
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Devy Le Nuz, Themis Valentine Maria. *Los límites de la competencia penal europea : la propuesta COM(2022) 105 y la definición común de violación basada en el consentimiento*. Treball de Final de Grau (Universitat Autònoma de Barcelona), 2026 (Dret). 54 pàg.

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/331897>

under the terms of the  license.



LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA PENAL EUROPEA:
la propuesta COM(2022) 105 y la definición común de violación
basada en el consentimiento.

Facultad de Derecho

Grado en Derecho – *Diploma franco-español*

Trabajo de Fin de Grado

Curso 2025-2026

Autora: Themis Devy Le Nuz

Directora: Manuela Hock Medina

“A las que el derecho les falló.”

RESUMEN

La imposibilidad de establecer una definición común de violación basada en el consentimiento evidencia los límites estructurales de la competencia penal de la Unión Europea en materia de armonización. A través del análisis crítico de la propuesta COM(2022) 105, el presente trabajo examina las tensiones existentes entre la integración penal europea y la preservación de las identidades jurídicas nacionales.

La investigación se estructura en tres ejes fundamentales. En primer lugar, se analiza el marco competencial europeo, examinando la evolución desde una organización económica hacia la cooperación penal, el alcance del artículo 83 del TFUE y las barreras institucionales, dogmáticas y materiales que obstaculizan la armonización legislativa "dura".

En segundo lugar, se evalúa el fracaso de la propuesta COM(2022) 105 como un caso ilustrativo, identificando cómo las divergencias en la interpretación de las bases jurídicas y la invocación estratégica de la soberanía nacional han bloqueado la tipificación penal común del delito de violación.

Finalmente, se exploran mecanismos indirectos de armonización que permiten mitigar estos límites: la consolidación de estándares a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la interpretación evolutiva del Tribunal de Justicia de la UE a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales y el potencial de la cooperación reforzada como vía de integración diferenciada.

El trabajo defiende que, aunque las competencias penales de la Unión presentan límites que dificultan una armonización directa, existe un proceso de convergencia progresiva impulsado por la influencia de la jurisprudencia europea y por mecanismos flexibles de integración. Estos instrumentos permiten avanzar hacia estándares comunes de protección de la autonomía sexual en Europa.

Palabras clave: Unión Europea; competencia penal europea; artículo 83 TFUE; armonización indirecta; delito de violación; consentimiento; TEDH; Carta de Derechos Fundamentales.

ABSTRACT

The inability to establish a common definition of rape based on consent highlights the structural limits of the European Union's criminal competence in terms of harmonization. Through a critical analysis of proposal COM(2022) 105, this paper examines the tensions between European criminal integration and the preservation of national legal identities.

The research is structured around three main pillars. First, it analyzes the European framework of competences, examining the evolution from an economic organization toward criminal cooperation, the scope of Article 83 of the TFEU, and the institutional, dogmatic, and material barriers that hinder "hard" legislative harmonization.

Second, it evaluates the failure of proposal COM(2022) 105 as an illustrative case, identifying how divergences in the interpretation of legal bases and the strategic invocation of national sovereignty have blocked the common criminal definition of the crime of rape.

Finally, it explores indirect harmonization mechanisms that can mitigate these limitations: the consolidation of standards through the case law of the European Court of Human Rights, the evolving interpretation of the Court of Justice of the EU in light of the Charter of Fundamental Rights, and the potential of enhanced cooperation as a pathway to differentiated integration.

The study argues that, although the European Union's criminal competence has limitations that hinder direct harmonization, there is a process of progressive convergence driven by the influence of European case law and flexible integration mechanisms. These instruments enable progress toward common standards for the protection of sexual autonomy in Europe.

Keywords: European Union; European criminal jurisdiction; Article 83 TFEU; indirect harmonization; rape; consent; ECHR; Charter of Fundamental Rights.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
PARTE I. LAS BARRERAS PARA UNA ARMONIZACIÓN PENAL EUROPEA.....	9
1.1. Marco competencial europeo: Las competencias penales de la UE.....	9
<i>1.1.1 Evolución de la competencia penal.....</i>	<i>9</i>
<i>1.1.2 El artículo 83 TFUE.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.3 Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en materia penal.....</i>	<i>15</i>
1.2. Barreras estructurales.....	17
<i>1.2.1. Barreras institucionales y políticas.....</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2. Barreras dogmáticas y técnicas.....</i>	<i>22</i>
<i>1.2.3. Barreras materiales.....</i>	<i>27</i>
PARTE II. LAS BARRERAS EN LA PRÁCTICA: La inviabilidad de la armonización "dura".....	30
2.1. La propuesta COM(2022) 105.....	30
2.2. Los límites en acción.....	31
PARTE III: MECANISMOS INDIRECTOS DE ARMONIZACIÓN.....	36
3.1. Vía jurisprudencial TEDH.....	36
3.2. Vía interpretativa del TJUE: Carta DFUE y CEDH.....	37
3.3. Vía cooperación reforzada.....	39
CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	44
ANEXO.....	53

ABREVIATURAS

CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La progresiva europeización del Derecho penal constituye uno de los desarrollos más significativos del proceso de integración europea. Sin embargo, esta evolución encuentra límites especialmente visibles cuando la Unión Europea pretende intervenir en ámbitos estrechamente vinculados a tradiciones jurídicas nacionales, sensibilidades políticas y concepciones divergentes. Uno de los ejemplos más reveladores es la imposibilidad de establecer una definición común del delito de violación basada en el consentimiento durante la negociación de la propuesta de Directiva COM(2022) 105, relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

La elección del tema se justifica por su evidente actualidad jurídica. La discusión en torno a la tipificación de la violación no solo plantea una cuestión de técnica legislativa penal, sino también de protección de derechos fundamentales, igualdad entre mujeres y hombres, autonomía sexual y alcance real de las competencias de la Unión en materia penal.

Sin embargo, las tensiones identificadas no son exclusivas de este ámbito: cualquier intento de armonización penal en materia sensible, como el homicidio o la corrupción, encontraría límites estructurales similares. La violación opera, en este trabajo, como caso de estudio representativo de una problemática inherente al propio sistema de competencias penales de la Unión, cuyo fracaso parcial revela las tensiones persistentes entre integración europea y soberanía estatal.

A partir de ello, la pregunta de investigación que guía este trabajo es la siguiente: *¿En qué medida los límites de la competencia penal de la Unión Europea para armonizar tipos delictivos se manifiestan en la ausencia de una definición común de violación centrada en el consentimiento y hasta qué punto dichos límites pueden mitigarse mediante mecanismos indirectos de convergencia jurídica?*

La hipótesis sostiene que la falta de una definición común de violación basada en el consentimiento pone de manifiesto los límites actuales de las competencias penales de la Unión Europea, especialmente en relación con el artículo 83 TFUE. No obstante, existen vías indirectas capaces de favorecer una armonización progresiva, en particular mediante la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los mecanismos de integración diferenciada previstos en los Tratados.

El objetivo general del trabajo consiste en analizar los límites de la competencia penal europea a través del caso de estudio representado por la propuesta COM(2022) 105. De este objetivo se derivan tres objetivos específicos. En primer lugar, delimitar el marco competencial de la Unión en materia penal y

examinar sus restricciones estructurales, con especial atención al artículo 83 TFUE. En segundo lugar, estudiar las razones jurídicas que explican la exclusión de una definición común del delito de violación en el proceso legislativo europeo. Finalmente, explorar mecanismos indirectos de armonización que puedan favorecer estándares comunes de protección pese a la ausencia de competencia legislativa plena.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo sigue una metodología jurídico-dogmática basada en el análisis de fuentes normativas primarias y secundarias de la Unión Europea, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como doctrina científica especializada en derecho penal europeo y derecho comparado. El análisis se complementa con el estudio de documentos institucionales y trabajos preparatorios que permiten reconstruir el proceso legislativo de la propuesta COM(2022) 105.

No obstante, aunque el presente estudio se centra en el plano estrictamente jurídico, no debe olvidarse que la evolución del Derecho penal sexual responde también a transformaciones sociales y culturales. Casos ampliamente mediatizados, como La Manada en España, los hechos de Colonia en Alemania o el caso Pelicot en Francia, han contribuido a revelar insuficiencias estructurales de las legislaciones nacionales y a acelerar reformas normativas. En este ámbito, el Derecho no evoluciona de forma aislada, sino en constante diálogo con las demandas sociales y con una creciente sensibilidad hacia la autonomía sexual y la protección de las víctimas.

En cuanto a la estructura, el trabajo se divide en tres partes principales. La primera examina el marco competencial penal de la Unión Europea y los límites de la armonización legislativa (I). La segunda analiza la propuesta COM(2022) 105 como caso ilustrativo de bloqueo normativo (II). La tercera estudia distintas vías indirectas de aproximación jurídica, centradas en la jurisprudencia europea y en la cooperación reforzada (III).

PARTE I. LAS BARRERAS PARA UNA ARMONIZACIÓN PENAL EUROPEA

1.1. Marco competencial europeo: Las competencias penales de la UE

1.1.1 Evolución de la competencia penal

La integración europea empezó con el objetivo de crear una interdependencia entre países europeos para instaurar la paz. El proyecto al inicio era meramente económico, unificando la industria europea del carbón y acero. No obstante, el fin siempre fue una construcción gradual orientada hacia una integración cada vez más profunda.

Como afirmó Schuman (1950), *"Europa no se construirá de golpe ni siguiendo un único plan: se construirá mediante logros concretos que, en primer lugar, creen una solidaridad de facto"*.

Antes del Tratado de Maastricht¹, aunque ninguna competencia penal fuera expresamente reconocida a las instituciones europeas, el derecho comunitario tenía ciertas influencias en los derechos penales nacionales. Se percibía a partir de ciertos instrumentos, como con el principio de primacía del derecho comunitario², con el que se producían dos efectos: Uno positivo, por el cual se obligaba a crear nuevas infracciones para cumplir obligaciones comunitarias (los decretos franceses de 1991 y 1992 crearon sanciones por consecuencia de las transposiciones de directivas europeas), y uno negativo, con el que se neutralizaban incriminaciones nacionales contrarias al derecho europeo (por aplicación de los artículos 45 y 18 del TFUE, no se podía sancionar a un ciudadano europeo por no tener autorización de residencia).

Sin embargo, tal y como lo establecía la TJCE: *"En principio, la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son competencia de los Estados miembros."*³ Esta posición era compartida por otras instituciones europeas, como la Comisión Europea⁴: *"Se trata de un tema que no es competencia de la Comunidad, sino que sigue siendo responsabilidad de cada Estado miembro. Actualmente, el problema de la armonización del Derecho penal de los Estados miembros, en general, aún no se ha planteado."*

Así entonces, ante esta influencia indirecta de la Comunidad Europea, en paralelo había una acción directa del Consejo de Europa⁵, que promovió diferentes tratados internacionales en materia penal, principalmente el *"Convenio europeo sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 1974"* y el *"Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977"*. Aunque estos instrumentos no suponían una armonización penal propiamente dicha, sino obligaciones

¹ Sobre la influencia del derecho comunitario en materia penal antes de Maastricht, véase *Haguenau-Moizard, C., Gazin, F., & Leblois-Happe, J. (2016). Les fondements du droit pénal de l'UE (pp. 13-14). Larcier.*

² Principio reconocido en TJCE, 15 julio 1964, Fiaminio Costa c/Enel

³ TJCE, 11 de noviembre de 1981, Procedimiento penal contra Guerrino Casati, C-203/80, p. 27.

⁴ Informe General n.º 8 sobre las Actividades de las Comunidades en 1974, p. 145.

⁵ Organismo internacional con instrumento principal el Convenio Europeo de Derechos Humanos

internacionales de cooperación y criminalización, que cada Estado implementa según su propio ordenamiento jurídico.

El primer paso hacia una competencia penal fue la creación de la Unión Europea, mediante el Tratado de Maastricht, del 7 de febrero de 1992. En este, se introdujeron disposiciones sobre justicia en el marco comunitario.

Así mismo, se estableció un objetivo de acercamiento : *“aproximación, según sea necesario, de las normas de Derecho penal de los Estados miembros”*⁶, aunque en sectores delimitados: *“crimen organizado, terrorismo y narcotráfico”*⁷. Así, la necesidad de proteger el espacio de libertad, seguridad y justicia condujo inevitablemente hacia una aproximación en materia penal, aunque limitada para casos graves de criminalidad internacional y todavía intergubernamental.

Esta evolución se confirmó con el Tratado de Ámsterdam en 1997, y con la adopción de diferentes decisiones marco, como la *“Decisión marco del Consejo del 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo”*. Las decisiones marco son el instrumento usado por su ausencia de carácter de efecto directo, con la intencionalidad de los autores de los tratados de evitar una extensión de los límites de las competencias europeas en materia penal.

Así, poco a poco, el TJCE empezó a reconocer ciertas competencias penales a la Comunidad Europea, considerando la armonización penal como *“un instrumento al servicio de la política comunitaria”*⁸, y se empezó a visualizar un *“emergente proceso europeo de armonización legislativa en materia penal”*.⁹

El verdadero punto de inflexión en materia de competencias penales de la Unión Europea se produjo con el Tratado de Lisboa en 2009¹⁰. Este tratado supuso la superación definitiva del sistema de pilares para dejar paso a la "comunitarización" de la cooperación judicial penal, elevando el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia a categoría de objetivo fundamental de la Unión (art. 3.2 TUE). Como explica López Aguilar (2015), el Tratado de Lisboa transformó radicalmente el panorama institucional. El Parlamento Europeo y el Consejo comenzaron a actuar como colegisladores mediante el procedimiento legislativo ordinario, convirtiendo al Parlamento en "legislador penal" por primera vez en la historia de la integración europea¹¹ y permitiendo más acciones en ese ámbito con un procedimiento menos complejo.

⁶ Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992, artículo K.1 del Título VI,

⁷ Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992, Artículo K.3 e.

⁸ TJCE, 13 de septiembre de 2005, Comisión c. Consejo, C-176/03, p. 19: *“Sin reivindicar una competencia general en materia penal, la Comisión considera que el legislador comunitario es competente para obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales en materia de protección medioambiental, concibiendo la armonización de las legislaciones penales nacionales como un instrumento al servicio de la política comunitaria*. La sentencia Comisión/Consejo de 23 de octubre de 2007 (C-440/05) confirma la existencia de dicha competencia penal de la Comunidad.

⁹ LÓPEZ AGUILAR, J. F., "El Parlamento Europeo legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 13-74, p. 16.

¹⁰ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, art. 3.2, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326, 26 de octubre de 2012.

¹¹ *Ibid.*, p. 22

Esta "lisbonización"¹² de la materia penal comportó no solo la conversión de las antiguas Decisiones-Marco en Directivas (rebasando sus defectos, dándole un efecto directo y la posibilidad de interposición de recurso de incumplimiento, en caso de no transposición), sino también la atribución al legislador europeo de competencias explícitas en materia de derecho penal sustantivo mediante el artículo 82 TFUE, dándole una vía de interposición de reglas estándares en relación a los procedimientos penales, y para definir tipos penales y determinar las sanciones de ciertas infracciones con el artículo 83 TFUE.

Es en este contexto donde el Tratado de Lisboa introduce el artículo 83 TFUE, que menciona expresamente por primera vez las competencias penales de la Unión Europea.

1.1.2 El artículo 83 TFUE

El artículo 83 TFUE no permite una armonización o uniformización total, así: *"El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes."*

Debe entenderse como un instrumento del legislador europeo que permite establecer reglas mínimas en cuanto a los elementos constitutivos del tipo, penas y sanciones. En este sentido, constituye un mecanismo de armonización mínima que fija un suelo común de protección.

