., p. 43.)

⁵² Este documento, fruto del frecuente y ventajoso recurso al sistema tripartito informal en cada etapa del proceso legislativo, contempla un conjunto de directrices (por ejemplo, relativas al intercambio mutuo de información y a la coordinación de los calendarios de trabajo) que puede fomentar aún más esta práctica, al tiempo que garantiza una cooperación justa y transparente entre las tres instituciones.

⁵³ Esta decisión normalmente continúa la iniciativa del miembro de la comisión encargado de la ponencia. Cabe señalar que —contrariamente a lo que suele ocurrir en los parlamentos nacionales, en los que los nombramientos de los ponentes corren a cargo de los Presidentes de la Comisión, que deben elegir entre los miembros del grupo mayoritario— dentro de las comisiones permanentes es necesario en todo caso respetar el equilibrio entre los grupos políticos y entre las distintas representaciones nacionales, lo que hace que tales nombramientos se repartan entre los diversos grupos que componen las comisiones; incluso con la asignación de tareas a los grupos minoritarios. Sobre ello, v.: C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 338.

⁵⁴ En el caso, que puede calificarse como “excepcional”, en el que las negociaciones comiencen antes de la votación en Comisión, esta última proporciona al equipo de negociación las orientaciones generales (punto 4, párrafo segundo).

⁵⁵ Puede consultarse en la página web: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/00a4c9dab6/Regolamento.html>. El Código de Conducta constituye actualmente la XX alegación al reglamento en cuestión.

⁵⁶ Incluso bajo esta regla, la Comisión podrá autorizar excepcionalmente el inicio inmediato de las negociaciones antes de la aprobación del informe, siempre que defina claramente el objeto de mandato en función de una serie de enmiendas o un conjunto de objetivos, prioridades o directrices (art. 73, § 2, segundo párrafo).

dente de la Comisión, debiendo incluirse “al menos a los relatores alternativos de cada grupo político”⁵⁷, con el fin de garantizar la representatividad de los diferentes grupos en el seno del equipo negociador (§ 3). El equipo negociador informará a la Comisión después de cada diálogo, poniendo a disposición de aquella los documentos que reflejen los acuerdos alcanzados, a la luz de los cuales el mandato puede ser reiteradamente actualizado (§ 4). Si las negociaciones permiten alcanzar un determinado compromiso, el referido texto debe ser sometido al examen de la Comisión y, si es aprobado por esta última, se remite después a la Cámara, con la indicación expresa de las modificaciones adoptadas respecto a la propuesta inicial (§ 5).

5. La posición de ventaja del Parlamento en la fase de primera lectura

La disciplina anteriormente examinada —que, por otro lado, ha formalizado una praxis que se venía siguiendo desde hace tiempo— hace evidentes las razones por las cuales un porcentaje tan elevado y en constante crecimiento de procedimientos legislativos ordinarios no requieren el recurso a la segunda o tercera lecturas: toda vez que las negociaciones informales sean correctamente llevadas a cabo y concluyan con éxito, la postura del Parlamento en primera lectura termina por incorporarse a un texto sobre el que ya se ha constatado la convergencia de la Comisión, que ha presentado la propuesta, y del Consejo, con la consecuencia de que éste último difícilmente se podrá oponer a las enmiendas aprobadas por la Asamblea conduciendo al proyecto legisla-

tivo a la fase de segunda lectura. Ciertamente, sigue existiendo la posibilidad de que la Cámara rechace el texto proveniente de la comisión permanente (resultado de las negociaciones informales), impidiéndose así la formulación de una posición en primera lectura que se corresponda con el texto acordado; sin embargo, la práctica confirma cómo tal eventualidad es poco frecuente, resultando habitual la aprobación en primera lectura tras las negociaciones informales.⁵⁸ El análisis del Código de Conducta y la nueva versión actualizada del Reglamento interno de la Asamblea proporcionan elementos útiles para responder a los interrogantes, ya avanzados *supra*, sobre el impacto real de la actividad del Parlamento en torno a la formulación de los textos propuestos en primera lectura del procedimiento legislativo ordinario, como resultado de las negociaciones informales y de la transparencia de este mecanismo.

En cuanto al primer aspecto, los diversos estudios empíricos⁵⁹ sostienen una opinión difusa según la cual el Parlamento se encuentra en una posición de ventaja estratégica frente a las restantes instituciones en el marco de las negociaciones informales: las modificaciones propuestas por parte de la Asamblea (o de la comisión competente) sobre el texto en cuestión gozarían, por tanto, en esta fase inicial, de posibilidades de transposición muy altas.⁶⁰ La supremacía de la delegación parlamentaria quedaría evidentemente afirmada durante el transcurso y desarrollo de las negociaciones informales, que sería tan evidente como para inducir a cualquiera a presagiar, incluso, la necesidad de adopción de mecanismos de compensación ante este manifiesto estado de desequilibrio institucional.⁶¹

⁵⁷ El ponente alternativo es una suerte de relator de las minorías elegido por los coordinadores de los grupos de las Comisiones de entre las filas de los grupos diferentes del que proviene el ponente principal.

⁵⁸ Como se recoge en el *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., p. 12.

⁵⁹ Cfr. F.M. HAGE y M. KAEDING, “Reconsidering the European Parliament’s Legislative”, en *Journal of European Integration*, vol. 29, 2007, n. 3, pp. 341 y ss.

⁶⁰ Tales posibilidades, en particular, serían todavía más altas que las del Comité de Conciliación. Las razones para ello son variadas, aunque todas ellas se caracterizan por una naturaleza esencialmente práctica. Desde muchos sectores, por ejemplo, se hizo hincapié en el hecho de que el Parlamento cuenta con recursos humanos mucho más conspicuos que deben asignarse a los negociadores informales del Consejo: la delegación parlamentaria (compuesta al menos por el Presidente de la Comisión, el ponente y los ponentes alternativos) es, por lo general, más nutrida y actualizada en comparación con la del Consejo, no siempre representado por miembros de las diferentes esferas del órgano; este último sería conducido a aceptar con indulgencia las enmiendas sugeridas por la contraparte, disminuyéndose el tiempo para la adopción del acto y, sobre todo, evitándose las negociaciones aún más agotadoras que usualmente ocupan el Comité de Conciliación, que implican un esfuerzo desproporcionado en términos de tiempo y personal respecto a los limitados recursos disponibles. A su vez, el papel de la Comisión, cuya opinión sobre el texto de compromiso también es decisivo, sería prácticamente irrelevante, dado que dicha institución estaría de acuerdo servilmente con las solicitudes de modificación, con objeto de lograr una rápida aprobación de la norma que se trate. Sobre esta cuestión, v.: F.M. HAGE y M. KAEDING, *Reconsidering the European Parliament’s Legislative Influence*, cit., pp. 341 y ss., espec. pp. 347 y s.; *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., pp. 11 y s.

⁶¹ Nos remitimos a las conclusiones del *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., p. 14.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Si bien el papel del Parlamento en el marco del procedimiento legislativo ordinario aparece, por tanto, como más reforzado por el uso del mecanismo de las negociaciones informales, no pueden obviarse los posibles efectos negativos de semejante mecanismo en relación con la *publicidad* del debate. El foco de toma de decisiones se vuelve un tanto más excéntrico respecto del que posee la Cámara: hay, de hecho, una suerte de “traspaso de poder” de la Asamblea a las comisiones permanentes, y de estas últimas a los equipos de negociación, órganos compuestos de muy poca unidad y destinados a operar en la penumbra de ese diálogo tripartito.

La falta de transparencia en las negociaciones informales es, en efecto, objeto de crítica prácticamente unánime.⁶² Incluso con este fin, la trama procedimental detallada en el Código y en el Reglamento ya señalados pone coto a la excesiva discrecionalidad del equipo de negociación, activándose una estricta línea de transmisión de información entre la actividad de éste último, en el marco de esa negociación tripartita, y la deliberación finalmente adoptada por la Asamblea y las comisiones permanentes. La aprobación en primera lectura de un texto formulado en dicha sede presupone en todo caso respetar una serie de pasos para aumentar el coeficiente de legitimación representativa del *output* legislativo. Estos son, en esencia: la aprobación del mandato de negociación con un informe específico por parte de la Comisión competente, examinado también por la Cámara, y cuya base se compone de las enmiendas aprobadas por es-

tos órganos colegiados; la obligación de incluir en el equipo negociador a los ponentes alternativos, para preservar el equilibrio político del órgano; la obligación de informar inmediatamente a la Comisión sobre los resultados de las negociaciones, con la facultad de ésta de actualizar el mandato; la aprobación del texto de compromiso por parte de la misma Comisión; el voto final reservado a la Cámara.

Tal disciplina, aunque no es capaz de colmar definitivamente la carencia de transparencia que se achaca al mecanismo procedimental examinado,⁶³ parece permitir un control sobre los textos aprobados por la institución parlamentaria en su conjunto, no necesariamente inferior a la que opera en muchos países miembros, donde la actuación legislativa del poder ejecutivo, también en sede penal en sus diferentes formas,⁶⁴ y el papel preponderante de las comisiones parlamentarias, a menudo reducen al mínimo el debate público de la Cámara en el instante de incriminar una determinada conducta. Como se ha adelantado, se trata de una degeneración de las praxis domésticas, que comportan violaciones de los principios procedimentales imbricados a la propia democracia representativa.⁶⁵ Esta degeneración, sin duda, no debe autorizar a la elaboración de juicios indulgentes sobre los análogos defectos propios del contexto institucional europeo, si no se quiere acudir a una magnificación de las violaciones ya apuntadas también a nivel supranacional.⁶⁶

Pero el hecho cierto es que el dinamismo del órgano electivo europeo resulta mucho más evidente si se compara con la apatía de muchos parlamentos

⁶² Sobre esto v., por todos, T. BUNYAN, *European Parliament: Abolish 1st [and 2nd] reading secret deals - bring back democracy "warts and all"*, en <http://www.statewatch.org/analyses/no-84-ep-first-reading-deals.pdf>; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford-Nueva York, 2010, p. 39, nota 16; HOUSE OF LORDS — EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, cit., pp. 69, 117; D. FLORE, *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruselas, 2009, p. 72; C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 346, y bibliografía allí citada; *Conference report - 20 Años de Codecisión*, cit., pp. 7 y ss.; A. HÉRITIER, *Composite Democracy in Europe: "The Role of Transparency and Access to Information"*, en *Journal of European Public Policy*, vol. 10, 2003, n. 5, pp. 814 y ss.

⁶³ Por otro lado, no faltan sectores que entienden que la confidencialidad de la negociación es un precio que hay que pagar para conservar la velocidad y la eficacia del proceso europeo de elaboración de normas, denostando, por tanto, la creencia de que es necesario asegurar un máximo de transparencia para todas las fases de las actuaciones (*Conference report - 20 Años de Codecisión*, cit., pp. 13 y s.; en las conclusiones de dicho informe se contempla la opinión del ex vicepresidente de la Comisión de la UE, Šefčovič, en el sentido de instituir un registro público documental en fase de negociación, que recogiese toda la información de la composición del equipo negociador y, una vez que se ha alcanzado un acuerdo, incorporase toda la documentación relacionada). Sobre el complejo equilibrio entre la eficacia y la transparencia de los mecanismos legislativos, y sobre la prevalencia de la primera en la reciente evolución del marco institucional de la Unión, v.: RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento Europeo*, cit., pp. 121 y ss.; C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 332, y las referencias bibliográficas que en figuran en la nota 12.

⁶⁴ Sobre ello v., ampliamente, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 123 y ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 23 y ss.

⁶⁵ V.: C. CUPELLI, *ult. op. cit.*, pp. 27 y ss.; y, más resumido, Id., *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 551 y ss.

⁶⁶ Por otra parte, como se ha expuesto, el mal funcionamiento de los mecanismos procedimentales respecto al principio de reserva de ley parlamentaria podría conducir al intento, prudente, de replicarlos a nivel supranacional: sobre ello, v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *In Pursuit of Basics for a New Principle*, cit., p. 262; *amplius*, Id., *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., 470; asimismo, C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 99.

nacionales, los cuales “caminan con esfuerzo bajo el peso de los poderes ejecutivos, de las transformaciones de la sociedad civil y de los procesos de integración europea y de la globalización, careciendo en muchos aspectos de la capacidad de reaccionar ante los cambios, que sin embargo han caracterizado hasta ahora al Parlamento Europeo”:⁶⁷ con el resultado de que no se ha dudado en afirmar que nos encontramos ante una de las asambleas electivas más potentes del mundo.⁶⁸