Pueden distinguirse dos vías de aproximación de los derechos penales materiales de los Estados miembros¹³. Primeramente, un acercamiento en los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza (Artículo 83.1 TFUE). El segundo es un acercamiento necesario para la efectividad de las políticas de la Unión (Artículo 83.2 TFUE).

Por un lado, el artículo 83.1 TFUE establece una lista de *"ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza"*, susceptibles de armonización mediante normas mínimas relativas a la definición de infracciones y sanciones. Se necesitan dos criterios: Gravedad y dimensión transfronteriza.

¹²Término usado para referirse al programa de cinco años para la "reconversión" en nuevas normas europeas del anterior marco jurídico del Tercer Pilar. LÓPEZ AGUILAR, J. F., "El Parlamento Europeo legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE", *Revista de Derecho Político*, p. 25.

¹³ FLORE, D., *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruylant, 2022, p. 157

La dimensión transfronteriza se define a partir de tres características, establecidas en el *fine del* primer párrafo del mismo artículo: La materialidad (*su carácter*) de la infracción, sus efectos (*repercusiones*) y la necesidad de una política común (*necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*). Permite no solo cubrir infracciones que tienen como elemento constitutivo la transfronterización, sino también las que, por sus efectos, aunque se hayan cometido en un solo Estado miembro, afectan a otros Estados miembros o en las que haya una voluntad política de actuar conjuntamente.

Así mismo, el concepto de gravedad, puede acoger diferentes interpretaciones dependiendo de la definición de cada Estado miembro, ejerciendo su soberanía penal. Por ello, el propio artículo 83.1 TFUE prevé una lista exhaustiva de crímenes considerados graves: “*el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada*”.

No obstante ello, para superar la rigidez del *numerus clausus* previsto en el artículo 83.1 TFUE, el tercer párrafo prevé la posibilidad del Consejo de identificar otros ámbitos delictivos que cumplen los dos criterios anteriormente mencionados. Sin embargo, la decisión requiere unanimidad del Consejo, tras aprobación del Parlamento Europeo.

Este mecanismo aún no ha sido activado, evidenciando las dificultades que plantea el requisito de unanimidad en el Consejo. Una proposición de la Comisión¹⁴ tenía por objeto integrar el discurso y los crímenes de odio en la lista tasada del artículo 83.1 TFUE. Fue aprobada por el Parlamento Europeo¹⁵, con 397 votos a favor, 121 en contra y 26 abstenciones. Aun así, a fecha de febrero de 2026, el Consejo aún no se ha pronunciado sobre la cuestión.

Frente al carácter exhaustivo y cerrado de los “*eurom delitos*”¹⁶ del artículo 83.1 TFUE, el artículo 83.2 TFUE responde a una lógica distinta: no parte de la gravedad intrínseca del delito, sino de la necesidad de garantizar la eficacia de una política de la Unión ya armonizada.

¹⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio, COM(2021) 777 final, Bruselas, 9 de diciembre de 2021.

¹⁵ Parlamento Europeo, Resolución sobre la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio, 2023/2068(INI), P9_TA(2024)0044, 18 de enero de 2024.

¹⁶ Término utilizado por la Comisión: Los “eurom delitos” se refieren a los diez delitos expresamente enumerados en el artículo 83.1 del TFUE que, debido a su particular gravedad y dimensión transfronteriza, deben abordarse a nivel de la Unión Europea. *Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Hacia una política penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE a través del Derecho penal*, COM(2011) 573 final, Bruselas, 20 de septiembre de 2011, pp. 5-6.

Así entonces, por su parte, el artículo 83.2 TFUE introduce una "*base jurídica abierta*" que permite la armonización penal cuando resulte "*imprescindible*" para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización. El objetivo es el mismo que el del artículo 83.1 TFUE: Establecer una base de reglas mínimas relativas a infracciones penales y sanciones. Así entonces, su campo de aplicación incluye todas las políticas de la Unión Europea.

Sin embargo, las directivas adoptadas con el artículo 83.2 TFUE se someterán al mismo procedimiento legislativo, ordinario o especial, que el empleado para las medidas de armonización del ámbito en cuestión.

Para la aplicación de este artículo, hay dos condiciones: Primeramente, debe existir una política de la Unión ya armonizada en la materia, no puede ser el primer acto legislativo de la UE en la materia. Segundamente, hay un criterio de imprescindibilidad de la medida que se va a adoptar.

Esta imprescindibilidad se identifica a partir de dos características acumulativas¹⁷: Por una parte, que la acción normativa sea indispensable para la realización del objetivo perseguido. Por la otra, que las medidas penales sean necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas europeas ya adoptadas.

El criterio de indispensabilidad se podría analizar análogamente a la subsidiariedad de la intervención del derecho europeo en materia penal, determinando que una acción de la Unión Europea es necesaria cuando las medidas nacionales son insuficientes y ponen en peligro la realización del objetivo comunitario. Sin embargo, no basta que la Unión Europea actúe mejor que los Estados miembros, sino que la acción penal debe ser absolutamente necesaria.¹⁸

Así mismo, tenemos también el criterio de necesidad, que condiciona el uso de este artículo a la adopción previa de textos de derecho europeo derivados, con el mismo objetivo europeo. El concepto mismo de necesidad, aunque sin definición, le pertoca al legislador europeo valorarlo, dado que la apreciación de juicios de hechos implica analizar el derecho penal de los Estados miembros para determinar si su represión es suficiente, una tarea compleja y controvertida para la función del TJUE.

Este artículo ha sido aplicado, entre otros ámbitos, a la protección del medioambiente. En su sentencia *Comisión c. Consejo* (2005), el TJCE reconoció que el legislador europeo puede adoptar medidas relacionadas con el derecho penal de los Estados miembros cuando "*la aplicación de sanciones penales*

¹⁷ Criterios mencionados en TJCE, 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo, asunto C-176/03, p. 48; TJCE, C-440/05, Comisión c. Consejo, 23 de octubre de 2007, p. 66 y 68.

¹⁸ S. MARCIALI, «Les ambiguïtés de la compétence pénale de la Communauté européenne (à propos de l'arrêt CJCE du 23 octobre 2007, Commission/Conseil, aff. C-440/05)», *Revue du droit public*, julio 2008, p. 1231. El autor señala que el criterio de indispensabilidad era una emanación de la teoría de la conexidad, por la cual una disposición habilitante del Tratado puede extenderse a materias accesorias siempre que el objetivo principal no pueda alcanzarse sin regularlas.

*efectivas, proporcionadas y disuasorias por las autoridades nacionales competentes constituye una medida indispensable para luchar contra los atentados graves al medioambiente", con el fin de garantizar la plena efectividad de las normas europeas en la materia.*¹⁹

Posteriormente, en la sentencia *C-440/05, Comisión c. Consejo* (2007), el Tribunal precisó el alcance de esta competencia. Hubo diferentes lecturas de las instituciones europeas: la Comisión Europea defendió una interpretación amplia²⁰, el Parlamento Europeo adoptó una postura prudente²¹, mientras que los Estados miembros y el Consejo privilegiaron una interpretación más restringida. El TJCE delimitó que, si bien la Comunidad podía determinar el tipo de infracciones que debían ser objeto de sanciones penales y la naturaleza de estas sanciones, no podía establecer el tipo ni el nivel concreto de las penas aplicables²², que seguían siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Estas sentencias sentaron las bases del artículo 83.2 TFUE, que permite la armonización penal accesoria, pero solo para "normas mínimas".

Así mismo, de la propia redacción del artículo 83.2 TFUE se deduce la necesidad de la realización de dos actos distintos: Uno adoptando la política sobre la materia, y otro que define las disposiciones penales necesarias para garantizar la efectividad de esta política. Esta separación puede responder a la voluntad de los Estados miembros, al negociar el Tratado de Lisboa, de tener la posibilidad de adoptar el acto sobre la política y evitar la aplicación de las disposiciones penales. Sin embargo, esto crea una "*geometría variable*"²³ en el sistema europeo²⁴, explicada por la voluntad de los Estados miembros de mantener su soberanía penal.

Finalmente, el artículo 83.3 TFUE introduce un mecanismo de freno de emergencia, por el cual cualquier Estado miembro, considerando que un proyecto de directiva penal menoscaba aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, puede solicitar la suspensión del procedimiento legislativo y la consulta al Consejo Europeo. Si no se alcanza consenso, al menos nueve Estados miembros pueden activar una cooperación reforzada. Este mecanismo constituye una garantía adicional de la soberanía penal nacional, pero también un potencial instrumento de bloqueo que debilita la capacidad armonizadora de la Unión.

¹⁹ TJCE, C-176/03, *Comisión c. Consejo*, 13 de septiembre de 2005, p. 48.

²⁰ Comisión Europea. (2005). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión/Consejo)* [COM(2005) 583 final].

²¹ Parlamento Europeo. (2006). *Resolución del Parlamento Europeo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión/Consejo)* [2006/2007(INI)]

²² TJCE, C-440/05, *Comisión c. Consejo*, 23 de octubre de 2007, p. 70.

²³ Consejo de la Unión Europea. (2025, 28 de agosto). *Espacio Europeo de Investigación*. El Consejo de la Unión Europea define la geometría variable como un principio que permite a los Estados miembros aplicar determinadas iniciativas de forma voluntaria, otorgando así flexibilidad en cuanto a la participación.

²⁴ Flore, D. (2014). *Contours, limites et perspectives du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE. Les conditions d'un rapprochement effectif des législations nationales*. p.3.

La utilización del artículo 83 TFUE no solo está condicionada a criterios formales, sino también al principio de subsidiariedad, que delimita cuándo la intervención europea es legítima frente a la acción de los Estados miembros.

1.1.3 Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en materia penal

El principio de subsidiariedad y proporcionalidad se encuentran en el artículo 5 del TUE, respectivamente en su párrafo 3 y 4. Son dos principios fundamentales que limitan la intervención penal de la Unión Europea en materia penal.

Por una parte, el principio de subsidiariedad se encuentra en el artículo 5.3 TUE, determinando que: *“En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo si [...] los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, [...], sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.”* Este principio determina si la Unión puede actuar. En materia penal, esta necesidad de demostrar que una acción europea es más eficaz es especialmente exigente porque los Estados son protectores en relación a ceder soberanía.

De otra parte, el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 5.4 TUE establece que: *“El contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.”* Así entonces, la proporcionalidad determina cómo debe actuar la Unión. En materia penal, esta exigencia se manifiesta en que la armonización debe limitarse a normas mínimas.

Estos dos principios deben ser respetados por las instituciones europeas en sus acciones legislativas²⁵. La obligación de estas instituciones se manifiesta, en el caso de la Comisión, por consultas a los Estados miembros antes de proponer el acto legislativo.

Sin embargo, el control del respeto de solamente el principio de subsidiariedad es tarea de los parlamentos nacionales, como indica el artículo 6 del protocolo n.º 2: *“Todo Parlamento nacional [...] dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto **no se ajusta al principio de subsidiariedad.**”* A mi parecer, esta limitación de control a solo el principio de subsidiariedad se debe a la naturaleza de ambos principios: mientras la subsidiariedad plantea una cuestión política sobre el reparto de competencias y es atribuida a los parlamentos nacionales porque es protectora de la soberanía nacional de los Estados

²⁵ Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anexo al Tratado de Lisboa, artículo 1. El protocolo especifica las reglas y el control de la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

miembros, la proporcionalidad plantea una cuestión técnica sobre la adecuación y la intensidad de los medios en relación al objetivo final.

No obstante, como señala Aranda Álvarez (2013), esta separación es artificial: cuando los Parlamentos nacionales valoran si la Unión debe actuar (subsidiariedad), *"inexorablemente a ese razonamiento irá unido el de la intensidad que debe tener esa legislación: la aplicación del principio de proporcionalidad"*²⁶. Esta interconexión explica por qué, en la práctica, los dictámenes motivados de los Parlamentos nacionales suelen contener consideraciones tanto sobre subsidiariedad como sobre proporcionalidad, aunque formalmente solo puedan controlar el primero. Además, el artículo 5 del Protocolo n.º 2²⁷ obliga a la Comisión a justificar sus propuestas legislativas con el principio de proporcionalidad en la ficha de motivación, lo que induce a los Parlamentos nacionales a analizar también este principio. Como señala Aranda Álvarez (2013), dado que *"las fronteras entre estos dos principios no son claras, el resultado es que los dictámenes que nuestro Parlamento está realizando se ocupan de conocer los efectos que puede producir la iniciativa legislativa en ambos principios"*.²⁸

Se genera entonces una incoherencia del sistema: los Parlamentos nacionales analizan en la práctica ambos principios en sus dictámenes, pero solo pueden activar los mecanismos de control por violación de la subsidiariedad. Si un Parlamento considera que una propuesta respeta la subsidiariedad, pero es desproporcionada, no dispone de instrumento formal para bloquearla, dejando una propuesta desproporcionada sin consecuencias.

Así entonces, estos dos principios se aplican plenamente en el dominio penal, y en la adopción de actos legislativos con el artículo 83 TFUE de base jurídica. Hay exigencias de *"intervención mínima («ultima ratio»), necesidad, proporcionalidad y examen de subsidiariedad por los Parlamentos Nacionales de los EEMM."*²⁹ De hecho, podemos ver una manifestación del principio de subsidiariedad en el criterio de indispensabilidad del 83.2, como explicado anteriormente.

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, junto con el sistema de control parlamentario, configuran los límites formales de la competencia penal europea establecida en el artículo 83 TFUE.

²⁶ ARANDA ÁLVAREZ, E., "La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española", Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 44, 2013, pp. 101-153, p. 107.

²⁷ Artículo 5 del Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: *"Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad."*

²⁸ ARANDA ÁLVAREZ, E., "La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea". Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española", Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 44, 2013, pp. 101-153, p. 124.

²⁹ LÓPEZ AGUILAR, J. F., "El Parlamento Europeo legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE", Revista de Derecho Político, núm. 93, 2015, pp. 13-74, p. 20.

Como se analizará a continuación, estos límites se ven reforzados por barreras estructurales de naturaleza institucional, dogmática y técnica que constituyen obstáculos para la armonización penal en la práctica.

1.2. Barreras estructurales

1.2.1. Barreras institucionales y políticas

Como señala Sébastien Marciali³⁰ en su comentario de sentencia: *“Es difícil negar que la materia penal se encuentra en el centro de la soberanía de los Estados miembros.”* La materia penal, forma parte del núcleo de la soberanía de los Estados miembros, lo que produce bloqueos institucionales y políticos en la práctica.

El procedimiento legislativo para adoptar una armonización de mínimos con la base jurídica del artículo 83 TFUE es uno ordinario. Significando que se necesita la mayoría cualificada del Consejo. Aunque no sea la unanimidad la exigida, la mayoría cualificada³¹ requiere al menos el 55 % de sus miembros (mínimo 15 Estados), que representen el 65 % de la población de la Unión.

Sin embargo, la competencia penal de la Unión continúa estando fuertemente condicionada por dinámicas intergubernamentales que reintroducen, de facto, una lógica de veto. Esto supone una barrera política en la práctica, ya que hay múltiples mecanismos en manos de los Estados miembros que permiten bloquear cualquier acción en materia penal.