6. El impacto tangible de la intervención parlamentaria en la formulación de directivas de armonización penal

Una vez confirmada la capacidad del Parlamento, también a través de sus articulaciones internas, para intervenir en la aprobación de las fuentes de la UE en el procedimiento de diálogo informal a tres bandas, en este momento examinaremos el alcance y las características de dicha actuación sobre el texto de las propuestas de directivas de armonización penal formuladas por la Comisión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Estas intervenciones, a menudo de notoria importancia, han tenido consecuencias de signo variable sobre las obligaciones de incriminación configuradas en cada propuesta: en algunos casos el conjunto de propuestas de incriminación penal o sus respectivos marcos legales se han visto reducidos tras la actuación del Parlamento (ver apartado 6.1); en otros, por el contrario, se amplió el ámbito de la norma o se endurecieron las consecuencias sancionatorias (ver apartado 6.2). Por último, como ocurriese con la asunción de la directiva europea en materia de decomiso, las decisiones adoptadas por la comisión parlamentaria competente y por el Pleno han resultado fluctuantes, dando lugar a un complejo proceso de aprobación de

la norma, que merece un tratamiento independiente en este trabajo (ver apartado 6.3).\

6.1. Las intervenciones en clave restrictiva de las obligaciones de incriminación

El ejemplo paradigmático de la influencia *in bonam partem* de las enmiendas elaboradas en sede parlamentaria sobre la formulación de las directivas de armonización penal lo constituye la directiva 2013/93/UE, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil,⁶⁹ la cual es fruto de numerosas enmiendas aportadas por las comisiones parlamentarias competentes⁷⁰ a la propuesta originaria realizada por la Comisión,⁷¹ enmiendas que integran de este modo la posición asumida por la Asamblea en fase de primera lectura,⁷² posición idéntica a la adoptada en la versión definitiva. Tales modificaciones han influido de forma profunda sobre las obligaciones de incriminación penal, teniendo como resultado una tendencial restricción del perímetro de las conductas objeto de sanción penal —o, cuanto menos, de una ampliación de la discrecionalidad de los Estados miembros para la definición de las mismas— así como una reducción parcial de los contornos legales sugeridos en la propuesta de la Comisión. Esta última, por lo demás, abogó por un ulterior endurecimiento de la disciplina contemplada en la decisión marco anteriormente vigente,⁷³ que ya había sido anteriormente objeto de vivas críticas en razón de la conformidad con algunos principios penales fundamentales, con especial referencia a las normas relativas a la “pornografía infantil virtual”.

La importancia de las modificaciones introducidas por el Parlamento con respecto a la propuesta de la Comisión se constata en el hecho de que la aprobación del texto final se convirtió en el primer ejemplo de “despenalización” en el ámbito del Derecho penal

⁶⁷ C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 355.

⁶⁸ S. HIX, T. RAUNIO y R. SCULLY, “Fifty Years On: Research on the European Parliament”, en *Journal of Common Market Studies*, vol. 41, 2003, n. 2, p. 192.

⁶⁹ *Cit.*, *supra*, nota 11.

⁷⁰ El texto surgido por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) también se ha visto afectado por las opiniones expresadas por la Comisión de Cultura y Educación y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género: véase a este propósito el Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, documento n. P7_A(2011)0294.

⁷¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, del 29 marzo de 2010, COM(2010) 94 def.

⁷² Posición común del 27 de octubre de 2010, referida al registro de los documentos del Parlamento n. EP-PE_TC1-COD (2010)0064.

⁷³ Decisión Marco 2004/68/GAI, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, en *DOUE* L 13, del 20 de enero de 2004.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

européo: un hecho sin duda alguna relevante, que hace oportuno en este momento realizar un breve resumen de la sucesión de obligaciones de incriminación, de las fuentes europeas, en materia de pornografía infantil, en su modalidad virtual.

Pues bien, a tal respecto hay que señalar que en el ámbito europeo era motivo de preocupación la definición, adoptada por la decisión marco, de lo que debía constituir “pornografía infantil”, que en ese momento incluía tanto las “imágenes realistas de un niño *inexistente*” implicado en alguna conducta sexualmente explícita (art. 1, letra B, punto III), con la consecuencia de obligarse a los Estados miembros a sancionar penalmente también la pedopornografía *integralmente* virtual, es decir, las imágenes de situaciones de connotación sexual que representasen a sujetos menores de edad aún sin referente real, de carne y hueso, como mero resultado de una elaboración gráfica, como por ejemplo pudiera ser un dibujo animado tridimensional dotado de cierta verosimilitud; como también las imágenes de una “persona real que parezca ser un niño practicando o participando” en una conducta sexualmente explícita (art. 1, letra B, punto II), con la consecuencia análoga de vincular a los países de la UE a castigar ulteriores hipótesis de pornografía infantil “aparente”, entendida ésta como la realizada sin imágenes de personas que efectivamente sean menores de edad.

Ambos supuestos fueron considerados por la doctrina como ejemplos paradigmáticos de Derecho penal simbólico,⁷⁴ disconformes con los principios penales de *última ratio* y ofensividad, cuyas tensiones garantistas

son a su vez identificables, en el derecho primario de la Unión, en el seno del principio de proporcionalidad.⁷⁵

Hay que recordar que la Decisión Marco al menos dejaba a los Estados miembros el poder discrecional para no imponer sanción penal en supuestos de pornografía infantil contemplados en el art. 1, letra B, punto II, cuando el sujeto representado, solo aparentemente menor de edad, contase ya con los dieciocho años cumplidos (art. 3.2 letra A); así como la pornografía virtual del art. 1, letra B, punto III, siempre que se tratase de conductas de posesión o producción de material de pornografía infantil *integralmente* virtual,⁷⁶ diseñado exclusivamente para uso personal y sin riesgo de difusión (art. 3.2, letra C).⁷⁷

Pues bien, a pesar de las críticas anteriormente mencionadas, la propuesta de Directiva formulada por la Comisión de la UE, por un lado, confirmó la inclusión en la noción de pornografía infantil de los dos supuestos anteriores, relativos a las imágenes pornográficas que representasen tanto a personas reales aparentemente menores de edad como a personas ‘menores’ inexistentes,⁷⁸ de igual modo, en el texto no se reproducían las ya recordadas previsiones de la Decisión Marco diseñadas para permitir a los legisladores nacionales la facultad de excluir la relevancia penal de tales supuestos, supuestos que deberían estar sujetos a pena en todo caso. Por último, tal propuesta proporcionaba unos umbrales de penalidad tendencialmente más elevados que aquellos previstos por las fuentes del tercer pilar para las distintas modalidades de conducta relativas a material pornográfico infantil.⁷⁹

⁷⁴ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milán, 2007, pp. 95 y ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo*, cit., p. 133; “Manifeso sulla politica criminale europea”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, pp. 738 y s. (se puede consultar igualmente en www.zis-online.com), espec. p. 740.

⁷⁵ Sobre la importancia del principio penal europeo de proporcionalidad, y su capacidad para cumplir las exigencias de los principios de *última ratio* y ofensividad, v. con multitud de referencias, C. SOTIS, “I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 1, 2012, pp. 111 y ss.; M. KAFALIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., pp. 12 y ss.; M. P. HENARES, “¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad”, en AA. VV., *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, L.M. DIEZ PICAZO, A. NIETO MARTIN (eds.), Cuenca, 2010, pp. 305 y ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, cit., pp. 313 y ss.

⁷⁶ Aquella producida sin utilizar personas de carne y hueso, incluso como parte de un fotomontaje o una técnica mixta con animaciones.

⁷⁷ Con exclusiva referencia a esta última hipótesis de pornografía infantil de carácter virtual, la Decisión Marco dejaba a los Estados la posibilidad de elegir la previsión de “sanciones o medidas de carácter no penal” (art. 5.4).

⁷⁸ En virtud del art. 2, letra b, de la propuesta anterior (ver *supra*, nota 71), el término “pornografía infantil” debería haber incluido el “material que represente de manera visual a una persona que parece ser un menor de edad involucrado en una escena de sexo explícito, real o simulada, o una representación con fines principalmente sexuales de los órganos sexuales de una persona que tiene apariencia de menor de edad” (punto III), así como las “imágenes realistas de un niño involucrado en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un niño, con independencia de la existencia real de dicho menor, con fines primordialmente sexuales” (punto IV).

⁷⁹ Por ejemplo, la producción de material pornográfico infantil (aún “virtual”) debería haber sido castigado con una pena de prisión no menor a cinco años (en comparación con el máximo “de entre uno y tres años” previsto en la Decisión Marco, sin tener en cuenta, como se dijo, el supuesto de imágenes ficticias).

Resulta del todo evidente que la aprobación sin modificaciones de la propuesta realizada por la Comisión hubiera alimentado posteriormente los juicios negativos sobre la escasa coherencia de las normas penales europeas en materia de pornografía infantil respecto a los principios penales de *última ratio* y ofensividad. Tal eventualidad, sin embargo, fue finalmente evitada gracias a las enmiendas aportadas en sede parlamentaria durante la fase de primera lectura en el procedimiento de codecisión, que ha conducido finalmente a la aprobación de la Directiva 2011/93/UE, la cual ha restringido considerablemente el alcance de las obligaciones de incriminación de la pornografía “virtual” en comparación con la regulación recogida en la ya derogada Decisión Marco 2004/68/GAI, contribuyendo de igual modo a aclarar los niveles mínimos establecidos por la ley.

En particular, mientras que esta última regulación, como se ha señalado, incluía en la noción de “pornografía infantil” las imágenes realistas de un menor *inexistente*, el término “pornografía infantil” recogido en la Directiva vigente incluye aún hoy las “imágenes realistas de un menor implicado en conductas sexualmente explícitas” (art. 2, letra C, punto IV), sin acudir, sin embargo, al atributo de “inexistente”. Esta variación textual permite, por tanto, excluir del ámbito de aplicación de la obligación de incriminación al menos las conductas referidas al material pornográfico *integralmente* virtual, es decir, imágenes realistas de situaciones con connotaciones sexuales en las que estén involucrados sujetos menores de edad inexistentes, fruto de elaboraciones íntegramente gráficas.

Por el contrario, en continuidad con la Decisión Marco y con la propuesta de la Comisión, el artículo en cuestión incluye en la noción de pornografía infantil dos supuestos cuyo coeficiente de ofensividad puede resultar un tanto laxo: la pornografía infantil *parcialmente* virtual, o pornografía realizada a través de imágenes de menores existentes, pero inserta artificialmente en contextos con connotaciones sexuales en las que realmente aquéllos nunca han participado (art. 2, letra C, punto IV);⁸⁰ y la pornografía infantil “aparente”, referida al “material que representa visualmente a una persona que *parece* un menor” (cursivas nuestras) participando en una determinada actividad

sexual, tratándose en realidad de sujetos mayores de edad (art. 2, letra C, punto III). Sin embargo, sólo las modificaciones aportadas en sede parlamentaria han restaurado la discrecionalidad de los Estados miembros, permitiéndoles a ellos la decisión sobre la atribución o no de relevancia penal ante supuestos de pedopornografía aparente, o bien pornografía infantil de carácter virtual, siempre que en este último caso el material sea para uso exclusivamente privado y no exista peligro de una posterior difusión (art. 5, § 8).

En resumen, con respecto a los diferentes supuestos de pornografía infantil “no real” explicados, las enmiendas del Parlamento han logrado modificar el texto vigente de la Directiva 2011/93, estableciendo que: a) la pornografía infantil *totalmente virtual* no está sujeta a ninguna obligación de incriminación; b) la incriminación de los supuestos de pornografía infantil *parcialmente virtual* (llevada a cabo, como dijimos, usando imágenes de menores reales extrapoladas de fotogramas o películas de connotación no sexual) resulta discrecional si el uso de tales imágenes es estrictamente privado; c) la incriminación de la pornografía infantil *aparente* (que representa a adultos aparentemente menores de edad) siempre es discrecional. Gracias a la intervención del órgano representativo de la Unión, por tanto, los anteriores supuestos de incriminación, que entraban en evidente contradicción con el principio de ofensividad (*sub a*) han sido eliminados de raíz, mientras que la relevancia de los dos restantes supuestos (*sub b* y *c*), podrán confrontar en mayor o menor medida con tal principio, dependiendo, en última instancia, de la elección de cada legislador nacional.

Además de influir en la redefinición de los supuestos de pornografía infantil objeto de sanción penal inicialmente propuestos por la Comisión de la UE, las enmiendas parlamentarias han mitigado en gran medida la gravedad de las sanciones penales propuestas por aquél órgano: ello se ha llevado a cabo a través de la inclusión, en la versión final de la Directiva 2011/93, de una serie de especificaciones diseñadas para distinguir, en el ámbito de las tipologías de conducta individual de la citada propuesta, supuestos caracterizados de un menor coeficiente ofensivo, y por tanto merecedor de una pena menos severa, con lo que

⁸⁰ Puede pensarse, por ejemplo, en la inclusión, a través del montaje, del rostro de un niño real, tomado de una fotografía o de un vídeo de contenido “neutro”, en una imagen o una película que muestre una actividad sexual que realmente nunca ha sucedido, o que se ha producido sin la presencia de dicho menor.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

la regulación definitiva aparece como más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