En efecto, el artículo 83.1.3, determina que una ampliación de la lista de “eurodelitos” requiere una decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. Esta exigencia convierte cualquier intento de expansión material de la competencia penal europea en una decisión políticamente sensible y condicionada al consenso pleno de los Estados miembros. Es un primer indicio de un retorno a la lógica de unanimidad. El bloqueo formado a partir de esta condición de unanimidad se materializa, como ya lo hemos estudiado, con el intento de proposición de la Comisión de ampliar la lista de “eurodelitos” con los delitos de odio³², que, aunque aceptada por el Parlamento Europeo, no ha sido votada por el Consejo. Este silencio del Consejo ha sido criticado por las otras instituciones europeas, empujando a eurodiputados a pedir *“utilizar la «cláusula pasarela» para superar los obstáculos planteados por la necesidad de unanimidad”*.³³ Sin embargo, aunque esta cláusula permitiera sustituir la

³⁰ S. MARCIALI, «Les ambiguïtés de la compétence pénale de la Communauté européenne (à propos de l'arrêt CJCE du 23 octobre 2007, Commission/Conseil, aff. C-440/05)», *Revue du droit public*, julio 2008, p. 1231.

³¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 238.3.a): *“como un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión. Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.”*

³² Comisión Europea, COM(2021) 777 final, op. cit.

³³ PARLAMENTO EUROPEO, “El PE insta a criminalizar la incitación y los delitos de odio en toda la UE”, Nota de prensa, Ref. 20240112IPR16777, 18 de enero de 2024.

condición de unanimidad por una mayoría cualificada³⁴ sin necesidad de revisar formalmente los Tratados, en la práctica, es difícil. La condición de esta pasarela requiere una unanimidad del Consejo Europeo y el veto de un solo Parlamento nacional permite el bloqueo de la decisión. Se crea un círculo institucional donde los Estados miembros en contra de la ampliación tendrían la misma posición en el voto del uso de la cláusula. Ya que el Consejo y el Consejo Europeo son dos instituciones de naturaleza intergubernamental, que tienen en cuenta los intereses de los Estados miembros. Así, incluso los instrumentos previstos para flexibilizar la toma de decisiones quedan sometidos a la misma lógica de proteccionismo de la soberanía.

A ello se añade el mecanismo del denominado “freno de emergencia”, previsto en el artículo 83.3 TFUE, que permite a un Estado miembro suspender el procedimiento legislativo cuando considere que un proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal. Este mecanismo traslada la decisión al Consejo Europeo y somete la continuidad del procedimiento a una negociación y una llegada a un consenso común, lo que refuerza la capacidad de los Estados para condicionar o paralizar la armonización penal. Este mecanismo puede ser activado por un solo Estado miembro, lo que constituye en cierto modo un segundo indicio de una lógica de unanimidad. Hace falta la oposición motivada de un único Estado para paralizar el procedimiento y forzar una renegociación. De este modo, la mayoría cualificada prevista como regla general queda condicionada por un freno que refuerza la soberanía penal de los Estados miembros.

Este mecanismo no ha sido aún usado desde su entrada en vigor. No obstante ello, se ha instrumentalizado el procedimiento en la fase de negociación. Así como lo indica un informe del parlamento británico, tiene un efecto disuasorio: *“una vez que un Estado miembro «acciona el freno», no hay forma de que la maquinaria legislativa pueda volver a ponerse en marcha hasta que ese Estado miembro tenga la seguridad, dentro del Consejo Europeo, de que sus objeciones pueden ser atendidas”*³⁵. Así mismo, *“aunque era poco probable que se utilizara a menudo el freno de emergencia debido a su complejidad, «la mera existencia de la posibilidad de recurrir a este procedimiento podría tener un efecto similar al que tuvo durante años la «sombra del veto de Luxemburgo», es decir, inducir a la cautela y al compromiso en el funcionamiento del «procedimiento legislativo ordinario» en estos ámbitos, a fin de evitar el riesgo de que cualquier Estado miembro accionara el freno»*.³⁶ Así, la amenaza de la activación de este instrumento condiciona las propuestas de la Comisión para anticipar el posible bloqueo.

³⁴ Tratado de la Unión Europea, artículo 48.7.

³⁵ House of Commons European Scrutiny Committee, *Fourteenth Report of Session 2004-05*, op. cit., para. 176, citando a Statewatch.

³⁶ *Ibid.*, para. 177, citando a la Prof. Gráinne de Búrca.

Vemos un ejemplo de esta instrumentalización de Bélgica en sus comentarios oficiales sobre la propuesta de Directiva de Acceso a un Abogado³⁷: *“La propuesta, tal y como está redactada, [...] puede socavar el principio de contradicción de la fase previa al juicio y significaría que tendríamos que revisar otras garantías procesales previstas en nuestro sistema de justicia penal.”* Según el análisis de Obërg (2021), esto permite *“cumplir los criterios para accionar el freno de emergencia”*.³⁸ Bélgica se abstuvo del voto. Sin embargo, su amenaza implícita de activar el freno funcionó *“en el sentido de que la ambiciosa propuesta de la Comisión se diluyó en las negociaciones posteriores”*.³⁹

Finalmente, una última arma que tienen los Estados miembros para proteger su soberanía penal y que constituye un límite a la competencia penal de la Unión Europea es el control preventivo que ejercen los parlamentos nacionales⁴⁰. Estos, mediante dictámenes motivados, pueden remitir dos votos: uno por cámara en los sistemas bicamerales y, si los dictámenes negativos alcanzan determinados umbrales, se activa el denominado mecanismo de “tarjeta amarilla” o, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, la “tarjeta naranja”. En el primer caso, la institución que haya realizado la propuesta debe reexaminarla, y puede mantenerla, modificarla o retirarla, siempre que motive su decisión. En el segundo, si se alcanza la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener su iniciativa, el Consejo o el Parlamento Europeo pueden bloquear definitivamente el proyecto si estiman que vulnera la subsidiariedad. Esto representa un tercer indicio de un retorno a una lógica de unanimidad.

Así, uno de los únicos casos del uso de la tarjeta amarilla en ámbito penal es la propuesta de la creación de una Fiscalía Europea en 2013⁴¹. Hubo 14 parlamentos nacionales de diferentes Estados miembros que emitieron un dictamen estableciendo la propuesta como no conforme con el principio de subsidiariedad. La propuesta, aunque basada en el artículo 86 TFUE, muestra la misma lógica de protección de la soberanía nacional frente a la armonización penal. Sin embargo, este control, en principio limitado a la subsidiariedad, se usa también para introducir reservas sobre el alcance de la armonización⁴², pidiendo

³⁷ Delegación belga, Comentarios sobre la propuesta de Directiva relativa al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y al derecho a comunicarse en el momento de la detención, Consejo de la Unión Europea, Doc. 7593/12, 13 de marzo de 2012, pg.3.

³⁸ ÖBERG, J., "Exit, Voice and Consensus: A Legal and Political Analysis of the Emergency Brake in EU Criminal Policy", European Law Review, vol. 46, núm. 4, 2021, pp. 506-530.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Artículo 6 del Protocolo n.º 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad:

⁴¹ Comisión Europea. Comunicación sobre la revisión de la propuesta de creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad (COM(2013) 851 final), 27 de noviembre de 2013. Como lo indica en su apartado 2.2: *“Varios Parlamentos nacionales (Vouli ton Antiprosopon de Chipre, House of Commons del Reino Unido, Országgyűlés de Hungría) estiman que la Comisión no ha explicado suficientemente los motivos por los que su propuesta es compatible con el principio de subsidiariedad.”*

⁴² Comisión Mixta para la Unión Europea. Dictamen motivado 2/2012 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales [COM(2012) 10 final]. BOCG. Sección Cortes Generales, serie A, núm. 34, de 04/04/2012, 27 de marzo de 2012. La conclusión del dictamen de las Cortes Generales fue la siguiente: *“Es conforme al principio de subsidiariedad establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea. No obstante, es el parecer de esta Comisión Mixta que es*

más concretización de los conceptos materiales. Se confirma la instrumentalización del mecanismo con un carácter político del control, expresando resistencias a la armonización penal europea y transformando el control preventivo en un mecanismo adicional de protección de la soberanía nacional.

Así como indica Aranda Álvarez (2013), *“una limitación de la «soberanía legislativa» de los órganos normativos de la Unión Europea. [...] se pone a disposición de los Estados un instrumento para «cortocircuitar», «dificultar» o restringir la capacidad legislativa de Europa y, en particular, del Parlamento Europeo.”*⁴³

Así vemos que, aunque la norma sea una mayoría cualificada, estas herramientas reintroducen implícitamente una lógica de veto, limitando la expansión automática de la competencia penal europea y consolidando la capacidad de los Estados de condicionar, retrasar o incluso bloquear la armonización legislativa.

Al mismo tiempo, también hay una barrera institucional a tener en cuenta, reflejada en la respuesta de las instituciones europeas en la sentencia C-176/03 (2005), habiendo desacuerdos en la extensión de la competencia penal.

Por una parte, la Comisión Europea estaba a favor de una interpretación extensiva⁴⁴, argumentando que la competencia para imponer sanciones penales derivaba de manera casi automática de cualquier política comunitaria armonizada. Así, el razonamiento del TJUE se aplicaría a todos los ámbitos de competencia europea.

Por otra parte, el Parlamento Europeo defendía una interpretación más restringida, sobre todo en relación con la lectura de la Comisión. Aconsejó a la Comisión no extender automáticamente la solución del TJUE a *“cualquier otra materia que pertenezca al primer pilar”*⁴⁵. Más bien, defendía una aplicación caso a caso, justificando su sola aplicación si *“el cumplimiento del Derecho comunitario no puede garantizarse de otro modo que mediante el recurso a sanciones penales; [...] que se han producido infracciones frecuentes y repetidas de las normas comunitarias, sin que haya sido posible impedir las mediante la*

necesario, a efectos de delimitar claramente el ámbito de aplicación de esta Directiva de acuerdo con el artículo 2 de la propuesta, que se precise de forma clara el significado y el alcance del término «seguridad nacional» para evitar cualquier inseguridad jurídica en un campo tan trascendental como es el de la prevención, investigación y persecución de delitos en el ámbito de la Unión Europea.

⁴³ ARANDA ÁLVAREZ, E., “La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 44, 2013, pp. 101-153, p. 130.

⁴⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), COM(2005) 583 final, Bruselas, 23 de noviembre de 2005. En su p.8, la Comisión establece: *“El razonamiento del Tribunal de Justicia se aplica a todas las políticas y libertades comunitarias en las que existan normas vinculantes a las que debieran asociarse sanciones penales para garantizar su eficacia.”*

⁴⁵ Parlamento Europeo, Resolución sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión/Consejo), 2006/2007(INI), P6-TA(2006)0260, DOUE C 300 E, 9 de diciembre de 2006, p. 3

legislación vigente, ni siquiera recurriendo a los derechos nacionales”.⁴⁶ Era una posición más prudente, no negando la competencia penal de la Unión, pero sí teniendo en cuenta el riesgo de conflictos con los Estados miembros si hubiera una extensión extensiva.

Finalmente, el Consejo y, en su individualidad, los Estados miembros, defendiendo sus soberanías nacionales, abogaban por una lectura restringida. Defendían una intervención mínima de la Unión en materia penal, tanto en su extensión como en el alcance de su acción. Esta posición se ve reflejada en la denuncia de Francia a través de un informe de la Asamblea Nacional francesa: *“Esta interpretación amplia también puede afectar la coherencia del Derecho penal. Al permitir que otras formaciones del Consejo distintas del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, legislen en materia penal, la jurisprudencia del Tribunal abre la puerta a la fragmentación y a la dispersión de la materia penal en las instancias del Consejo. A la larga, la coherencia del Derecho penal de los Estados miembros podría verse afectada.”*⁴⁷ El Reino Unido también tenía una posición firme, con muchas dudas planteadas en el Parlamento Europeo⁴⁸ hacia el Consejo sobre las implicaciones de la sentencia. Su actitud proteccionista sobre su soberanía penal se relevó junto a Irlanda con un *“opt-out”*⁴⁹ sobre cualquier medida del espacio de libertad, seguridad y justicia, donde se incluye el artículo 83 TFUE y las medidas de armonización.

Así entonces, este desacuerdo entre las instituciones se materializa en un bloqueo, ya que el artículo 83 TFUE⁵⁰ establece el procedimiento ordinario. Significando que, si el Parlamento Europeo y el Consejo tienen posiciones diferentes en cuanto al alcance de la competencia penal de la Unión, esta ausencia de consenso puede paralizar propuestas de armonización de la Comisión. Así mismo, la apreciación de la “necesidad” en el sentido del artículo 83.2 TFUE no corresponde al Tribunal de Justicia, sino al legislador y, en particular, al Consejo, lo que convierte dicha interpretación en una instrumentalización. Los representantes de los Estados miembros aplican sistemáticamente una lectura restrictiva del concepto, consolidando el carácter político de las resistencias a la armonización penal y privando a la Comisión de cualquier vía para imponer una interpretación más amplia.

⁴⁶*Ibid.*, p. 15

⁴⁷ PHILIP, C., Rapport d'information sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne (Rapport n° 2829), Assemblée nationale française, 25 de enero de 2006, p. 15.

⁴⁸ ESTRADA CUADRAS, A., “Vía libre al Derecho penal europeo: Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”, *InDret*, núm. 2, 2006, p. 14.

⁴⁹ Cláusula voluntaria de no participación. Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, anexo a los Tratados, DOUE C 326, 26 de octubre de 2012. En su artículo 1: “El Reino Unido e Irlanda no participarán en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. No obstante, puede participar, como lo indica el artículo 3.1: “El Reino Unido o Irlanda podrán notificar por escrito al Presidente del Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa en virtud del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta de que se trate.”

⁵⁰ Artículo 83.1 del Tratado de la Unión Europea: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario”

En definitiva, aunque el artículo 83 TFUE establece formalmente la mayoría cualificada, la combinación de múltiples mecanismos institucionales de bloqueo, divergencias institucionales persistentes sobre el alcance de la competencia penal y el carácter político de la apreciación de "imprescindibilidad", reintroduce de facto una lógica de unanimidad, permitiendo a los Estados miembros proteger su soberanía penal y constituyendo una barrera estructural a cualquier armonización ambiciosa.

1.2.2. Barreras dogmáticas y técnicas

Así, como decía el abogado general Mazák en sus conclusiones sobre la sentencia C-440/05: *“Los Estados miembros ya tienen, en términos generales, opiniones muy diferentes sobre la función y el objeto del Derecho penal como instrumento sancionador”*.⁵¹ Estas divergencias se traducen en barreras, condicionando la viabilidad de un consenso sobre las normas penales.

Primeramente, los sistemas jurídicos de cada Estado miembro no son normas aisladas y desordenadas, sino que forman parte de un ordenamiento coherente organizado por su propia jerarquía de valores, influenciada por la tradición jurídica y la identidad nacional de los Estados miembros. Tal y como apelaba el abogado general Mázak en sus conclusiones: *“Cada código penal expresa una jerarquía propia de los intereses jurídicos que pretende proteger (bienes, personas, medio ambiente, etc.) y modula las sanciones en consecuencia.”*⁵² Actualmente, hay veintisiete Estados miembros, con sus propios sistemas, escalas de gravedad lógicas punitivas. La consecuencia de una armonización es: *“una fragmentación y comprometer así la coherencia de los sistemas penales nacionales”*⁵³.

Esta diversidad, nace de la expresión de tradiciones jurídicas distintas que forman parte de la identidad constitucional de cada Estado miembro, protegida por el artículo 4.2 del TUE⁵⁴.