A modo de ejemplo, en el marco del art. 3 dedicado a la regulación de los delitos de abuso sexual, una enmienda parlamentaria se propuso distinguir las conductas que representan una asistencia al sujeto que no ha alcanzado la mayoría de edad para el consentimiento sexual con el propósito de realizar los *actos sexuales*, de los verdaderos supuestos de *abuso sexual*, imponiendo al primer caso un límite mínimo de pena máxima inferior respecto a aquél prefigurado sin distinción por la Comisión (un año de reclusión en lugar de dos). Sin embargo, en el ámbito del art. 4 dedicado a los delitos de explotación sexual, se ha introducido una matización según la cual si las conductas señaladas⁸¹ son ejercitadas con uso de violencia contra el menor, en caso de que el sujeto haya cumplido la mayoría de edad la pena será menor que la contemplada en la propuesta inicial de la Comisión.⁸² En los restantes casos, por último, las modificaciones adoptadas en sede parlamentaria han comportado una reducción de los límites mínimos y máximos impuestos a los Estados miembros en virtud de la propuesta inicial de la Comisión.⁸³

Al igual que lo sucedido en la fuente legal europea acabada de analizar, también en otras directivas de armonización penal las obligaciones de incriminación impuestas a los Estados miembros han sufrido, a causa de la actuación del Parlamento, significativas modificaciones y delimitaciones en su ámbito de aplicación originariamente aprobado por la Comisión de la UE.

Un ejemplo en este sentido nos lo proporciona la Directiva 2013/40, relativa a los ataques contra los sistemas de información,⁸⁴ cuyo artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de sancionar como delito el acceso intencional y sin derecho a un sistema de información, solo si el hecho *se comete con violación de alguna medida de seguridad*; tal limitación no estaba inicialmente contemplada en la propuesta originaria,⁸⁵ en virtud de la cual se imponía la obligación de criminalizar *cualquier* acceso abusivo doloso, con independencia de que se hubiera perpetrado respecto de algún sistema que no estuviese protegido por medida de seguridad alguna.⁸⁶

6.2. Las intervenciones en clave represiva

No siempre, como ya hemos adelantado, la intervención del Parlamento ha comportado una delimitación del perímetro de las obligaciones de incriminación impuestas a los Estados miembros, o el debilitamiento de medidas punitivas; también al contrario, las enmiendas formuladas por parte de la comisión competente han introducido, en ocasiones, ulteriores medidas sancionadoras.

En este sentido, puede señalarse el actual art. 7 de la Directiva 2011/36,⁸⁷ el cual ha impuesto a los países miembros la introducción de medidas —no contempladas inicialmente por la Comisión— con vistas a permitir la incautación y el comiso de bienes provenientes de delitos en materia de trata de seres humanos. Igualmente significativo es también el caso de los cambios realizados en la propuesta de Directiva sobre abuso de mercado propuesta inicialmente por la Comisión, en

⁸¹ Inducir o coaccionar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos, o a prostituirse, o reclutarlo para tal fin, o involucrados de cualquier modo en estas actividades, o simplemente utilizarlos.

⁸² Tal distinción se ha incorporado a todos los párrafos del art. 3 (del 2 al 7), que contemplan las conductas de explotación sexual sujetas a pena: por ejemplo, la inducción a la participación de un niño en espectáculos pornográficos, así como su contratación o explotación para este fin, deben ser castigados con una pena máxima de al menos cinco años si la víctima no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años en los demás casos (artículo 4, § 2.); aun así, la constricción de un menor a la prostitución debe ser castigada con una pena de prisión de al menos 10 años en el primer caso, y de al menos a cinco en el segundo caso (art. 4, § 6).

⁸³ Éste es el caso de los límites mínimos de pena máxima prevista para la realización de la producción de pornografía infantil (reducido de cinco a tres años, de conformidad con el art. 5, § 6) y de la solicitud sexual a través de Internet (*child grooming*, reducido desde los dos a un año, de conformidad con el art. 6, § 1).

⁸⁴ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. Y. NAZIRIS, “‘A Tale of Two Cities’ in three themes — A critique of the European Union’s approach to cybercrime from a ‘power’ versus ‘rights’ perspective”, en *European Criminal Law Review*, 2013, pp. 319 y ss.

⁸⁵ COM(2010) 517 def. del 30 de septiembre de 2010.

⁸⁶ Las modificaciones resultantes de las enmiendas parlamentarias también han rediseñado (en virtud de los arts. 9, § 3, 4 y 5) la conducta que debe ser castigada con una pena máxima más alta (no menos de cinco años en lugar de dos años, como exige la conducta “simple” descrita en el art. 9, § 2), relativa a los casos de ataques cibernéticos cometidos con instrumentos particularmente insidiosos que puedan ocasionar daños a varios sistemas de información, o sean perpetrados por una organización criminal, de cuyos actos se deriven daños graves.

⁸⁷ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. H. SATZGER, F. ZIMMERMANN y G. LANGHELD, “The Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy — A Critical Evaluation”, en *European Criminal Law Review*, 2013, pp. 107 y ss.

virtud de la cual se previó una obligación genérica de castigar numerosas conductas de abuso de información privilegiada y de abuso de mercado mediante sanciones penales (art. 7), sin indicación alguna debido a la tipología y los caracteres que debiera cumplir tal regulación. Pues bien, las numerosísimas enmiendas introducidas por la comisión parlamentaria competente (Comisión para los problemas económicos y monetarios),⁸⁸ fueron acogidas en la posición final del Parlamento Europeo en fase de primera lectura,⁸⁹ lo que no solo ha dado lugar a una reformulación cuasi integral de las conductas merecedoras de pena, sino que también ha detallado de manera más exhaustiva las conductas descritas en el art. 5.3 de la actual Directiva 2014/57;⁹⁰ además, se ha obligado a los legisladores nacionales a introducir sanciones privativas de libertad personal de cierta entidad, prescribiendo en el art. 7, § 2 y 3, la adopción de penas de prisión, con límites mínimos y máximos en relación a las diferentes tipologías de conducta.⁹¹

Incluso en la última fuente de armonización penal adoptada, la Directiva 2014/62 relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación,⁹² la intervención del Parlamento ha comportado un endurecimiento de la disciplina sancionatoria en comparación con la propuesta inicial de la Comisión:⁹³ esta última, de hecho, después de imponer una obligación general de criminalización de conductas relacionadas con la falsedad monetaria del euro (falsificación, puesta en circulación, importación, exportación, etc.),

permitió a los Estados miembros establecer sanciones no privativas de libertad si el valor total de la moneda era inferior a un determinado importe⁹⁴. Esta opción, pese a encontrarse avalada inicialmente por las comisiones parlamentarias competentes,⁹⁵ fue rechazada posteriormente en sesión plenaria: en esta sede la Asamblea ha modificado el art. 5 de la propuesta, cuya versión votada por la Cámara, y ahora vigente, incluye la obligación de los Estados miembros de introducir sanciones máximas de naturaleza privativa de libertad para todas las conductas contempladas en la Directiva,⁹⁶ a excepción del solo supuesto de conductas cuyo carácter falso fuese ignorado en el momento de la recepción y descubierto con posterioridad. Esta significativa desviación valorativa de las comisiones competentes acredita la existencia de un amplio espacio de la Asamblea para maniobrar, la cual no siempre se limita a ratificar los textos elaborados mediante articulación interna, sino que en muchas ocasiones actúa llevando a cabo modificaciones de cierta magnitud.

6.3. Las oscilantes intervenciones sobre la propuesta de Directiva en materia de decomiso

La confirmación hasta ahora más clara del poder de la Asamblea nos viene dada por el tormentoso procedimiento de aprobación de la Directiva 2014/42, sobre el embargo y decomiso de instrumentos y productos del delito.⁹⁷ Las modificaciones aportadas a la pro-

⁸⁸ Informe de 19 de octubre de 2012, n. A7-0344/2012.

⁸⁹ Posición del 4 de febrero de 2014, documento EP-PE_TC1-COD (2011) 0297.

⁹⁰ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. J. VERVAELE, "Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union", en G. FORNASARI y D. SARTORI (eds.), *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, 2014, pp. 57 y ss.

⁹¹ Respectivamente, a cuatro años por delitos relacionados con el abuso de información privilegiada (o inducción a otros a cometer tales abusos) y la manipulación del mercado, y dos años para la comunicación ilícita de información privilegiada. La misma suerte ha corrido la genérica indicación de sanciones "eficaces, proporcionadas y disuasorias" a adoptar, a la vista de la propuesta de la Comisión, contra las personas jurídicas consideradas responsables en relación con estos delitos, cometidos en su beneficio por alguna persona que desempeñe un cargo superior dentro de ellos: en este sentido, el actual art. 9 contempla, más específicamente, la adopción de sanciones financieras (penales o no penales), otras penas de inhabilitación, así como la puesta bajo control judicial hasta el cierre temporal o definitivo de los locales, o la liquidación forzosa.

⁹² Cit., *supra*, nota 11.

⁹³ Cfr. COM(2013) 42 final, del 5 de febrero de 2013.

⁹⁴ Respectivamente 5000 o 10000 euros según los casos (cfr. art. 5 de la propuesta citada en la nota anterior).

⁹⁵ A este propósito véase el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, documento n. A7-0018/2014 de 10 de enero de 2014.

⁹⁶ Como de costumbre, la actual Directiva establece unos umbrales mínimos y máximos de la pena de prisión, que varían según el tipo de conducta (ocho años para la falsificación; cinco años para los actos relacionados con la puesta en circulación, importación, exportación, etc., de aquellos que no hayan intervenido en la falsificación).

⁹⁷ Cit., *supra*, nota 11, sobre la cual se realiza el amplio comentario de A. M. MAUGERI, "La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un *work in progress*", en *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 de septiembre de 2014 (www.penalecontemporaneo.it/ricerca/); más sintetizado: G. ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Catania, 2014 (<http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europa%202014.pdf>).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

puesta de la Comisión de la UE⁹⁸ por parte del órgano parlamentario competente, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos (LIBE),⁹⁹ han distorsionado completamente la propuesta original, de tal modo que se ha ampliado desmesuradamente el ámbito aplicativo de la norma, incluso más allá de los supuestos de responsabilidad penal establecidos en sentencia condenatoria. Las preocupaciones suscitadas en relación a la compatibilidad de tal propuesta con ciertos principios fundamentales del Derecho penal impidieron la aprobación de la versión efectuada por la Comisión LIBE, induciendo finalmente a la Asamblea a aprobar un texto revisado de la versión originalmente propuesta.¹⁰⁰ El gran interés de este procedimiento nos conduce a profundizar en ciertos aspectos esenciales del mismo.

En primer lugar, hay que señalar que la modificación adoptada por la Comisión LIBE tuvo como objetivo ampliar el alcance de la norma en materia confiscatoria a otros delitos contemplados en el elenco taxativo de Decisiones Marco y Directivas de armonización penal dictados al albur del art. 2 de la propuesta, elenco que coincide en esencia con los más graves sectores de criminalidad transnacional contemplados en el art. 83, § 1, del TFUE: en particular, tal extensión se realizó mediante la adición de una cláusula de cierre que reenvía a “otros instrumentos jurídicos” que prevean “expresamente que la presente Directiva sea aplicable a los delitos en ella contemplados”. Esta opción extensiva, despertando objeciones particulares, se mantuvo en la versión vigente del art. 3, la cual aludía

a la posibilidad de que la disciplina confiscatoria se aplicase, además de a los ilícitos nominativamente señalados, a los delitos objeto de armonización mediante las directivas que resultasen adoptables en virtud del art. 83, § 2, del TFUE.

Una enmienda ulterior, mantenida igualmente en la versión definitiva (art 2, n.1), aclara que entre los bienes susceptibles de decomiso se incluyen todas las ventajas económicas que provengan directa o *indirectamente* del delito (especificación ausente en la propuesta), incluyéndose así los beneficios derivados de una posterior reinversión o transformación de los bienes provenientes del mismo, así como las ganancias generadas.¹⁰¹

También con el fin de reformular el catálogo de bienes sujetos a decomiso, la Comisión LIBE ha ampliado el campo de la denominada “confiscación por equivalencia”:¹⁰² mientras que en la propuesta de la Comisión la base para el cálculo del valor a confiscar se limitaba solo a los bienes *provenientes* del delito, a consecuencia de una enmienda aprobada (para incorporar tal previsión a la versión definitiva, art. 4, § 2), la base señalada se amplía también a los *bienes instrumentales*.¹⁰³

Otras dos enmiendas han venido a dilatar el espacio de operatividad de la “confiscación ampliada”, extendiéndose a los bienes *ulteriores* además de a los provenientes de instrumentos del delito por el que el sujeto ha sido condenado, y en relación a los cuales la autoridad judicial disponga de elementos indiciarios suficientes (como, por ejemplo, el valor proporcional

⁹⁸ Cfr. COM(2012) 85 final, del 12 de marzo de 2012, en relación a la cual puede consultarse el trabajo de A.M. MAUGERI, “La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2, 2012, pp. 180 y ss. (<http://www.penalecontemporaneo.it/rivista/>); J. BUTCH, “Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty”, en *Eur. Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, n. 1, pp. 127 y ss.