Así entonces, imponer unas normas comunes cuando hay sistemas tan diferentes, reduce el derecho penal europeo como *“vulnerando el principio de coherencia tanto horizontal, en relación al propio derecho comunitario, como vertical, respecto al ordenamiento interno de los Estados miembros”*.⁵⁵

El principio de coherencia vertical supone que las normas penales europeas no rompan la escala interna de gravedad construida por cada ordenamiento nacional. Como señala el Manifiesto sobre Política Criminal Europea⁵⁶, el legislador europeo debe, antes de adoptar cualquier instrumento penal, evaluar las

⁵¹ Conclusiones del abogado general Ján Mazák, presentadas el 28 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea, C-440/05, EU:C:2007:393, p. 105.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea: *“La Unión respetará [...] su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional.”*

⁵⁵ CORRAL MARAVER, N. «Algunos problemas de la armonización del Derecho penal sustantivo». Especial referencia a la normativa sobre criminalidad organizada y terrorismo». Universidad de Málaga, pg.10.

⁵⁶ European Criminal Policy Initiative, "A Manifiesto on European Criminal Policy", ZIS, núm. 12, 2009, p. 709.

consecuencias para los parámetros de coherencia de los sistemas penales nacionales, ya que las penas máximas mínimas previstas en los distintos instrumentos europeos no deben crear una necesidad de aumentar las penas máximas de forma incompatible con los sistemas existentes.

En la práctica, estas discrepancias se manifiestan con la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, donde se obliga a los Estados Miembros a adoptar: *“las medidas necesarias para que los delitos [...] sean sancionados con penas privativas de libertad, de las cuales la pena máxima no podrá ser inferior a quince años [...] y ocho años[...]”*⁵⁷ Finlandia, estuvo en dificultad dado que la duración de privación de libertad más larga en su ordenamiento era de doce años. La Decisión Marco solo pudo transponerse implementando una solución técnica de doce+tres años, contraria a la lógica interna del sistema penal finlandés.

Otro ejemplo de incoherencia vertical se produjo en Suecia, donde se quería imponer una pena máxima mínima de doce años para la facilitación de la entrada irregular, incompatible con el sistema sueco, donde la pena máxima para el delito correspondiente era de cuatro años y la pena de duración más elevada era de diez. La solución vino en forma de cláusula⁵⁸ que permitía a los Estados miembros imponer una pena menor cuando fuera *“imperativo para preservar la coherencia del sistema nacional de penas”*, lo que evitó la ruptura y una modificación mayor del ordenamiento jurídico sueco.

Estos dos ejemplos reflejan en la práctica *“la realización de ejercicios de ingeniería jurídica para aplicar la norma”*⁵⁹, que evidencian la tensión entre la armonización europea y la necesidad de preservar la coherencia interna en los sistemas penales nacionales.

Esta tensión se ve cada vez más acentuada con el hecho de que la armonización no solo recriminaliza lo ya castigado (cambiando las normas de un sistema construido coherentemente), sino que expande progresivamente el ámbito de intervención penal hacia bienes jurídicos cada vez más alejados del núcleo original de competencias europeas, empezando por delitos contra los intereses de la Unión para incluir delitos como la trata de seres humanos, la explotación sexual infantil, los crímenes de odio.

Otro límite esencial categorizado como dogmático lo establece el abogado general Mazák en sus conclusiones sobre la sentencia C-440/05: *“Esas ideas divergentes se reflejan en diferencias entre los ordenamientos penales nacionales sobre el nivel general de las sanciones, sobre el equilibrio alcanzado*

⁵⁷ Artículo 5.3 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. (2002/475/JAI)

⁵⁸ Consejo de la Unión Europea, Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, 5.12.2002, pp. 1–3, art. 1(4): *“Si ello es indispensable para salvar la coherencia del régimen sancionador nacional, los actos definidos en el apartado 3 serán punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a seis años, siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable.”*

⁵⁹ CORRAL MARAVER, N. «Algunos problemas de la armonización del Derecho penal sustantivo». Especial referencia a la normativa sobre criminalidad organizada y terrorismo». Universidad de Málaga, pg. 4.

entre las diversas clases de penas y, evidentemente, sobre la clase y la gravedad de las sanciones tipificadas para las infracciones específicas. Cada código penal expresa una jerarquía especial de los intereses jurídicos que pretende proteger, y en concordancia varían las sanciones."⁶⁰

Este límite se cristalizó con la sentencia del 23 de octubre del 2007, donde la CJCE admite que la Unión puede obligar a criminalizar conductas, pero no puede fijar el tipo ni el nivel concreto de las penas. Un razonamiento lógico: cuando imponer el nivel sancionador desde fuera del sistema nacional puede comprometer la jerarquía interna de gravedad construida por cada ordenamiento con su lógica penal propia.

Además, nace otro problema en relación con este límite, la *"sobrecriminalización secundaria"*⁶¹. Este término intenta definir el problema de la armonización europea, y cómo no cubre vacíos de protección, sino que recriminaliza conductas ya castigadas a nivel nacional, añadiendo normativas sobre sistemas penales preexistentes. Se puede deducir que crea una doble restricción: Por una parte, los Estados miembros con penas más bajas se ven forzados a elevarlas para cumplir los mínimos europeos, rompiendo su coherencia interna. Por otra parte, los Estados miembros con penas más elevadas mantienen su nivel, pero incorporan una norma europea redundante que no añade protección real. La armonización penal europea no construye un sistema coherente, sino que fragmenta los ordenamientos nacionales sin mejorar necesariamente la protección de las víctimas.

A esto se añade, como señala el Abogado General Mazák en las mismas conclusiones: *"No existe un concepto uniforme del Derecho penal y los Estados miembros pueden mantener ideas muy diferentes [...] sobre los fines a los que debe servir y los efectos que puede tener"*⁶². Hay especificaciones de cada sistema penal nacional, explicadas por la identidad nacional que constituye cada Estado miembro.

Los Estados miembros definen sus propios conceptos del derecho penal, utilizados para determinar el tipo penal, basándose en sus tradiciones jurídicas.

Tomando el ejemplo del concepto de tentativa, su configuración difiere en diferentes países de la Unión Europea, causando una aplicación de un régimen sancionador no uniforme. En España, según su artículo 62 del Código Penal⁶³: *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos*

⁶⁰Conclusiones del abogado general Ján Mazák, presentadas el 28 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea, C-440/05, EU:C:2007:393, p. 105.

⁶¹ SOTIS, C., "Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del derecho penal material", en ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 110, citado en CORRAL MARAVER, N., "Algunos problemas de la armonización del derecho penal sustantivo. Especial referencia a la normativa sobre criminalidad organizada y terrorismo", Universidad de Málaga, pg. 4.

⁶² Conclusiones del abogado general Ján Mazák, presentadas el 28 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea, C-440/05, EU:C:2007:393, p. 69.

⁶³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art. 62.

grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada". El juez tiene dos opciones, o rebajar la pena de un grado o de dos grados. En el caso de Alemania, su artículo 23 de su Código Penal⁶⁴ determina que: *"La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado"*; este mismo artículo reenvía al artículo 49⁶⁵, que otorga al juez un gran margen de discrecionalidad. En este caso no hay un régimen cerrado, sino que para las penas perpetuas se establece un mínimo fijo de tres años; para las penas temporales no se puede superar los tres cuartos del máximo legal del consumado; y los mínimos legales se reducen por tramos predefinidos (de 10-5 años a 2 años, de 3-2 años a 6 meses, de 1 año a 3 meses y el resto al mínimo legal). Dentro de estos límites, el juez ejerce plena discrecionalidad.

Así entonces, una tentativa mencionada a nivel europeo puede traducirse en respuestas sancionadoras distintas. Lo vemos en la directiva 2011/93/UE sobre los abusos sexuales y la explotación sexual de menores⁶⁶, que dispone: *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la tentativa de cometer las infracciones"*. La directiva armoniza la necesidad de la punibilidad de la tentativa, pero no la cuantifica ni impone el nivel de discrecionalidad, dejando intactas las divergencias y creando respuestas nacionales disparatas.

Estas divergencias técnicas no son simples detalles, sino que expresan las culturas jurídicas de los Estados miembros que edifican sus identidades nacionales, reflejando concepciones distintas sobre la función del derecho penal. Hay una necesidad de dejar un margen de discrecionalidad judicial. Por lo tanto, una armonización europea puede imponer la punibilidad de una infracción, pero de manera limitada, ya que no se puede controlar la transposición de cada ordenamiento. Esto crea una armonización superficial, donde formalmente hay una uniformidad, pero en la práctica hay divergencia en su aplicación.

Finalmente, aparece otra dimensión que toma la forma de la necesidad de respetar los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así lo indica López Aguilar, estableciendo que los principios de la CDFUE se aplican plenamente en el ámbito penal europeo, específicamente: *"los principios de seguridad jurídica; presunción de inocencia y derecho a la defensa"*⁶⁷. Significando que la armonización penal europea está limitada por el respeto de derechos

⁶⁴ Strafrechtsgesetzbuch (StGB), de 15 de mayo de 1871, en la versión de 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I, 3322), §§ 23. Traducción al español: LÓPEZ DÍAZ, C., *Código Penal Alemán*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. La traducción utilizada corresponde a la versión de 1998. El artículo §23 citado no ha sido objeto de modificaciones sustanciales posteriores relevantes para el presente análisis.

⁶⁵ *Ibid.*, §§49. El artículo §49 citado no ha sido objeto de modificaciones sustanciales posteriores relevantes para el presente análisis.

⁶⁶ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, DOUE L 335, de 17 de diciembre de 2011, art. 7.2.

⁶⁷ LÓPEZ AGUILAR, J.F., "El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 13-74, p. 27.

fundamentales del acusado, y más generalmente de los ciudadanos europeos, que ninguna norma puede vulnerar.

Primeramente, tenemos la presunción de inocencia del artículo 48 CDFUE, exigiendo que la carga probatoria recaiga sobre la acusación, ya que *“se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa”*⁶⁸, lo que condiciona cómo puede definirse el tipo penal a nivel europeo y dificulta la posibilidad de armonización cuando el tipo penal afecta a la atribución de la carga probatoria.

Después, tenemos el principio de legalidad penal del artículo 49 CDFUE, que impone que los tipos penales sean suficientemente precisos y previsibles. Así lo determina el TJUE⁶⁹, determinando que: *“Exige que la ley defina claramente las infracciones y las sanciones que las castigan, requisito que se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente [...] qué actos y omisiones generan su responsabilidad penal”*. Esta obligación de claridad y previsibilidad responde a una necesidad de seguridad jurídica. Esta exigencia se contradice con la tendencia del legislador europeo a usar conceptos amplios e indeterminados en sus normas mínimas, tomando como ejemplo la directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación, que en su artículo 4.2: *“Hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”*⁷⁰, o en su artículo 4.5: *“Hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines”*⁷¹. Una fórmula expresamente indeterminada, sin saber a qué se refiere *“fines”*. Esta práctica de ignorancia al respecto de este principio la defiende Corral Maraver, cuando expone que: *“El mandato de determinación, uno de los componentes del principio de legalidad penal, también se ignora a menudo cuando algunas de estas normas prevén tipos excesivamente amplios, que dan lugar a inseguridad jurídica. Esto ocurre con bastante frecuencia, ya que son comunes las enumeraciones de conductas típicas vagamente definidas, que causan dudas en cuanto a su significado.”*⁷²

⁶⁸ Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, DOUE L 65, de 11 de marzo de 2016, considerando 22: *“La carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado.”*

⁶⁹ TJUE, Sentencia de 9 de septiembre de 2021, Procedimiento penal contra FO, asunto C-906/19, ECLI:EU:C:2021:715, p. 46

⁷⁰ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, DOUE L 335, de 17 de diciembre de 2011, art. 4.2.

⁷¹ Ibid., art. 4.5.

⁷² CORRAL MARAVER, N., “Algunos problemas de la armonización del derecho penal sustantivo. Especial referencia a la normativa sobre criminalidad organizada y terrorismo”, Universidad de Málaga, p. 17.

Estas obligaciones del respeto de derechos fundamentales no son solo teóricas, ya que condicionan el margen que tiene el legislador europeo en su rol de armonización penal. Estas tensiones se materializan en cada propuesta de armonización que pretende definir conductas penales con vocación de aplicación uniforme en ordenamientos contruidos sobre tradiciones jurídicas distintas.

En conclusión, estas barreras manifiestan la pluralidad jurídica europea que define la particularidad de la Unión Europea como organización *sui generis*⁷³, donde una de sus obligaciones es el respeto de las identidades nacionales⁷⁴ de los Estados miembros. La divergencia entre tradiciones penales, la inequivalencia entre conceptos técnicos del derecho penal y la exigencia de respetar los derechos fundamentales del acusado delimitan un espacio normativo en el que la armonización penal solo puede operar de forma parcial y condicionada.

1.2.3. Barreras materiales

Finalmente, como explica Sotis⁷⁵, el Derecho penal europeo se instrumentaliza a fin simbólico, con el que se construye la identidad de la Unión. Esta idea expresa la existencia de una barrera material, estructurada alrededor del principio de *ultima ratio*.

Entonces, el principio de *ultima ratio* recoge la idea de que “*un acto puede criminalizarse si es necesario para la protección de un interés fundamental y si las otras medidas son insuficientes para salvaguardar ese interés*”.⁷⁶ El derecho penal, pues, dado su carácter de gravedad e intrusivo a los ordenamientos jurídicos, solo interviene si otros instrumentos son insuficientes.

El principio se materializa en el carácter de indispensabilidad del artículo 83.2 TFUE, en el que las condiciones no son solo que la Unión actúa de mejor forma ante el objetivo perseguido, sino que debe haber una esencialidad de la acción penal. La imposición del principio es necesaria, dado que “*el uso excesivo del derecho penal conlleva una disminución de la eficacia del derecho penal*”⁷⁷. Paralelamente, esto implica un abandono de medidas menos restrictivas e igual de efectivas, como la cooperación judicial o policial⁷⁸.

⁷³ Henry, S. (2020). L'Union européenne, une construction sui generis. En Droit de l'Union européenne (pp. 28-42). Ellipses. “*Ni confederación, ni federación, ni organización internacional clásica, ni superestado: la Unión Europea es una construcción sui generis. Dotada de personalidad jurídica desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuenta con «un orden jurídico de un tipo nuevo».*”

⁷⁴ Artículo 4.2 TUE del Tratado de la Unión Europea.

⁷⁵ SOTIS, ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), El Derecho penal de la Unión Europea, 2007, p. 108.

⁷⁶ European Criminal Policy Initiative, “A Manifesto on European Criminal Policy”, ZIS, núm. 12, 2009, p. 707.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Corral Maraver, N., “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, octubre de 2016, p. 10.

La Comisión tiene una posición extensiva sobre el campo de aplicación del artículo 83.2 TFUE, una práctica que pone en tensión el principio de *ultima ratio*, por lo cual se exige una justificación de las insuficiencias de medidas restrictivas⁷⁹. La posición de la Comisión se ve en la directiva 2014/57/UE⁸⁰, donde su justificación para la imposición de un régimen de sanción como método más disuasorio es la insuficiencia de las sanciones administrativas de los Estados miembros. Aunque se aplica de una correcta manera el principio de *ultima ratio* con una justificación, también demuestra la tendencia expansiva de la Comisión de invocar dicha insuficiencia sin demostración específica.

Un ejemplo de violación del principio de *ultima ratio*, es la criminalización de la provocación pública al terrorismo⁸¹, donde no hay un daño materializado, sino que se castiga el peligro. Aunque el considerando 12⁸² invoca el principio de subsidiariedad, no hay demostración de cómo la cooperación policial o las medidas administrativas son insuficientes para prevenir ese mismo peligro. Como señala Corral Maraver, la tipificación de estas conductas “*constituye un adelantamiento de las barreras de protección penales poco compatible con el principio de ultima ratio*”.⁸³

Para acabar, un último límite que se puede identificar es la propio de la base legal del artículo 83 TFUE. Como visto anteriormente, la armonización penal es un instrumento condicionado a criterios acumulativos. Esta barrera genera un vacío entre la necesidad de actuar y la habilitación jurídica de hacerlo.

La acción en este vacío legal puede generar un riesgo de impugnación *ultra vires*⁸⁴ ante el TJUE. Ya que, como advierte Simone: “*La interpretación amplia de la competencia expresa de la Unión para admitir una competencia penal implicada podría, alimentar la desconfianza entre los Estados miembros, y en*

⁷⁹ European Criminal Policy Initiative, “A Manifiesto on European Criminal Policy”, ZIS, núm. 12, 2009, p. 707: “*Teniendo en cuenta los principios de buena gobernanza, es responsabilidad de las instituciones legislativas europeos de justificar el uso de sanciones penales como último recurso de control social.*”

⁸⁰ Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, DOUE L 173, de 12 de junio de 2014. Considerandos 5-8. Específicamente, su considerando 8 dice: “*Por consiguiente, la introducción por todos los Estados miembros de sanciones penales en relación con, al menos, las infracciones graves de abuso de mercado es esencial para garantizar la aplicación efectiva de la política de la Unión destinada a combatir el abuso de mercado.*”

⁸¹ Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, DOUE L 330, de 9 de diciembre de 2008. En su artículo 3.1.a define la provocación pública al terrorismo como: “*cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos*”.

⁸² *Ibid.*, considerando 12: “*Dado que los objetivos de la presente Decisión marco no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros unilateralmente y, por consiguiente, debido a la necesidad de normas armonizadas a escala europea, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado CE y mencionado en el artículo 2 del Tratado UE. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 5 del Tratado CE, la presente Decisión marco no excede de lo necesario para lograr dichos objetivos.*”

⁸³ Corral Maraver, N., “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, octubre de 2016, p. 16.

⁸⁴ Bundesverfassungsgericht (Sala Segunda), 2 BvR 2728/13, 21 de junio de 2016, p. 2. La definición que hace el Tribunal Constitucional alemán de *ultra vires* es la siguiente: “*Los actos ultra vires de las instituciones, órganos, oficinas y agencias de la Unión Europea violan la agenda de integración europea establecida en el Acta de Aprobación, de conformidad con el artículo 23, apartado 1, frase 2, de la Ley Fundamental, y, por ende, también el principio de soberanía popular (artículo 20, apartado 2, frase 1, de la Ley Fundamental). El control de ultra vires tiene por objeto prevenir tales violaciones de la ley.*”

particular entre los tribunales constitucionales nacionales, que podrían considerar el acto adoptado como un acto ultra vires".⁸⁵ Hay una práctica del *ultra vires* por el Tribunal Constitucional alemán⁸⁶, en el área económica sobre el programa OMT del Banco Central Europeo, demostrando que los órganos nacionales no dudan en cuestionar la legalidad de actos europeos y la apreciación extensiva de la Unión de sus competencias. Si hubo esta respuesta en materia económica, donde la sensibilidad soberana es menor, es lógico pensar que será aún más intensa en materia penal, que forma parte del núcleo de la soberanía estatal.

Así, el artículo 83 TFUE presenta límites estructurales que se evidencian cuando la armonización penal se aplica a ámbitos particularmente sensibles, como ilustra la propuesta COM(2022) 105 en materia de violencia contra las mujeres, y en particular en la definición del delito de violación.

⁸⁵ SIMON, P., *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Tesis doctoral, Université Paris-Est / Université du Luxembourg, 2017, p. 236.

⁸⁶ Bundesverfassungsgericht (Sala Segunda), 2 BvR 2728/13, 21 de junio de 2016, p. 175: "*La decisión política relativa a las condiciones del marco técnico del Programa OMT [...] suscita considerables preocupaciones*" y en su p. 181 precisa que "No obstante, la forma en que se interpretó y aplicó la ley en la Sentencia de 16 de junio de 2015 encuentra serias objeciones por parte del Senado con respecto al establecimiento de los hechos del caso (aa), el principio de atribución (bb) y la revisión judicial de los actos del Banco Central Europeo que se refieren a la definición de su mandato (cc)."

PARTE II. LAS BARRERAS EN LA PRÁCTICA: La inviabilidad de la armonización "dura"

2.1. La propuesta COM(2022) 105

Inicialmente, la propuesta de la Comisión de la Directiva COM(2022) 105 era un intento ambicioso del legislador europeo de extender una armonización penal en un ámbito sensible: la definición del delito de violación. La definición propuesta por la Comisión se basaba en la ausencia del consentimiento libre, informado y revocable.⁸⁷ El objetivo era alcanzar los objetivos del Convenio de Estambul⁸⁸.

Este avance era fruto de una construcción progresiva en el ámbito de violencia sexual, después de armonizar definiciones de conductas sexuales ilícitas e imponer penas mínimas en la Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores.

La propuesta de la Comisión se adoptó con la base jurídica del artículo 83.1 TFUE⁸⁹. La Comisión argumenta⁹⁰ que la violación encaja en "*explotación sexual de mujeres*", aunque la violencia de género no figure expresamente en la lista cerrada de eurodelitos. Intentó usar la base jurídica existente en lugar de buscar una nueva, anticipando la dificultad de ampliar la lista de eurodelitos que requiere unanimidad o de cumplir los criterios del artículo 83.2 TFUE.

Sin embargo, el argumento de la Comisión seguía una lógica utilizada para la directiva de armonización de la violencia sexual contra menores que usaba la misma base⁹¹, significando que no había carencia de

⁸⁷ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM(2022) 105 final, 2022/0066 (COD), Estrasburgo, 8 de marzo de 2022. En su artículo 5 propone una definición común de violación basada en consentimiento de la siguiente manera: "1. Los Estados miembros velarán por que las siguientes conductas intencionadas sean sancionables como delitos penales: (a) el hecho de realizar con una mujer cualquier acto de penetración vaginal, anal u oral de carácter sexual, sin su consentimiento, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; (b) el hecho de obligar a una mujer a realizar con otra persona cualquier acto de penetración vaginal, anal u oral de carácter sexual, sin su consentimiento, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto. 2. Los Estados miembros velarán por que se entienda por acto no consentido un acto realizado sin que la mujer haya dado su consentimiento voluntariamente o en una situación en la que la mujer no sea capaz de formarse una voluntad libre debido a su estado físico o mental, por ejemplo, porque está inconsciente, ebria, dormida, enferma, lesionada físicamente o discapacitada, y en la que se aproveche dicha incapacidad para formarse una voluntad libre. 3. El consentimiento podrá retirarse en cualquier momento durante el acto. La falta de consentimiento no podrá refutarse exclusivamente por el silencio de la mujer, su falta de resistencia verbal o física o su comportamiento sexual en el pasado."

⁸⁸ La Unión Europea ratificó el Convenio de Estambul el 1 de octubre de 2023. Asimismo, 22 Estados miembros son parte y lo han ratificado. El artículo 36 del Convenio obliga a las Partes a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito la violencia sexual, incluida la violación, basada en la ausencia de consentimiento libremente prestado.

⁸⁹ *Ibid.*, pg. 9: "El artículo 83, apartado 1, del TFUE constituye la base jurídica de las normas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones relacionados con la explotación sexual de las mujeres".

⁹⁰ *Ibid.*, pg. 9: sobre la interpretación amplia del concepto de explotación sexual hecha por la Comisión: "Los términos "explotación sexual" que figuran en el artículo 83, apartado 1, del TFUE pueden entenderse como el hecho de aprovecharse o intentar aprovecharse de una situación de vulnerabilidad, de una relación de poder desigual o de una relación de confianza, incluso, aunque no exclusivamente, con el fin de obtener un beneficio económico, social o político de un acto sexual con otra persona. La explotación puede consistir en el ejercicio de poder o dominio sobre otra persona con fines de satisfacción sexual, beneficio económico o promoción. Los delitos de violación y mutilación genital femenina presuponen estos elementos."

⁹¹ Comisión Europea, 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, COM(2010) 94 final, 2010/0064 (COD), Bruselas, 29 de marzo de 2010. En su página 2 argumenta el uso del artículo 83 como su base jurídica: "De conformidad con el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para ello deberán establecerse, en primer lugar, las normas mínimas sobre la definición de las infracciones penales y las sanciones en materia de explotación sexual de los

fundamento jurídico. Así entonces, si la Unión pudo armonizar la violencia sexual contra menores usando el artículo 83.1 TFUE⁹², el bloqueo de un uso en una directiva análoga respecto a mujeres adultas, que el mismo artículo 83.1 menciona conjuntamente⁹³, es incoherente. La tensión competencial existía, pero también había una resistencia política, dogmática e institucional.

2.2. Los límites en acción

Aunque la razón principal que se dio de la exclusión del delito de violación fuera la incompetencia de la Unión por falta de base jurídica, se relevaron otros límites subsecuentes.

Primeramente, como expuesto antes, se utilizó el artículo 83.1 como base jurídica de la directiva. Había desacuerdos con la interpretación del concepto “*la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños*”.

La Comisión Europea, el Parlamento Europeo y una parte relevante de la doctrina⁹⁴ defendían una interpretación evolutiva de dicha disposición, entendiendo que la violación podía quedar comprendida en la noción de explotación sexual, como forma extrema de violencia sexual y expresión estructural de desigualdad de género. Esta lectura se apoyaba, como destacó la Comisionada para la Igualdad, Helena Dalli⁹⁵, en la interpretación amplia usada con la directiva contra la violencia sexual hacia los menores. Así mismo, algunos Estados miembros⁹⁶ estaban a favor de esta interpretación.

Por el contrario, doce Estados miembros,⁹⁷ con el soporte del dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, sostuvieron una interpretación restrictiva. Según esta posición, la explotación sexual remitiría esencialmente a conductas caracterizadas por un elemento de aprovechamiento, dominación o lucro derivado de una situación de vulnerabilidad⁹⁸, mientras que la violación tendría como elemento central la

niños. Los objetivos específicos serán la persecución eficaz de la delincuencia; la protección de los derechos de las víctimas; y la prevención de la explotación y los abusos sexuales de los niños.”

⁹²*Ibid.*, el artículo 3 prevé un conjunto más amplio de infracciones penales en materia de abuso sexual, lo que demuestra que la Directiva va más allá de la mera armonización de los delitos de prostitución infantil y del componente puramente económico.

⁹³ Artículo 83.1 TFUE: “*la explotación sexual de mujeres y niños*”.

⁹⁴ Çelebi, D., Koop, L. M., & Melchior, L., *Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence*, Verfassungsblog, 17 de enero de 2024. Utilizaron la definición amplia de “*explotación sexual*” de las Naciones Unidas.

⁹⁵ Helena Dalli, Comisaria de Igualdad de la Comisión Europea, señaló que: “*Sé que existen inquietudes sobre la interpretación del fundamento jurídico. Sin embargo, ya hemos utilizado exactamente el mismo fundamento jurídico para criminalizar las actividades sexuales no consentidas con menores, por lo que no hay ningún argumento legal en contra de su uso ahora*”, en Giedre Peseckyte, Commission urges EU countries to include rape in directive on violence against women, EURACTIV, 10 de octubre de 2023 (actualizado el 11 de octubre de 2023).

⁹⁶ *Ibid.*, Grecia, Italia, Bélgica, Luxemburgo mediante una declaración común: “*El caso de violación debería quedar comprendido en el ámbito de aplicación de esta directiva*”. Así mismo, España también tenía una posición favorable, tras declaraciones de Ignacio Álvarez Peralta, el Secretario de Estado para los Derechos Sociales.

⁹⁷ Entre ellos, Alemania y Francia. Ver más en Çelebi, D., Koop, L. M., & Melchior, L., *Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence*, Verfassungsblog, 17 de enero de 2024.

⁹⁸ Council of the EU, Legal Service Opinion on the proposal for a Directive on combating violence against women and domestic violence, 14277/22, 31 de octubre de 2022, pp. 24-26.

violencia sexual o la ausencia de consentimiento⁹⁹. En consecuencia, no entraría en el ámbito material del artículo 83.1 TFUE.

Sin embargo, el propio servicio legal del consejo reconoció una vía posible para superar este límite competencial: una interpretación extensiva de la noción de “explotación sexual” del artículo 83.1 TFUE, a la luz de la Directiva 2011/93/UE sobre abusos y explotación sexual de menores. No obstante ello, se afirmó¹⁰⁰ una posición en contra, tras señalar el posible riesgo de que una interpretación amplia sentara un precedente para otras áreas penales y de una posible anulación de la directiva por violación del principio de no discriminación.¹⁰¹

Así mismo, propuso como solución una ampliación de la lista de eurodelitos, añadiendo: “*abuso sexual y violencia sexual contra las personas*”, evitando una vulneración del principio de no discriminación. Aun así, el criterio de unanimidad, dada la posición de ciertos Estados miembros, bloqueaba esta vía.

De este modo, el debate sobre la base jurídica ocultaba una cuestión más profunda: si las categorías competenciales previstas en los Tratados deben interpretarse de forma estática y cerrada, o si pueden evolucionar conforme a nuevas exigencias de protección de derechos fundamentales, en un contexto en el que una interpretación extensiva de las competencias penales de la Unión podría ser percibida por los Estados miembros como un riesgo de actuación *ultra vires*, susceptible de ser instrumentalizado como argumento de bloqueo frente a la propuesta.

En segundo lugar, se relevan obstáculos en relación a la percepción del derecho penal como núcleo de la soberanía estatal.

Alemania y Francia, principales Estados opositores de la directiva, defendieron que “*el derecho penal es materia de los Estados miembros, no de la Unión, excepto en casos de eurocrímenes*”.¹⁰² Bajo esta lógica, la criminalización de la violación debía permanecer en la esfera de autonomía constitucional de cada Estado.

Tal posición confirma una de las principales barreras de la integración penal europea. Aunque el Tratado de Lisboa ampliará las competencias penales de la Unión, los Estados siguen instrumentalizando el Consejo para preservar el control sobre materias especialmente sensibles desde el punto de vista político, cultural y constitucional.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 83 (Conclusiones).

¹⁰¹ *Ibid.*, Ver más sobre el riesgo de vulneración del principio de no discriminación y cómo evitarlo en el p. 20-27.

¹⁰² The European Institute for International Relations, France and Germany Veto on the EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence, 18 de diciembre de 2023.

Esta lógica soberanista se reflejó también en el debate interno francés¹⁰³, donde diversas voces parlamentarias criticaron la prioridad otorgada al modelo penal nacional frente a una definición europea basada en el consentimiento, pese a su coherencia con las obligaciones asumidas por Francia en virtud del Convenio de Estambul, cuyo artículo 36 inspira el artículo 5 de la propuesta de directiva.

La exclusión del delito de violación no fue, por tanto, únicamente consecuencia de dudas jurídicas, sino también la expresión de una lógica intergubernamental de defensa de competencias nacionales, lo que se inscribe directamente en las barreras institucionales y políticas que caracterizan el funcionamiento del Consejo en el proceso de integración penal europea.

Asimismo, el proceso evidenció las divergencias entre los sistemas penales europeos acerca de la concepción de violación, lo que dificultó la adopción de una posición común a nivel europeo.

Existen diferencias tanto en la inclusión del consentimiento como elemento constitutivo del delito de violación como en los modelos de atribución de la carga de la prueba.

En el momento de la negociación de la directiva, trece Estados miembros¹⁰⁴ incluían el consentimiento en sus definiciones de violación, mientras que catorce¹⁰⁵ seguían usando un modelo tradicional basado en violencia, intimidación, amenaza, coacción o abuso de superioridad¹⁰⁶.

La falta de consenso sobre el elemento constitutivo esencial del delito demuestra que la armonización penal europea tropieza también con diferencias dogmáticas enraizadas en tradiciones jurídicas nacionales diversas.

Así entonces, los Estados miembros que incluyen el consentimiento en la definición legal de la violación han evolucionado, en unos casos, hacia modelos de “solo sí es sí”, mientras que otros se articulan en torno al estándar del “no es no”. En el primer grupo, como España, el tipo penal se construye en torno a la exigencia de un consentimiento afirmativo, entendido como una manifestación clara de voluntad sexual. En el segundo grupo, como Alemania, la tipificación se basa en la realización de actos sexuales contra la

¹⁰³ Assemblée nationale, Question écrite n° 13022, Pour une définition européenne du viol incluant le consentement, 16e législature, 21 de noviembre de 2023.

¹⁰⁴ Amnesty International, European Commission & POLITICO (s. f.), *EU countries that consider non-consensual sex as rape*, Infograma: España, Irlanda, Alemania, Luxemburgo, Bélgica, Dinamarca, Croacia, Eslovenia, Grecia, Chipre, Finlandia, Suecia y Malta.

¹⁰⁵ *Ibid.*, Portugal, Francia, Italia, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía, Hungría, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Letonia, Estonia, Austria y Chequia.

¹⁰⁶ Human Rights Watch, Letter to the French Government on the definition of rape in the EU Directive on Violence Against Women, 22 de noviembre de 2023.

voluntad reconocible de la víctima, sin requerir necesariamente una expresión previa de consentimiento.¹⁰⁷

Esta diferencia afecta al objeto de la prueba, ya que en el primer caso la acusación debe acreditar la ausencia de consentimiento, mientras que en el segundo debe probar la existencia de una oposición perceptible.

Ahora bien, una definición centrada exclusivamente en el consentimiento puede generar una tensión en la lógica probatoria, en la medida en que el debate procesal se desplaza hacia la acreditación de la existencia o ausencia de consentimiento a partir de elementos indirectos. Ello puede dar lugar, en la práctica, a la impresión de que el acusado debe acreditar que existió consentimiento, si bien la carga de la prueba sigue recayendo en la acusación conforme al artículo 48 de la CDFUE.

En este sentido, el artículo 5.3 de la propuesta COM(2022) 105, al excluir que el silencio o la falta de resistencia puedan por sí solos refutar la ausencia de consentimiento, refuerza esta complejidad sin resolver su articulación, lo que evidencia las dificultades de compatibilizar la armonización penal con las garantías fundamentales.

En consecuencia, incluso admitiendo la existencia de base jurídica suficiente, persistía la dificultad material de imponer una definición común aceptable para todos los Estados miembros. Estas divergencias en la concepción del consentimiento constituyen el principal límite dogmático a la armonización penal, con incidencia directa en la estructura probatoria y en las garantías derivadas de la CDFUE.

Finalmente, diversos Estados alegaron que la Unión no había demostrado de manera suficiente la necesidad de intervenir a nivel europeo, cuestionando tanto el principio de subsidiariedad como la dimensión transfronteriza exigida por el artículo 83.1 TFUE.

Se sostuvo que la violación constituye un delito esencialmente interno¹⁰⁸, cuya persecución puede garantizarse adecuadamente mediante los ordenamientos nacionales y a través de instrumentos internacionales ya existentes, en particular el Convenio de Estambul.

¹⁰⁷ Zamfir, I., Definiciones de violación en la legislación de los Estados miembros de la UE (PE 757.618; versión actualizada en mayo de 2025), Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), Parlamento Europeo, 2025, pg. 14 y 23.

¹⁰⁸ Çelebi, D., Koop, L. M., & Melchior, L., *Germany Blocks Europe-Wide Protection of Women Against Violence*, Verfassungsblog, 17 de enero 2024.

Sin embargo, esta posición fue contestada por quienes subrayaron la persistente fragmentación normativa entre Estados miembros¹⁰⁹, la desigual protección de las víctimas dentro del espacio europeo¹¹⁰ y la necesidad de una respuesta común en un espacio de libre circulación¹¹¹. En este sentido, las Cortes Generales de España¹¹² afirmaron la compatibilidad de la directiva con el principio de subsidiariedad, en contraste con la posición de la República Checa¹¹³, que cuestionó una posible vulneración de la actuación de la Unión.

Todo ello demuestra cómo la subsidiariedad, la proporcionalidad y los criterios del artículo 83 TFUE no operan de forma puramente técnica, sino que se ven condicionados por las divergencias estructurales entre los sistemas penales de los Estados miembros, pudiendo convertirse así en instrumentos políticos de resistencia frente a una mayor integración penal europea.

La exclusión del delito de violación de la Directiva 2024/1385 converge los límites competenciales del artículo 83 TFUE, la soberanía penal, las divergencias dogmáticas, la utilización estratégica del principio de subsidiariedad y el predominio de la negociación política en el seno del Consejo.

Así, pese al amplio consenso social sobre la gravedad de la violación y pese a los compromisos internacionales asumidos por los propios Estados miembros con el Convenio de Estambul, la Unión no logró establecer una armonización mínima en uno de los ámbitos más sensibles de la protección de la dignidad y libertad sexual.

Si la armonización "dura" es estructuralmente inviable, quedan vías indirectas de aproximación penal que pueden sobrepasar los límites de la competencia penal europea.

¹⁰⁹ Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores e ICF S.A., Study to support the impact assessment on preventing and combatting violence against women and domestic violence, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022

¹¹⁰ BRUNET VILLAREJO, M., "Why was rape regulation omitted from the first EU Directive on violence against women?", *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, 4(3) (2025), pp. 127–151, pg. 136.

¹¹¹ Council of the EU, Legal Service Opinion on the proposal for a Directive on combating violence against women and domestic violence, 14277/22, 31 de octubre de 2022, p. 21.

¹¹² Comisión Mixta para la Unión Europea (Cortes Generales), Informe 38/2022 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [COM(2022) 105 final], 18 de mayo de 2022.

¹¹³ Parlamento de la República Checa, Cámara de Diputados, Comité de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, Resolución n.º 31, 9.ª sesión (18 de mayo de 2022), sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [COM(2022) 105 final; doc. 7042/22 del Consejo].

PARTE III: MECANISMOS INDIRECTOS DE ARMONIZACIÓN

Frente al bloqueo legislativo, su eficacia puede subsanarse por tres vías complementarias que trascienden los límites del artículo 83 TFUE.

3.1. Vía jurisprudencial TEDH

Frente a las dificultades de la armonización penal directa a través del artículo 83 TFUE, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha operado como un mecanismo indirecto de convergencia jurídica¹¹⁴, particularmente eficaz, en materia de violencia sexual.

Este instrumento¹¹⁵ encuentra su legitimidad en armonizar el sistema legal europeo con el objetivo mismo de la institución: “*perseguir una mayor unidad entre sus miembros*”¹¹⁶, sin invadir formalmente la soberanía legislativa de los Estados. Así, el sistema adquiere su alcance a través de la doctrina del “*living instrument*”¹¹⁷, que permite una interpretación evolutiva del Convenio conforme al contexto social actual, adaptando los derechos inscritos en el tratado a necesidades actuales aceptadas por los Estados parte. Finalmente, la fuerza del sistema se consolida mediante el carácter vinculante de las sentencias¹¹⁸, que obligan al Estado condenado no solo a cesar la violación en el caso concreto, sino también a adoptar medidas individuales y generales, incluidas reformas legislativas supervisadas por el Comité de Ministros¹¹⁹, lo que produce un efecto que trasciende el caso individual, provocando la armonización progresiva de los sistemas jurídicos nacionales.

En materia de violación, si el Convenio no la define expresamente, la interpretación evolutiva del TEDH permite fijar estándares comunes basados en la integridad física y psíquica (Artículo 3 CEDH)¹²⁰ y en la autonomía sexual (Artículo 8 CEDH)¹²¹, la violación suponiendo una vulneración de estos dos aspectos¹²². La jurisprudencia del TEDH en M.C. c. Bulgaria (2003) impone la obligación positiva, derivada de los

¹¹⁴ BRUNET VILLAREJO, M., “Why was rape regulation omitted from the first EU Directive on violence against women?”, *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, 4(3) (2025), pp. 127–151, pg. 132.

¹¹⁵ Károly Bárd, *The Role of the ECHR in Shaping the European Model of the Criminal Process*, Central European University, Budapest, s. F., pg. 3-13.

¹¹⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), preámbulo

¹¹⁷ A. K. Rippi, *New trends in the interpretation and application of the Istanbul Convention* (LL.M. Thesis, LL.M. in International and European Law, Specialization in Public International Law, National and Kapodistrian University of Athens, 30 de septiembre de 2025), pg. 7.

¹¹⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 46.1: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a cumplir las sentencias definitivas del Tribunal en las controversias en las que sean parte.*”

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Scozzari y Giunta contra Italia, demandas núm. 39221/98 y 41963/98, sentencia de 13 de julio de 2000, p. 249.

¹²⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), artículo 3: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*”

¹²¹ *Ibid.*, artículo 8.1: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”

¹²² Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Mme. Françoise Tulkens, opinión concordante en el asunto M.C. contra Bulgaria, demanda núm. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003, p. 1 Confirmado en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, E.A. et Association Européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France, demanda núm. 30556/22, sentencia de 4 de septiembre de 2025 (Sección Quinta), p.131.

artículos 3 y 8 CEDH¹²³, de garantizar la penalización y persecución efectiva de todo acto sexual no consentido. Con ello, el TEDH rechazó los modelos excesivamente centrados en la prueba de violencia física o resistencia activa de la víctima, afirmando que la autonomía sexual exige una protección más amplia basada en la ausencia de consentimiento libre. Esta evolución ha contribuido a reducir progresivamente las divergencias entre ordenamientos nacionales.

El principal límite del sistema es el efecto inter partes de las sentencias del TEDH, vinculando solo jurídicamente al Estado condenado. Sin embargo, este efecto se matiza por el principio de solidaridad¹²⁴, según el cual la jurisprudencia del Tribunal forma parte del Convenio y debe ser tenida en cuenta por los demás Estados, generando una influencia *erga omnes*, pero no formalmente obligatoria.

Así entonces, Francia demuestra la lógica de este instrumento: En la sentencia E.A. c. Francia (2025)¹²⁵, el Tribunal reconoció que Francia había vulnerado sus obligaciones positivas de instaurar disposiciones reprimiendo actos sexuales no consentidos. Así, pese a su oposición inicial a incluir una definición europea común basada en el consentimiento durante la negociación de la Directiva 2024/1385, la sentencia del TEDH impulsó una reconsideración nacional de su modelo, culminando en la definición actual en el artículo 222-22 del código penal: *"todo acto sexual no consentido cometido sobre la persona de otra persona o sobre la persona del perpetrador"*¹²⁶.

En consecuencia, si la vía legislativa de la Unión con el artículo 83 TFUE encuentra bloqueos, la convergencia material avanza mediante mecanismos externos e indirectos, tal y como la instrumentalización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.2. Vía interpretativa del TJUE: Carta DFUE y CEDH

Puede existir una segunda vía indirecta con la interpretación del Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, la Carta ofrece parámetros interpretativos capaces de orientar progresivamente hacia estándares mínimos de protección uniformes.

¹²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, M.C. contra Bulgaria, demanda núm. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003, p. 187.

¹²⁴ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1226 (2000): Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, adoptada el 28 de septiembre de 2000, p. 3.

¹²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, E.A. et Association Européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France, demanda núm. 30556/22, sentencia de 4 de septiembre de 2025 (Sección Quinta), p. 131.

¹²⁶ La inclusión de consentimiento en la definición de violación en Francia se hizo con la Loi n.º 2025-1057 du 6 novembre 2025 modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles, Journal officiel de la République française (JORF n.º 0262 du 7 novembre 2025).

En particular, los artículos 3, 4 y 7 de la Carta garantizan, respectivamente, el derecho a la integridad física y psíquica, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Estos derechos se articulan con el artículo 52.3¹²⁷, que establece que, cuando los derechos de la Carta correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los reconocidos por este. Su finalidad es asegurar una interpretación armoniosa de ambos instrumentos.¹²⁸

Así, tanto las explicaciones de la CDFUE¹²⁹ como la jurisprudencia del TJUE¹³⁰ aclararon que, usando el artículo 52.3, al interpretar los derechos de la CDFUE, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, no es una obligación estricta, aun teniendo una gran importancia como referencia interpretativa y exigiendo una justificación en caso de divergencia¹³¹.

El resultado es que, cuando los derechos de la CDFUE corresponden a los del CEDH, el estándar fijado por este último constituye un nivel mínimo de protección que la Carta no puede rebajar¹³², aunque sí puede ofrecer una protección más elevada.

Justamente, la jurisprudencia del TEDH en materia de violación ha construido sus estándares principalmente sobre la base de los artículos 3 y 8 CEDH, vinculados a la integridad personal, la dignidad y la vida privada¹³³. Estos derechos encuentran su equivalente¹³⁴ en los artículos 4 y 7 de la CDFUE, respectivamente. En consecuencia, el mecanismo del artículo 52.3 dificulta que el TJUE interprete los artículos 4 y 7 CDFUE ignorando la autonomía sexual, obligación reforzada por E.A. c. Francia¹³⁵, donde el TEDH confirmó que una legislación que no la proteja efectivamente vulnera los artículos 3 y 8 CEDH.

¹²⁷ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, versión consolidada, DO C 326, 26 de octubre de 2012, art. 52.3: *“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.”*

¹²⁸ S. Brittain, “The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: An Originalist Analysis”, *European Constitutional Law Review* 11, no. 3 (2015, 1 de diciembre): 482–511, pg. 483.

¹²⁹ Consejo de la Unión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, DOUE C 303, 14 de diciembre de 2007, pg. 17.

¹³⁰ Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 27 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, O. y S. c. Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto c. L., TJUE, p. 77: *“Recuérdese que el derecho al respeto de la vida privada y familiar está garantizado en el artículo 7 de la Carta, en los mismos términos que los del artículo 8, apartado 1, del CEDH, lo que significa, en virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, que el sentido y el alcance de este derecho han de determinarse a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.”*

¹³¹ S. Brittain, “The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: An Originalist Analysis”, *European Constitutional Law Review* 11, no. 3 (2015, 1 de diciembre): 482–511, pg. 510-511.

¹³² *Ibid.*, pg. 505; Sir Nicolas Bratza, “The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment”, en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law* (T.M.C. Asser Press, 2013), pp. 167–181, pg. 176.

¹³³ Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Mme. Françoise Tulkens, opinión concordante en el asunto M.C. contra Bulgaria, demanda núm. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003, p. 1: *“En efecto, la violación constituye un ataque tanto al derecho a la integridad (física y psicológica) de la persona, garantizado por el artículo 3, como a su derecho a la autonomía, entendido como un elemento del derecho a la privacidad, garantizado por el artículo 8.”*

¹³⁴ Consejo de la Unión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, DOUE C 303, 14 de diciembre de 2007, pg. 17.

¹³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, E.A. et Association Européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. France, demanda núm. 30556/22, sentencia de 4 de septiembre de 2025 (Sección Quinta), p. 171.

Esta vía interpretativa adquiere relevancia con la Directiva (UE) 2024/1385, que refuerza la protección de las víctimas de violencia de género, especialmente en su capítulo III. Sus artículos 14 a 21 imponen a los Estados obligaciones de denuncia accesible, investigación efectiva, evaluación de riesgos y medidas de protección, incluyendo servicios especializados para víctimas de violencia sexual.

En la medida en que los Estados aplican esta Directiva, actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión y quedan vinculados por la Carta¹³⁶. En este contexto, una regulación nacional centrada exclusivamente en la violencia física podría plantear dudas sobre la efectividad de la protección de las víctimas. Sin imponer un modelo único, este marco permitiría una interpretación conforme que reforzaría la autonomía sexual, en línea con la jurisprudencia del TEDH, especialmente M.C. c. Bulgaria, donde el Tribunal subrayó que: *“La investigación y sus conclusiones deben centrarse principalmente en la cuestión de la falta de consentimiento”*¹³⁷, consolidando así el consentimiento como elemento central en la valoración de la violencia sexual.

No obstante, esta vía interpretativa presenta límites evidentes. El Tribunal de Justicia carece de una competencia penal general para redefinir autónomamente los tipos delictivos nacionales, y la Carta solo vincula a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹³⁸. Además, su intervención depende de la existencia de un litigio concreto planteado mediante cuestión prejudicial.

Pese a sus límites, la combinación entre la Carta, la jurisprudencia del TJUE y los estándares del TEDH muestra que, incluso sin una definición común de violación adoptada mediante directiva, el Derecho de la Unión dispone de instrumentos interpretativos que pueden orientar de forma gradual a los Estados miembros hacia una protección más homogénea de la libertad y autonomía sexual.

3.3. Vía cooperación reforzada

Cuando la unanimidad política o el consenso suficiente entre los Estados miembros impiden avanzar mediante la vía legislativa ordinaria, los Tratados prevén mecanismos de integración diferenciada que permiten a un grupo de Estados progresar sin esperar a la totalidad de la Unión. Entre ellos destaca la cooperación reforzada, regulada en el artículo 20 TUE y en los artículos 326 a 334 TFUE, concebida

¹³⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT y otros*, C-176/12, p. 43: *“Dado que la normativa nacional discutida en el litigio principal constituye la aplicación de la Directiva 2002/14, el artículo 27 de la Carta es aplicable en el asunto principal”*.

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, M.C. contra Bulgaria, demanda núm. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003, p. 181.

¹³⁸ El campo de aplicación de la CDFUE, tal y como define la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, versión consolidada, DO C 326, 26 de octubre de 2012, art. 51.1: *“Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas [...] a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.”*

como instrumento de último recurso para desarrollar los objetivos de la Unión cuando estos no puedan alcanzarse una posición común con el conjunto de los Estados miembros.

En el ámbito penal, esta posibilidad reviste especial interés, dado que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia constituye hoy uno de los objetivos expresos de la Unión¹³⁹, y constituye una competencia compartida¹⁴⁰. Asimismo, el propio artículo 83.3 TFUE reconoce esta posibilidad: *“Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate”*.

Aplicada a la cuestión de la violencia sexual, una cooperación reforzada podría haber constituido una alternativa realista frente al fracaso parcial de la propuesta COM(2022) 105 respecto de la definición común de violación. Bastaría la participación de al menos nueve Estados miembros¹⁴¹ para adoptar estándares comunes más avanzados, con una definición común basada en el consentimiento, normas mínimas probatorias y mecanismos reforzados de asistencia a las víctimas.

Un eventual núcleo inicial podría haberse articulado en torno a los Estados comprometidos con un modelo similar basado en el *“sí es sí”*, como España, Suecia, Irlanda, Finlandia, Eslovenia y Dinamarca¹⁴². Así, se podría añadir, Grecia, Italia, Bélgica, Luxemburgo, que firmaron una declaración común afirmando su posición a favor de la inclusión de violación¹⁴³. Finalmente, se podría añadir Croacia, teniendo un modelo basado en consentimiento. Sigue la exigencia del artículo 328.1 TFUE: *“La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros.”*.

La coexistencia de tradiciones jurídicas distintas no impediría este instrumento, pues la cooperación reforzada permite precisamente avanzar entre quienes comparten una voluntad política suficiente, sin imponer la solución al resto. Asimismo, conforme al artículo 330 TFUE, únicamente los Estados participantes votan la autorización, lo que neutraliza el efecto de bloqueo de los Estados que se opusieron a la definición común durante las negociaciones de la Directiva 2024/1385.

¹³⁹ Artículo 3.2 TUE: *“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que estén garantizadas [...] medidas adecuadas en [...] prevención y lucha contra la delincuencia.”*

¹⁴⁰ Artículo 4.2.j) TFUE.

¹⁴¹ Condición exigida por los artículos 20.2 TUE y 83.3 TFUE.

¹⁴² Como se analiza en Zamfir, I., Definiciones de violación en la legislación de los Estados miembros de la UE (PE 757.618; versión actualizada en mayo de 2025), Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), Parlamento Europeo, 2025, pg. 11, 12, 13, 16, 23 y 24.

¹⁴³ Consejo de la Unión Europea, doc. 9305/23 ADD 1, Bruselas, 31 de mayo de 2023, anexo, declaración conjunta de Bélgica, Grecia, Italia y Luxemburgo.

La experiencia europea demuestra, además, que las integraciones diferenciadas pueden extenderse progresivamente. El ejemplo más ilustrativo en materia penal es la cooperación reforzada para el establecimiento de la Fiscalía Europea (EPPO)¹⁴⁴. Tras el fracaso del Consejo para alcanzar unanimidad en febrero de 2017, un grupo de 17 Estados miembros solicitó activar la cooperación reforzada, que fue finalmente adoptada mediante el Reglamento (UE) 2017/1939. Hoy, 23 Estados miembros participan en el EPPO, confirmando la capacidad expansiva de este mecanismo: la ausencia inicial de consenso no impidió una adhesión progresiva posterior¹⁴⁵.

Trasladado al ámbito penal, una cooperación reforzada en materia de violación podría desempeñar una función de laboratorio normativo: permitiría intentar soluciones comunes, generar confianza mutua y demostrar la viabilidad práctica de estándares basados en el consentimiento. Con el tiempo, otros Estados miembros podrían reconsiderar su posición y adherirse al mecanismo, del mismo modo que ciertos estándares europeos inicialmente controvertidos terminan generalizándose.

No obstante, esta vía también presenta límites. La sensibilidad política del derecho penal, la necesidad de preservar la coherencia entre regímenes nacionales y la posible fragmentación normativa exigen prudencia. Sin embargo, frente a la alternativa de la parálisis legislativa, la cooperación reforzada ofrece una respuesta jurídicamente prevista por los Tratados y coherente con la lógica de integración progresiva de la Unión.

En consecuencia, allí donde la armonización penal “dura” encuentra bloqueos persistentes, la cooperación reforzada aparece como una herramienta capaz de conciliar diversidad nacional y avance europeo, evitando así que el avance europeo quede bloqueado por la oposición de ciertos Estados.

En definitiva, los mecanismos indirectos analizados permiten avances parciales, pero no sustituyen plenamente una armonización legislativa expresa. No obstante, la exclusión de una definición común de violación de la Directiva 2024/1385 no cierra definitivamente el debate. El propio artículo 45.2 de la Directiva prevé que, a más tardar en 2032, la Comisión evalúe si es necesario extender su ámbito de aplicación y añadir nuevas infracciones, pudiendo acompañar dicha evaluación de una propuesta legislativa. Esta cláusula de revisión mantiene abierta la posibilidad de retomar la cuestión de la violación en un futuro próximo.

¹⁴⁴ Consejo de la Unión Europea. (s. f.). Fiscalía Europea. Consilium.

¹⁴⁵ Toader, T. (2025). The Emergence of European Criminal Law in Relation to the European Union Development, 327-380, pg. 343-346.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha analizado los límites de la competencia penal de la Unión Europea a través de un caso de estudio concreto: la imposibilidad de establecer una definición común del delito de violación basada en el consentimiento en el marco de la propuesta COM(2022) 105. Los resultados obtenidos permiten confirmar la hipótesis y extraer conclusiones en torno a las tres partes del trabajo.

En primer lugar, el análisis del marco competencial europeo ha puesto de manifiesto que el artículo 83 TFUE constituye una base jurídica limitada y condicionada. Lejos de atribuir una competencia penal general a la Unión, este precepto opera como un mecanismo de armonización de mínimos sujeto a criterios acumulativos estrictos, principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y múltiples mecanismos institucionales que, en la práctica, reintroducen una lógica próxima a la unanimidad. Las barreras institucionales, dogmáticas y materiales identificadas son expresión estructural de la resistencia de los Estados miembros a ceder soberanía penal en ámbitos vinculados a su identidad constitucional y a sus tradiciones jurídicas nacionales.

En segundo lugar, el fracaso de la propuesta COM(2022) 105 en lo relativo a la definición del delito de violación ilustra cómo estos límites operan en la práctica. La exclusión de dicha definición de la Directiva 2024/1385 no respondió exclusivamente a impedimentos técnico-jurídicos sobre la base legal del artículo 83.1 TFUE, sino también a una instrumentalización política de los criterios competenciales por parte de ciertos Estados miembros. Las divergencias dogmáticas en torno al consentimiento, la carga de la prueba y la coherencia de los sistemas penales nacionales actuaron como obstáculos materiales adicionales que habrían dificultado la armonización incluso de haberse resuelto la cuestión competencial.

En tercer lugar, el análisis de los mecanismos indirectos de convergencia revela que la ausencia de competencia legislativa directa no equivale a una parálisis. La jurisprudencia del TEDH, en particular desde M.C. c. Bulgaria (2003) hasta E.A. c. Francia (2025), ha impulsado reformas legislativas nacionales que la vía legislativa europea no logró producir, como demuestra la incorporación del consentimiento en la definición de violación del Código Penal francés mediante la Loi du 6 novembre 2025. La vía interpretativa del TJUE, articulada a través del artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, ofrece un recurso adicional de presión normativa indirecta. La cooperación reforzada, por su parte, constituye una vía jurídicamente prevista por los Tratados que permitiría avanzar entre los Estados con voluntad política suficiente, siguiendo el modelo ya consolidado de la Fiscalía Europea.

En cuanto a la evaluación de estas vías, ninguna de ellas sustituye plenamente una armonización legislativa expresa. La jurisprudencia del TEDH tiene efectos inter partes y depende de la existencia de

condenas concretas. La interpretación del TJUE está condicionada a la existencia de un litigio prejudicial y al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. La cooperación reforzada, aunque viable, implica el riesgo de fragmentación normativa y exige una voluntad política que, hasta la fecha, no se ha traducido en iniciativa formal. Sin embargo, la combinación de estas tres vías configura un proceso de convergencia progresiva que, aunque lento e indirecto, avanza de forma real hacia estándares comunes de protección de la autonomía sexual en Europa.

Las perspectivas de futuro apuntan hacia una reapertura del debate legislativo. El propio artículo 45.2 de la Directiva 2024/1385 prevé una revisión en 2032 en la que la Comisión podrá proponer la ampliación de su ámbito de aplicación. A ello se añade que, desde 2023, algunos Estados miembros, entre ellos Francia y Países Bajos, han adoptado legislaciones basadas en el consentimiento, lo que reduce progresivamente las divergencias nacionales que dificultaban el consenso europeo. El impulso más reciente en esta dirección lo constituye la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de abril de 2026, aprobada con 447 votos a favor, por la que se insta a la Comisión a presentar una propuesta legislativa que establezca una definición común del delito de violación basada en la ausencia de consentimiento libre, informado y revocable, así como una propuesta de incluir la violencia de género como eurodelito en el artículo 83 TFUE.

En definitiva, la armonización penal europea avanza lentamente por vía jurídica, pero a menudo se acelera por vía social. Casos como La Manada, Colonia o Gisèle Pelicot han demostrado que la insuficiencia estructural de las legislaciones nacionales puede convertirse en catalizador de reformas que el sistema institucional europeo, por sí solo, no habría producido en el mismo plazo. El Derecho no evoluciona de forma aislada: lo hace en diálogo constante con las sociedades que busca proteger. Y en ese diálogo, las víctimas que el derecho no supo proteger han sido, con frecuencia, el verdadero motor de su transformación.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales y obras

Perrier, J.-B. (2023). *Europe(s) et justice pénale*. Paris: [Dalloz].

Flore, D. (2022). *Droit pénal européen : Les enjeux d'une justice pénale européenne*. Paris: [Bruylant].

Haguenau-Moizard, C., Gazin, F., & Leblois-Happe, J. (2016). *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*. Paris: [Larcier].

Derecho primario y tratados internacionales

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), Estambul, 11 de mayo de 2011, Serie de Tratados del Consejo de Europa, n.º 210.

<https://www.consejomujeresmadrid.org/wp-content/uploads/2013/08/convenio-estambul.pdf>

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 306, 17 de diciembre de 2007.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326, 26 de octubre de 2012.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada). Unión Europea. (2012). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada)*. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/391. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Protocolo (n.º 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326, 26 de octubre de 2012.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12012E/PRO/21>

Derecho derivado

Reglamentos, directivas y decisiones

Consejo de la Unión Europea. (2002, 13 de junio). Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. *Diario Oficial de la Unión Europea*.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81127>

Consejo de la Unión Europea. (2008, 28 de noviembre). Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. *Diario Oficial de la Unión Europea*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32008F0919>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2011, 17 de diciembre). Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 335, de 17 de diciembre de 2011.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02011L0093-20111217>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016, 11 de marzo) Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 65, de 11 de marzo de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0343>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024, 14 de mayo). Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L, 2024/1385.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80770>

Propuestas

Comisión Europea. (2010, 29 de marzo). *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*, COM(2010) 94 final, 2010/0064 (COD). Bruselas.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010PC0094>

Comisión Europea. (2022, 8 de marzo). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, COM(2022) 105 final, 2022/0066 (COD). Estrasburgo.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105>

Derecho interno

Alemania. *Strafgesetzbuch (StGB)*, de 15 de mayo de 1871, en la versión de 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I, 3322). Traducción al español: LÓPEZ DÍAZ, C., *Código Penal Alemán*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_02.pdf

España. (1995, 24 de noviembre). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Francia. (2025, 7 de noviembre). *Loi n° 2025-1057 du 6 novembre 2025 modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles*. Journal officiel de la République française, JORF n.° 0262.

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2025/11/6/IUSX2510083L/jo/texte>

Documentos institucionales

- Europeos

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. (2000, 28 de septiembre). *Resolución 1226 (2000): Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Debate del 28 de septiembre de 2000 (30ª sesión). <https://pace.coe.int/en/files/16834/html>

- Unión Europea

Comisión Europea

Comisión de las Comunidades Europeas. (1975). *Eighth General Report on the Activities of the European Communities in 1974*. Office for Official Publications of the European Communities.
<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/90965f8e-0668-41eb-a20a-4949c143742a>

Comisión Europea. (2005). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión/Consejo) [COM(2005) 583 final]
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0583:FIN:ES:PDF>

Comisión Europea. (2013, 27 de noviembre). *Comunicación sobre la revisión de la propuesta de creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad* (COM(2013) 851 final).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52013DC0851>

Comisión Europea. (2021). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio* [COM(2021) 777 final]
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0777>

Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores e ICF S.A. (2022). Study to support the impact assessment on preventing and combatting violence against women and domestic violence, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
https://commission.europa.eu/document/download/13adc468-7765-42a7-8135-5fccff4b4a71_en?filename=Study%20to%20support%20the%20impact%20assessment%20on%20preventing%20and%20combattin%20g%20violence%20against%20women%20and%20domestic%20violence.pdf

Parlamento Europeo

Parlamento Europeo. (2006). *Resolución del Parlamento Europeo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/03, Comisión/Consejo)* [2006/2007(INI), P6-TA(2006)0260]. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 300 E, 255-259
https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f2e92f84-672d-42b4-bb9e-e431a81b5df9.0009.02/DO_C_46&format=PDF

Parlamento Europeo. (2024). *Resolución del Parlamento Europeo sobre la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio* [2023/2068(INI), P9_TA(2024)0044]. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0377_ES.html

Parlamento Europeo. (2024, 18 de enero). *El PE insta a criminalizar la incitación y los delitos de odio en toda la UE* (Ref. 20240112IPR16777). <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240112IPR16777/el-pe-insta-a-criminalizar-la-incitacion-y-los-delitos-de-odio-en-toda-la-ue>

Parlamento Europeo. (2024, 15 de diciembre). *EU accession to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women ("Istanbul Convention")*. Legislative Train Schedule. <https://www.europarl.europa.eu/>

Zamfir, I. (2025, 13 de mayo). *Definiciones de violación en la legislación de los Estados miembros de la UE* (PE 757.618; versión actualizada). Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), Parlamento Europeo. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_IDA\(2024\)757618](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_IDA(2024)757618)

Parlamento Europeo. (2026, 25 de febrero). *Es hora de que la legislación europea defina la violación como la ausencia de consentimiento, estiman los diputados* (Comunicado de prensa n.º 20260220IPR35907). Servicio de prensa, Dirección General de Comunicación. https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2026/2/press_release/20260220IPR35907/20260220IPR35907_fr.pdf

Parlamento Europeo. (2026, 28 de abril). *Resolución sobre la importancia de la legislación sobre la violación basada en el consentimiento en la Unión* (P10_TA(2026)0120; 2025/2040(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-10-2026-0120_ES.pdf

Parlamento Europeo. (2026, 28 de abril). *Definición de violación a partir de la ausencia de consentimiento en toda la UE* (Notas de prensa de la sesión plenaria, comisiones FEMM y LIBE). Servicio de prensa, Dirección General de Comunicación. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20260423IPR41832/definicion-de-violacion-a-partir-de-la-ausencia-de-consentimiento-en-toda-la-ue>

Consejo de la Unión Europea

Consejo de la Unión Europea. (2007, 14 de diciembre). *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (2007/C 303/02). *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 303/17. <https://sid.usal.es/idsoc/F3/LYN12179/3-12179explicacion.pdf>

Consejo de la Unión Europea. (2022, 31 de octubre). *Opinion of the Legal Service on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence: Legal basis – Scope of Article 83 TFEU – Rules for specific victims – Compatibility with the principle of non-discrimination* (Doc. 14277/22, LIMITE, JUR 695, JAI 1401, COPEN 372, FREMP 227). <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14277-2022-INIT/en/pdf>

Consejo de la Unión Europea. (2023, 31 de mayo). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica – Orientación general – Declaraciones* (Documento 9305/23 ADD 1; Expediente interinstitucional 2022/0066(COD)). Secretaría General del Consejo.

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9305-2023-ADD-1/en/pdf>

Consejo de la Unión Europea. (s. f.). *Fiscalía Europea*. Consilium.

<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/>

Documentos nacionales

Philip, C. (2006). *Rapport d'information sur les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 13 septembre 2005 sur les compétences pénales de la Communauté européenne* (Rapport n° 2829).

Assemblée nationale française. <https://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/europe/rap-info/i2829.pdf>

Assemblée nationale. (2023, 21 de noviembre). *Question écrite n.° 13022: Pour une définition européenne du viol incluant le consentement* (16e législature).

<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/questions/QANR5L16QE13022>

House of Commons European Scrutiny Committee. (2005). *Fourteenth Report of Session 2004-05*. UK Parliament. <https://publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmeuleg/38-xiv/3813.htm#n177>

Delegación belga. (2012). Comentarios sobre la propuesta de Directiva relativa al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y al derecho a comunicarse en el momento de la detención [Doc. 7593/12]. Consejo de la Unión Europea.

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7593-2012-INIT/en/pdf>

Comisión Mixta para la Unión Europea. (2012, 27 de marzo). *Dictamen motivado 2/2012 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos* [COM(2012) 10 final] [2012/0010 (COD)]. BOCG, Sección Cortes Generales, serie A, núm. 34. https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CORT/BOCG/A/CG_A034.PDF

Comisión Mixta para la Unión Europea (Cortes Generales). (2022, 18 de mayo). *Informe 38/2022 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* [COM(2022) 105 final]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9477_2022_INIT

Parlamento de la República Checa, Cámara de Diputados, Comité de Asuntos Constitucionales y Jurídicos. (2022, 18 de mayo). *Resolución n.° 31, 9.ª sesión: sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la*

violencia doméstica [COM(2022) 105 final; doc. 7042/22 del Consejo].

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9529_2022_INIT

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

TJCE. (1964, 15 julio 1964). *Fiaminio Costa c/Enel*, C-6/64. ECLI:EU:C:1964:66.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006>

TJCE. (1981, 11 de noviembre). *Procedimiento penal contra Guerrino Casati*, C-203/80.

ECLI:EU:C:1981:261. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:61980CJ0203>

TJCE. (2005, 13 de septiembre). *Comisión c. Consejo*, C-176/03. ECLI:EU:C:2005:542.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0583:FIN:ES:PDF>

TJCE. (2007, 23 de octubre). *Comisión c. Consejo*, C-440/05. ECLI:EU:C:2007:625.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0440>

TJUE. (2014, 15 de enero). *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT y otros*, C-176/12. ECLI:EU:C:2014:2.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0176>

TJUE. (2021, 9 de septiembre). *Procedimiento penal contra FO*, C-906/19. ECLI:EU:C:2021:715.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019CJ0906&qid=177478392730>

4

Mazák, J. (2007, 28 de junio). Conclusiones del Abogado General presentadas el 28 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea, C-440/05. EU:C:2007:393

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62005CC0440&qid=1772449218015>

Bot, Y. (2012, 27 de septiembre). *Conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, O. y S. contra Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto contra L*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=EN&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22c-356%2F11%22&publishedId=c-356%2F11

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

TEDH. (2000, 13 de julio). *Scozzari y Giunta contra Italia*, demandas n.º 39221/98 y 41963/98.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2239221%2F98%22,%2241963%2F98%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-162549%22%5D%7D>

TEDH. (2003, 4 de diciembre). *M.C. c. Bulgaria*, demanda n.º 39272/98.
ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-66079%22%5D%7D>

TEDH. (2025, 4 de septiembre). *E.A. c. Francia*, demanda n.º 30556/22.
ECLI:CE:ECHR:2025:0904JUD003055622
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-244682%22%5D%7D>

Jurisprudencia nacional

Bundesverfassungsgericht (Sala Segunda). (2016, 21 de junio). *Sentencia sobre las Transacciones Monetarias en Firme (OMT)* (2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13). https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). (2019, 4 de julio). Sentencia n.º 344/2019, (caso "La Manada").
<https://vlex.es/vid/798365717>

Doctrina

Aranda Álvarez, E. (2013). La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (44), 101-153. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4320143>

Bárd, K. (s. f.). *The role of the ECHR in shaping the European model of the criminal process*. Central European University. https://real.mtak.hu/70329/1/2006_HEUNIfinal_u.pdf

Bratza, N. (2013). The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A process of mutual enrichment. En *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law* (pp. 167–181). T.M.C. Asser Press.
https://doi.org/10.1007/978-90-6704-897-2_11

Brittain, S. (2015, 1 de diciembre). The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: An originalist analysis. *European Constitutional Law Review*, 11(3), 482–511. <https://doi.org/10.1017/S1574019615000255>

BRUNET VILLAREJO, M. (2025). Why was rape regulation omitted from the first EU Directive on violence against women? *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, 4(3), 127–151.
<https://doi.org/10.5565/rev/quadernsiee.112>

Corral Maraver, N. (s.f.). Algunos problemas de la armonización del Derecho penal sustantivo. Especial referencia a la normativa sobre criminalidad organizada y terrorismo. Universidad de Málaga.
<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1251.pdf>

Corral Maraver, N. (2016). La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Universidad de Málaga.
<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1251.pdf>

López Aguilar, J. F. (2015). El Parlamento Europeo legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE. *Revista de Derecho Político*, 93, 13-74.
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/15137/13295>

Estrada Cuadras, A. (2006). Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-15.
https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/341_es.pdf

García Moreno, J. M. (2011, 19 de mayo). Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, (3).
<https://elderecho.com/principales-convenios-del-consejo-de-europa-en-materia-de-cooperacion-judicial-penal>

Henry, S. (2020). Fiche 2. L'Union européenne, une construction sui generis. Droit de l'Union européenne (p. 28-42). Ellipses.
<https://droit.cairn.info/droit-de-l-union-europeenne--9782340036079-page-28?lang=fr>.

Marciali, S. (2008, julio). Les ambiguïtés de la compétence pénale de la Communauté européenne (à propos de l'arrêt CJCE du 23 octobre 2007, Commission/Conseil, aff. C-440/05). *Revue du droit public*, pg. 1231. https://www.labase-lextenso.fr/revue-du-droit-public/2008-n4/les-ambiguites-de-la-competence-penale-de-la-communaute-europeenne-a-propos-de-l-arret-cjce-du-23-octobre-2007-commission-conseil-aff-c-440-05-RDP2008-4-012?prod-recherche%5BrefinementList%5D%5Bauteurs.prenom_nom%5D%5B0%5D=S%C3%A9bastien%20MARCIALI

Öberg, J. (2021). Exit, voice and consensus: A legal and political analysis of the emergency brake in EU criminal policy. *European Law Review*, 46(4), 506-530.
<https://www.europeanlawblog.eu/pub/exit-voice-and-consensus-a-legal-and-political-analysis-of-the-emergency-brake-in-eu-criminal-policy/release/1>

SIMON, P. (2017). *La compétence d'incrimination de l'Union européenne* [Tesis doctoral, Université Paris-Est / Université du Luxembourg].
<https://research.ebsco.com/c/wlh3vh/search/publication-results?id=22710601&limiters=FC1%3AN%2CF T1%3AY%2CFT%3AN%2CRV%3AN%2CFC%3AN&q=La%20compétence%20d%27incrimination%20de%20l%27Union%20européenne>

Rippi, A. K. (2025, 30 de septiembre). *New trends in the interpretation and application of the Istanbul Convention* (LL.M. thesis). LL.M. in International and European Law, Specialization in Public

International Law, National and Kapodistrian University of Athens.
<https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/object/5321783/file.pdf>

Toader, T. (2025). The Emergence of European Criminal Law in Relation to the European Union Development, 327-380.
[https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:vyf9EfB8tX8J:scholar.google.com/+Tudorel+Toader+\(2025\)+%E2%80%98The+Emergence+of+European+Criminal+Law+in+Relation+to+the+European+UnionDevelopment%E2%80%99&hl=fr&as_sdt=0,5](https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:vyf9EfB8tX8J:scholar.google.com/+Tudorel+Toader+(2025)+%E2%80%98The+Emergence+of+European+Criminal+Law+in+Relation+to+the+European+UnionDevelopment%E2%80%99&hl=fr&as_sdt=0,5)

Otras fuentes

Prensa

Grillo, S. (2024, 25 de noviembre). *Procès des viols de Mazan et de "La Manada" : Le consentement vu par la France et par l'Espagne*. The Conversation.
<https://theconversation.com/proces-des-viols-de-mazan-et-de-la-manada-le-consentement-vu-par-la-france-et-par-lespagne-243343>

Peseckyte, G. (2023, 10 de octubre). *Commission urges EU countries to include rape in directive on violence against women*. EURACTIV. <https://archive.ph/wh6Bq#selection-432.0-2260.0>

The European Institute for International Relations. (2023, 18 de diciembre). France and Germany veto on the EU directive on combating violence against women and domestic violence. The European Institute for International Relations.
<https://eiir.eu/international-relations/france-and-germany-veto-on-the-eu-directive-on-combating-violence-against-women-and-domestic-violence/>

Informes y documentos de sociedad civil

Amnesty International, European Commission & POLITICO. (s. f.). *EU countries that consider non-consensual sex as rape*. Infograma.
<https://www.politico.eu/article/rape-europe-criminal-offense-non-consensual-sex/>

Fédération Nationale des Centres d'Information sur les Droits des Femmes et des Familles. (2024, 19 de diciembre). *Procès Pélicot : Après le verdict, changer la loi et le système ?*
<https://fncidff.info/proces-pelicot-apres-le-verdict-changer-la-loi-et-le-systeme/>

Human Rights Watch. (2023, 22 de noviembre). *Human Rights Watch letter to the French Government on the definition of rape in the EU Directive on Violence Against Women*.
<https://www.hrw.org/news/2023/11/22/human-rights-watch-letter-french-government-definitionrape-eu-directive-violence>

Análisis y comentarios jurídicos en línea

Çelebi, D., Koop, L. M., & Melchior, L. (2024, 17 de enero). *Germany blocks Europe-wide protection of women against violence*. Verfassungsblog. <https://doi.org/10.59704/2cbb56fcbc52ec14>

ANEXO

Conferencia sobre sumisión química y consentimiento (Universidad Panthéon-Assas, 16 de marzo de 2026)

(Notas personales, traducción propia)

La conferencia abordó el fenómeno de la sumisión química en el ámbito doméstico, destacando su carácter todavía insuficientemente conocido. Se subrayó que, aunque esta problemática ya era objeto de preocupación desde finales de los años ochenta y noventa, el denominado “caso Mazan” ha permitido visibilizar un ángulo especialmente relevante: su manifestación en el entorno intrafamiliar.

A raíz de este caso, se observa un aumento del número de procedimientos judiciales relacionados con este tipo de conductas, así como una mayor atención mediática. Este incremento sugiere que podría producirse un aumento del litigio en los próximos años, especialmente en relación con situaciones de vulnerabilidad química.

Desde el punto de vista jurídico, se explicó que la incriminación actual se centra en la sumisión fraudulenta, entendida como la administración de sustancias con el objetivo de facilitar relaciones sexuales. Sin embargo, se planteó la necesidad de ampliar el marco penal para incluir supuestos en los que la propia víctima haya ingerido sustancias, pero en los que el autor se aprovecha conscientemente de un estado de vulnerabilidad que afecta al discernimiento. En este sentido, se mencionó la preparación de una posible reforma legislativa destinada a sancionar el abuso de dicha vulnerabilidad química.

La conferencia también abordó el papel del consentimiento en este contexto, destacando su complejidad cuando concurren factores como la alteración del estado de conciencia. Se hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la progresiva incorporación de esta problemática en el debate jurídico europeo.

Asimismo, se trató la cuestión de la victimización secundaria, especialmente en fase de juicio. A partir del análisis de casos recientes, se puso de relieve la tensión existente entre el derecho de defensa y la protección de la dignidad de la víctima. Se señaló que, si bien la libertad de defensa es amplia en el sistema francés, existen límites vinculados a la prohibición de manifestaciones que impliquen una animosidad manifiesta hacia la víctima. En este contexto, se planteó la necesidad de un mayor encuadramiento del debate judicial para evitar prácticas que puedan agravar el daño sufrido por las víctimas.

Por último, se destacó que el debate jurídico actual en torno a la violación se centra en la relación entre consentimiento e intención. En particular, se planteó que la existencia de intención del autor está estrechamente vinculada al conocimiento de la ausencia de consentimiento, lo que refuerza la centralidad de este elemento en la configuración del delito.

La reciente reforma legislativa francesa, que incorpora la ausencia de consentimiento en la definición de violación, fue valorada positivamente, si bien se subrayó que el cambio normativo debe ir acompañado de una transformación social más amplia. En este sentido, se concluyó que el Derecho no solo refleja cambios sociales, sino que también puede actuar como instrumento para impulsarlos.

El contenido de este anexo se basa en notas personales tomadas durante la conferencia, por lo que no constituye una transcripción literal.