⁹⁹ Cfr. la Relación de 20 de mayo de 2013, documento n. A7-0178/2013 (Informe de 20 de mayo de 2013, n. A7-0178/2013); sobre ello: v. A.M. MAUGERI, “L’actio in rem assurgit a modello di ‘confisca europea’ nel rispetto delle garanzie Cedu? — Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato”, en *Diritto Penale Contemporaneo — Rivista Trimestrale*, 3, 2013, pp. 180 y ss.; para un sintético marco, cfr. F. MAZZACUVA, “La posizione della Commissione LIBE del Parlamento Europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de julio de 2013 (www.penalecontemporaneo.it/ricerca/).

¹⁰⁰ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura de 25 de febrero de 2014, documento n. P7_TC1-COD(2012)0036, traducida en la versión definitiva de la Directiva 2014/42.

¹⁰¹ Por lo demás, una enmienda hecha al considerando núm. 6 (ya confirmada) declaró que esa definición extensiva de los supuestos confiscatorios debía adoptarse también en la interpretación de fuentes europeas en materia de decomiso que se mantuvieron en vigor incluso después de la aplicación de la Directiva en cuestión, o de la Decisión Marco 2001/500/JAI de 26 de junio 2011, “relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito”, en DOCE L 182, de 5 de julio 2001, la cual continuará aplicándose fuera del terreno de la Directiva señalada.

¹⁰² Es decir, como es sabido, el decomiso de bienes cuyo valor corresponde a aquellos que representan el precio, el producto o el beneficio directo del delito, cuya identificación precisa a fines de decomiso es sin embargo imposible.

¹⁰³ Para algunas anotaciones críticas cfr. A.M. MAUGERI, *L’actio in rem sobre el modello de “comiso europeo”, cit.*, p. 256.

respecto de los ingresos del condenado) que le permitan formarse convicción sobre la procedencia de los bienes de otras “conductas criminales” (art. 5 de la Directiva vigente). En primer lugar, se elimina toda referencia contenida en la propuesta originaria acerca de la naturaleza “análoga” de tales conductas criminales respecto del delito por el cual se ha pronunciado la condena, requisito que, además de resultar particularmente indeterminado, daría lugar a importantes problemas probatorios. En segundo lugar, se elimina la prohibición de comiso ampliado a las ganancias provenientes de delitos “que no hayan sido objeto de un proceso penal por prescripción del hecho en el Derecho penal nacional” (art. 4, n. 2, apartado *a*, de la propuesta).¹⁰⁴

Pero es, sin duda, la disciplina de la denominada “confiscación sin condena” la que reclama mayor atención, ya sea por su problemática en vista de la compatibilidad con los principios penales fundamentales (sobre todo, la presunción de inocencia reconocida en el art. 6, § 2, del CEDU), ya sea por la escasa fortuna en cuanto a su regulación en las diferentes versiones que abordaron la propuesta en la Directiva, en el texto resultante de la Comisión LIBE, y en la postura adoptada por el Parlamento de la UE en primera lectura,¹⁰⁵ esta última coincidente con la versión definitivamente configurada por la Comisión UE, la posibilidad de confiscar efectos e instrumentos del delito *sin una previa sentencia de condena penal* se encontraba limitada a pocos casos, correspondientes a supuestos en los que la muerte, la enfermedad o la fuga del imputado o del acusado impidiese el ejercicio de la acción penal o comportase, por falta de disponibilidad, un riesgo de prescripción, tratándose en todo caso de un proceso que “podría conducir a una condena penal” (art. 5 de la propuesta).¹⁰⁶

Por el contrario, el producto de la Comisión LIBE se correspondía con un modelo *generalizado* de co-

miso sin condena, definido sin términos medios por la doctrina como una *actio in rem*, esto es, un proceso ilícito contra el *patrimonio*, que se activaba prescindiendo de exigencias particulares que impidieran una acción penal previa contra la persona. De acuerdo con este modelo, se contemplaba el decomiso de bienes e instrumentos provenientes del delito también ante supuestos en los que faltaba una sentencia que declarase la responsabilidad de sujeto siempre que “la autoridad judicial, sobre la base de hechos específicos y después de haber estudiado todas las pruebas disponibles, esté convencida de que tales bienes derivan de una actividad de naturaleza criminal” (art. 5, § 1).¹⁰⁷ Los casos contemplados en la propuesta original venían referidos, sin embargo, a supuestos de decomiso sin condena meramente adicionales respecto a la regla general anteriormente apuntada. Esta opción de política criminal, obviamente desproporcionada en favor de la eficacia de la lucha contra la criminalidad a costa del pleno respeto de los derechos individuales (especialmente, como indicamos, la presunción de inocencia), fue posteriormente equilibrada, en el marco elaborado por la Comisión LIBE, sobre la expresa cualificación del comiso sin condena como una auténtica “sanción penal”, cuya imposición tendría que cumplir con todas las garantías previstas en el art. 6 del CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, matización expresamente contemplada en el art. 5, § 1, y 12-*bis* de la propuesta enmendada.

Un balance según muchos insatisfactorio¹⁰⁸ y pronto subvertido por la Asamblea que, en un fuerte revés, ha reconfigurado la opción originaria de la Comisión, para reducir el catálogo de supuestos en los que se insta a los Estados miembros a adoptar este comiso sin condena. En particular, la Directiva en vigor, además de no incorporar ningún caso generalizado de comiso sin condena, reserva dicho instituto exclusivamente a supuestos en los que resulte imposible alcanzar la condena por enfermedad o fuga (ni siquiera

¹⁰⁴ Apreciaciones respecto a esta elección son formuladas por: A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea*, cit., p. 30.

¹⁰⁵ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de febrero de 2014, documento n. P7_TC1-COD(2012)0036.

¹⁰⁶ Una ulterior hipótesis (donde hay pruebas suficientes para la acusación, si el tribunal considera como probable que los bienes son de origen ilícito) viene establecida en el considerando n.º 12 de la propuesta, circunstancia respecto de la cual en algunos Estados miembros se admite el comiso sin condena, sin encontrar eco esta idea, sin embargo, en el articulado de la misma propuesta.

¹⁰⁷ Debe también destacarse que, en una perspectiva diferente, la enmienda (n.º 29) dio lugar al art. 3, que no fue mantenido por el Parlamento, con el fin de permitir la ejecución del decomiso de bienes, incluso antes de condena definitiva (“con reserva de condena”), sin perjuicio de su carácter definitivo, el cual se alcanzaba con posterioridad a esa condena.

¹⁰⁸ Consúltense en este sentido las sintéticas y eficaces observaciones críticas de F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE*, cit.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

se contempla la muerte) del imputado, y sólo si ya se han iniciado procedimientos penales —por un delito susceptible de generar ventajas económicas— que obviamente pueda concluir en una condena penal. Una elección tildada por la doctrina como una auténtica declaración de intenciones “por hacer prevalecer las exigencias de respeto de las garantías en un Estado de Derecho sobre las exigencias de la lucha contra el crimen organizado”;¹⁰⁹ en suma, una opción legislativa ampliamente garantista, donde se incluye el decomiso de bienes en supuestos en los que el pronunciamiento de la sentencia definitiva resulte imposible por fuga o enfermedad, pero con respeto de otros factores que permiten afirmar la tipicidad y antijuridicidad del hecho del cual provienen las ganancias ilícitas.¹¹⁰

7. Conclusiones

Esta panorámica de las modificaciones más significativas aportadas por el Parlamento, tanto en comisiones competentes como en Asamblea, a las propuestas de Directivas de armonización penal formuladas por la Comisión de la UE y aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa nos permite formular una serie de conclusiones.

En primer lugar, la hipótesis inicial sobre la importancia del papel desempeñado por el órgano representativo de la Unión respecto del contenido de las fuentes de armonización penal queda confirmada. Las enmiendas a los textos presentados por la Comisión han demostrado ser siempre muy numerosas y no ciertamente superficiales, en ocasiones innovando en profundidad en el contenido de esos textos legales, hasta el punto de cuestionar ciertas decisiones fundamentales formuladas por la Comisión (es el caso de la pornografía infantil virtual y de la versión de la Directiva en materia de comiso, resultado de la Comisión LIBE). Las intervenciones del Parlamento han modificado en numerosas ocasiones el ámbito de aplicación de la fuente, a veces reformulando la elección del tipo y la entidad de las sanciones. Por otra parte, como ya señalamos con carácter general en referencia a las fuentes aprobadas por procedimiento legislativo ordinario, debe subrayarse una vez más que la regulación propuesta por el Parlamento en fase de primera

lectura siempre ha coincidido con la versión definitiva de la Directiva en cuestión, sin que ninguna enmienda posterior propuesta por el Consejo o la Comisión haya obligado a poner en marcha lecturas subsiguientes.

En segundo lugar, resulta también confirmada la hipótesis según la cual la Asamblea, lejos de limitarse a jugar un papel meramente formal respecto de los textos resultantes de las comisiones, conserva sobre estos últimos un innegable margen de maniobra, como demuestra la sensacional historia de la Directiva sobre decomiso, cuya versión elaborada por la Comisión LIBE ha sido sustituida por la Asamblea en relación a un instituto clave como lo es la confiscación de bienes sin condena. A la vista de las preocupaciones sobre la transparencia del procedimiento que prevé, ya en primera lectura, la discusión de los textos en un diálogo tripartito, en la que sólo participan algunos de los miembros de la comisión parlamentaria competente,¹¹¹ debe observarse cómo la Asamblea no se ha limitado simplemente a ratificar los textos presentados, reservando para sí un auténtico espacio de intervención.

En tercer lugar, y en relación al *contenido* de las enmiendas aportadas por el Parlamento, es posible hacer un balance confortable debido a la sensibilidad del órgano democráticamente elegido respecto de la exigencia de que las fuentes europeas en materia penal sean redactadas con respeto de los principios penales fundamentales. Más allá de las actuaciones ya señaladas, destinadas a suavizar los niveles sancionatorios impuestos a los Estados miembros en comparación a las propuestas efectuadas inicialmente por la Comisión, los cambios realizados en el proyecto de Directiva en materia de explotación sexual de los menores y pornografía infantil (sobre todo, pero no sólo, en relación a la pornografía virtual), poseen una importante función simbólica en este contexto, pues dicha regulación se encuentra en plena conformidad con los principios de ofensividad y proporcionalidad; de igual modo que el retroceso operado respecto de las opciones primigeniamente adoptadas por la Comisión LIBE, permite salvaguardar la presunción de inocencia. Por otra parte, allí donde la intervención del Parlamento ha tenido el efecto opuesto de extender el ámbito de aplicación de la obligación de incriminación o de endurecer los niveles punitivos existen-

¹⁰⁹ A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea*, cit., p. 39.

¹¹⁰ Es el caso de defecto por inimputabilidad, o de absolución por prescripción ininterrumpida o por amnistía (A.M. MAUGERI, *ibidem*).

¹¹¹ V., *supra*, párr. 4.

tes, no parece que se hayan conculcado los principios penales fundamentales, tratándose más bien de una actuación que pretende mejorar las soluciones configuradas inicialmente por la Comisión en cuanto al efecto de esa armonización en los sistemas penales nacionales, dentro de los límites dibujados por esos principios.

En definitiva, por un lado la cantidad y profundidad de las intervenciones del Parlamento de la Unión revelan, sin duda, un alto grado de potencial de este organismo debido a la modificación en el *law-making process* europeo aprobado en Lisboa, a la luz de las mejoras del coeficiente de legitimación democrática de las fuentes de armonización penal.

Por otro lado, el contenido de tales intervenciones seguramente pueda coadyuvar a aliviar las preocupaciones planteadas por algunos sectores de la doctrina acerca de lo que ellos conciben como una configuración inexorablemente victimocéntrica del Derecho penal europeo, su vocación de “lucha”, su tendencia a la hipercriminalización, desafiando los principios de fragmentariedad, subsidiariedad, *última ratio*, y proporcionalidad del Derecho penal clásico.¹¹² Como puede observarse en el primer quinquenio postLisboa, estos principios garantistas parecen haber encontrado en el órgano democráticamente elegido de la Unión, si no un baluarte, al menos un perspicaz interlocutor.

¹¹² Véanse en este sentido las observaciones de: V. VALENTINI, “European Criminal Justice and Continental Criminal Law. A Critical Overview”, en *European Criminal Law Review*, 2012, pp. 188 y ss; *Id.*, *amplius*, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milán, 2012, pp. 33 y ss.; y bibliografía señalada en la p. 34, nota 4 (v. especialmente J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Crítica a los principios inspiradores del pretendido ‘derecho penal europeo’”, en *La política criminal en Europa*, V. GÓMEZ MARTÍN, S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (eds.), Barcelona, 2004, pp. 121 y ss.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal