Pontificia Universidad Católica de Chile

ARMONIZACION DE LA NORMATIVA EUROPEA: ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICO-PENALES

Author(s): Raúl Carnevali Rodríguez

Source: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, No. 2 (Abril / Junio 1999), pp. 337-348
Published by: Pontificia Universidad Católica de Chile
Stable URL: http://www.jstor.org/stable/41612188
Accessed: 17-04-2016 14:31 UTC

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at
http://about.jstor.org/terms

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Pontificia Universidad Católica de Chile is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Revista Chilena de Derecho*

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 2, pp. 337-348 (1999), Sección Estudios

ARMONIZACION DE LA NORMATIVA EUROPEA: ALGUNOS PROBLEMAS JURIDICO-PENALES*

Raúl Carnevali Rodríguez
Profesor de Derecho Penal de la Universidad
de los Andes y de la Universidad Gabriela Mistral.
Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra

SUMARIO

I. INTRODUCCION; II. CARENCIA DE POTESTAD PUNITIVA DE LA UNION EUROPEA y "DEFICIT DEMOCRATICO" DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS; III. TECNICAS TUTELADORAS. EN PARTICULAR LA ARMONIZACION LEGISLATIVA; IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

Ya Jescheck[1] en 1967 advertía que un Derecho Penal europeo surgía sólo de la utópica imaginación de unos pocos idealistas. Probablemente, transcurridos treinta años, aquella frase no ha perdido su vigencia, debido a las enormes dificultades que representa construir los cimientos, sentar las bases hacia la conformación de un sistema común europeo de Derecho Penal.

Si bien la dogmática penal se ha planteado la necesidad de construir un sistema que suponga homogeneizar los conceptos y las categorías de la Teoría jurídica del delito, existe claridad en que es necesario, previamente, resolver una serie de cuestiones que giran fundamentalmente en la importante y creciente influencia que el Derecho comunitario está ejerciendo sobre los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros y las dificultades –que no son pocas– que esta relación suscita.

Es indudable que la constitución de las Comunidades Europeas (CE), hoy Unión Europea (UE), ha dado a este problema el carácter de ineludible, pues han surgido nuevos bienes jurídicos que requieren ser tutelados, siendo una de las técnicas empleadas para ello, la armonización legislativa.

En las páginas que siguen se analizarán los métodos de protección, centrando el estudio en la armonización. Pero previamente pasaré revista –en forma

* El presente trabajo obtuvo el primer premio (categoría "licenciados") en el IV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal "Hacia un Derecho Penal europeo", realizado en la Universidad de Barcelona en abril de 1997. Publicado también en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 118, sección doctrina, 1998.

[1] JESCHECK, "Lo stato attuale del diritto penale europeo", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 323.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

somera– a determinados presupuestos bajo los que se desarrolla la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos penales internos, pues su conocimiento permitirá comprender mejor las dificultades que supone una adecuada armonización legislativa.

II. CARENCIA DE POTESTAD PUNITIVA DE LA UNION EUROPEA Y "DEFICIT DEMOCRATICO" DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

Como es sabido, la UE carece de *ius puniendi*. El que sea así es un problema sobre todo político[2]. Si bien, no cabe duda que traspasar la potestad punitiva permitiría una adecuada unificación de los criterios legislativos, y con ello una satisfactoria tutela de los intereses comunitarios, el que así ocurra equivaldría, en el hecho, poner término a la soberanía de los Estados. De ahí entonces las reservas que se observan a nivel gubernamental a la hora de tratar este tema, lo que en cierta manera no deja de sorprender, considerando que la UE tendría un propósito federal[3].

No son escasos los argumentos que se han expuesto para explicar la reticencia de los Estados para otorgar a la UE competencia punitiva. Generalmente se señala que el principal obstáculo es de índole político, esto es, los Estados ven en la potestad punitiva la principal herramienta con que cuentan para ejercer su soberanía, por lo que renunciar a ella significaría en la práctica poner fin a su vida como países independientes. Al ser el Derecho Penal la expresión más auténtica de la soberanía, los Estados son muy celosos en su conservación[4].

[2] *Vid.* PAGLIARO, "Límites a la unificación del Derecho penal europeo", en: *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 693-694.

[3] *Vid.*, MANGAS MARTÍN, *Prólogo del Tratado de la Unión Europea y Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Ed. Tecnos, 1995, p. 23. Señala esta autora: "Aunque en Maastricht se hicieran concesiones semánticas al Reino Unido, la vocación y esencia federal y el carácter político de la Unión Europea son más que visibles en sus cinco objetivos (enunciados en el art. B del TUE y desarrollados con muy diferente intensidad en los restantes Tratados)". En contra, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Qué Unión Europea?*, Papeles de la Fundación N° 34, Madrid, 1996, p. 19 y ss., para quien sería un profundo error que la UE se demarcara por un modelo de Estado federal. Así, en pp. 25-26: "No existen ni parece que vayan a existir por muchos años los presupuestos imprescindibles para que pueda identificarse con realismo un auténtico Pueblo europeo con un sentido de identidad propia políticamente unitaria. Los europeos, en el mejor de los casos, somos conscientes de una identidad geográfica y de un importante grado de identidad cultural común, pero en plano político, e incluso en otros planos culturales y sociológicos más básicos que este, no parece que exista una conciencia colectiva de una unidad suficiente como para identificar ahí la realidad de un soporte político sobre el que erigir un nuevo Estado que viniese a sobreimponerse a las comunidades políticas tradicionales de Europa".

[4] En este sentido, cfr. PAGLIARO, "Límites a la unificación...", pp. 693-694: "Que sea la causa principal de la dificultad que se encuentra para encausar un proceso de unificación del Derecho Penal europeo resulta indirectamente de la circunstancia que, allí donde las sanciones preestablecidas no sean tan incisivas como las sanciones penales en sentido estricto, resulta más fácil alcanzar la unificación del régimen jurídico". Este autor también señala como ejemplo el fracasado intento de la Comunidad Europea de Defensa; BRICOLA, "Alcune osservarzioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 216, para quien la atribución de poder punitivo a la CE debe sostenerse como una utopía política. Este trabajo también se encuentra publicado en *L'indice penale*, 1968, p. 5 y ss.; ZULEEG, "Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration", *Juristenzeitung*, N° 15/16, 1992, p. 762, señala que los Estados miembros contemplan el Derecho Penal en estrecho vínculo con su soberanía; BIANCARELLI/MAIDANI, "L'incidence du droit communautaire sur le droit

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

Otro obstáculo hacia el desarrollo de un Derecho Penal comunitario dice relación a la *falta de legitimidad democrática* de las instituciones de la UE. No deja de ser paradójico que las facultades legislativas las ejecuten, fundamentalmente, la Comisión y el Consejo, y que la única institución elegida democráticamente –el Parlamento europeo– tenga una participación limitada, siendo que es el órgano por antonomasia llamado a ejercerlas. Resulta iluso siquiera pensar en un traspaso del *ius puniendi,* si los órganos que son *legiferantes* carecen de representación popular[5]. Conforme al principio de legalidad, en su papel fundamental de garantizador de los límites en que debe moverse el ejercicio del poder punitivo, sólo es posible determinar las conductas a incriminar y su penalidad, mediante una norma que es generada por un Poder legislativo democráticamente elegido[6].

III. TECNICAS TUTELADORAS. EN PARTICULAR LA ARMONIZACION LEGISLATIVA

Aun cuando no hay efectivamente un traspaso expreso del *ius puniendi*, no es menos cierto también que, a la luz de los hechos, *se ha cuestionado el monopolio estatal de la potestad punitiva*[7]. En efecto, considerando fundamentalmen-

pénal des États membres", *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1984, p. 226, exponen estos autores que el factor de la soberanía nacional ha sido importante en la falta de incidencia del Derecho comunitario sobre el penal. En cambio para SGUBBI, "Voce Diritto Penale comunitario", en: *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, Vol. II, Turín, 1991, p. 1223, las causas del retraso habría que buscarlas fundamentalmente en dos aspectos, a saber, el tipo de materia que debe regular y los destinatarios Con respecto al primero, cabe señalar que siendo el tema económico el objeto principal de la legislación comunitaria, ello supone una serie de valoraciones previas, que deben ser consideradas a la hora de recurrir, para su regulación, a la normativa penal. Así, hay quienes sostienen que la utilización de sanciones penales ocasionaría graves inconvenientes en el desarrollo de la vida económica, más necesitada de libertades que de limitaciones represivas. Por otro lado, también se afirma que la mejor política sancionatoria de la criminalidad económica se halla en medidas de carácter civil o administrativo, pues la sanciones penales, para esta clase de intereses, son más bien ineficaces. En lo que atañe a los destinatarios, al ser estos principalmente las personas jurídicas, las dificultades que se presentan, a la hora de querer desarrollar un Derecho Penal comunitario, saltan a la vista. En efecto, las soluciones normativas de los Estados miembros, en lo que dice relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son heterogéneas, y no parece fácil una armonización al respecto.

[5] Cfr. SIEBER, "Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo", (trad. S. Bacigalupo Saggese y C. Espósito Massicci), en: *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 619: "Un verdadero Derecho Penal criminal de la Comunidad Europea no es posible con su actual estructura. Debe ser creado por un Parlamento con todos los poderes democráticos. Un Derecho Penal europeo democráticamente legitimado es la meta a largo plazo de los ámbitos aquí estudiados"; FERRÉ OLIVÉ, "Derecho penal y competencias y competencia de las Comunidades Europeas", en: *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed), Cuenca, 1994, pp. 279-280, 291; BACIGALUPO, *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, p. 91.

[6] Sin entrar en mayores consideraciones, no es posible olvidar el fundamento democrático representativo que subyace en el principio, dada su vinculación con el Estado de Derecho. En esta línea ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 8, 1983, p. 12-13.

[7] *Vid.* MESTRE DELGADO, "El Derecho penal de la Unión Europea", en: *Libro-Homenaje al prof. A. Beristáin,* San Sebastián, 1989, p. 575; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?" en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 625; FERRÉ OLIVÉ, "Derecho Penal y competencias...", p. 290.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

te dos aspectos, a saber, que el Derecho comunitario se halla en un nivel jerárquico normativo superior a los ordenamientos nacionales (principio de primacía) y que algunas normas comunitarias se pueden aplicar directamente, sin necesidad de crear normas internas (principio de aplicabilidad directa), es posible suponer que los órganos comunitarios, como entes generadores del Derecho comunitario, inciden en la normativa punitiva de los Estados miembros.

Conforme a estos dos aspectos, el Derecho comunitario tiene *el potencial de poder provocar la derogación de una norma penal de un Estado miembro*[8], al estimar que una determinada conducta es lícita. Por tanto, el legislador ya no es libre de precisar cuáles conductas desea incriminar, si ya el ordenamiento comunitario se ha pronunciado al respecto. Lo anterior origina para el Estado una *obligatio non puniendi*[9]. Ahora bien, el Derecho comunitario no sólo tiene un efecto despenalizador, *también puede importar la creación de nuevas normas penales*, mediante las llamadas técnicas de asimilación y de armonización.

La primera consiste en la obligación de los Estados de brindar a los intereses comunitarios la misma protección que otorga a sus intereses nacionales, a través de sus leyes internas. Dicho en otros términos, mediante un reenvío que hace la norma comunitaria a la ley nacional, esta última, que tiene por objeto la protección de bienes nacionales, debe también aplicarse para tutelar bienes comunitarios similares. Si bien no hay una actividad legislativa propiamente tal, está claro que supone una nueva norma penal, surgida de la relación entre el precepto comunitario y la ley nacional[10].

La principal ventaja la otorga su flexibilidad, pues permite, sin que se requiera de un gran despliegue normativo, proteger bienes comunitarios recurriendo a los ordenamientos nacionales, que ya disponen de normas tuteladoras. Además, no se entra en la problemática de si se dota o no a la UE de potestad punitiva, pues ambos ordenamientos –comunitario y nacional– mantienen sus competencias, sin que la actividad de uno pueda suponer una injerencia en la de otro[11].

En cuanto a sus desventajas, una de ellas dice relación con la *desigualdad en el tratamiento punitivo* que los Estados miembros pueden otorgar a un mismo bien jurídico[12]. Así por ejemplo, Dannecker[13] cita lo que sucede con las entradas comunitarias, para cuya tutela se recurre al fraude fiscal y a los delitos aduaneros, particularmente el delito de contrabando. Tomando lo que acontece con las legislaciones de Alemania, España, Francia e Italia, se pueden encontrar importantes diferencias. Es así que a nivel de penas las divergencias son notables, tanto en España como Alemania se pueden imponer penas privativas, en cambio

[8] *Vid.* DINE, "European Community Law?", *The Criminal Law Review* , 1993, p. 249.

[9] *Vid.* CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 626.

[10] En este mismo sentido, GRASSO, *Comunidades Europeas y Derecho penal* (trad. N. García Rivas), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 162.

[11] Así, GRASSO, *Comunidades*..., p. 195; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 629; SGUBBI, "Voce Diritto...", p. 1227.

[12] Así, entre otros, BRICOLA, "Alcune osservazioni...", p. 215; GRASSO, *Comunidades*..., p. 195; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 73; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 629; BIANCONI, "Legislazione penale e Diritto comunitario", *La giustizia penale*, 1975, I, p. 238.

[13] DANNECKER, "Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunitá europea", *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1993, pp. 966 y ss.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

en Italia sólo son pecuniarias. En lo que respecta al tipo subjetivo, tanto España como Italia sólo admiten la comisión dolosa, en Francia por su parte, conforme a su situación legislativa, no se requiere probar el dolo y no se reconoce al error como causa de exclusión de la punibilidad. En Alemania, si el hecho es cometido con culpa grave se sanciona como infracción administrativa.

Sin pretender extenderme en ejemplos que ilustren esta situación, basta señalar lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas –que son, en definitiva, importantes destinatarios de las normas comunitarias–, mientras Estados como Francia y Gran Bretaña disponen de penas criminales, en España y Grecia sólo son administrativas.

Estimo que mantener estos tratamientos punitivos desiguales, *a la larga puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que a nivel comunitario* se quiera adoptar, pues los Estados ante el riesgo de que sus empresas puedan perder competitividad, al mantener una legislación penal más estricta que la de sus vecinos, optarán por una más flexible, si ello les permite una mayor participación en el mercado[14]. Además, se da la paradójica situación, como señala Nieto Martín, de que el posible infractor tiene la opción de elegir el Derecho Penal con que puede ser castigado[15].

El otro importante inconveniente que se presenta dice relación con el principio de legalidad, más aún tratándose de actos normativos de Derecho

[14] Así también, GRASSO, "La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee", *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1989, p. 385, donde señala que en el campo del Derecho Penal de la economía, una marcada diferencia respecto al riesgo penal de los fenómenos criminales de idéntico desvalor, puede constituir un fenómeno susceptible de distorsionar la competencia, pues se concede una ventaja a los operadores económicos ubicados en países que establecen sanciones más leves; SGUBBI, "Voce Diritto...", p. 1228, quien apunta que la solución de confiar a cada uno de los Estados la represión penal de las infracciones a las reglas comunitarias, crea precisamente disparidades de tratamiento, lo que atenta contra la igualdad y no discriminación. Además, afecta la competitividad de las Empresas, pues al resolverse el "riesgo penal" en un "riesgo comercial", la existencia de sanciones penales muy elevadas en un determinado Estado puede beneficiar a las empresas que residen en un Estado donde las sanciones sean leves o no existan, en un notable perjuicio a la competencia; SEVENSTER, "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review*, N° 29, 1992, p. 53-56, indica que esta situación puede llevar a un menor cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, ante el temor de colocar a sus empresas en una situación de desventaja. Esta autora también cita el caso *Hansen* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 10 de julio de 1990, as. C-326/88, Rec. 1990-7) en el cual al aceptarse la responsabilidad penal objetiva de los empresarios daneses del transporte, los colocaría en una situación de desventaja frente a la competencia, aun cuando la ley danesa sea estimada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) acorde con la normativa comunitaria. Cabe destacar, que la empresa Hansen & Son en sus alegaciones sostuvo, precisamente, la exposición a un mayor riesgo de sanción de las empresas danesas, al ser Dinamarca el único país de la UE que había instaurado el régimen de la responsabilidad penal objetiva, falseando con ello el juego de la competencia dentro del mercado común. El TJCE desestimó estos argumentos, sosteniendo que este tipo de responsabilidad corresponde con el régimen generalmente aplicado en Dinamarca conforme a su legislación en torno al ámbito laboral, amén de que en sí misma no implica una distorsión en las condiciones de competencia. Señala así mismo, que las medidas sancionatorias adoptadas por dicho país aseguran la eficacia del Derecho comunitario (Reglamento N° 543/69 referido al tiempo de conducción). La multa impuesta por tanto, responde al deber de lealtad que exige el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), por lo que no puede ser estimada desproporcionada en relación al fin perseguido; así mismo, ZULEEG, "Der Beitrag...", p. 766.

[15] NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho Penal económico europeo*, Barcelona, 1996, p. 336.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

derivado[16] –sobre todo las normas de aplicabilidad directa–. *No podría aceptarse que la asimilación provenga de actos emanados de instituciones que carecen de una representatividad democrática, afectando claramente el principio de reserva de ley.* Se suele citar como ejemplos, el art. 5 del Reglamento 28/62 de 14 de mayo de 1962 y el art. 5 del Reglamento del Consejo N° 188/64 de 12 de diciembre de 1964[17], pues estas se remitían, en términos muy genéricos, a las normas nacionales sancionatorias. Este tipo de vaguedades afecta, además, el mandato de determinación, pues no hay certeza sobre el ámbito de lo punible.

Ante los inconvenientes que presenta el empleo de la asimilación, hasta cierto punto insalvables tratándose del Derecho derivado, y considerando la imperiosa necesidad de lograr una adecuada tutela para los intereses comunitarios, es que se ha estado recurriendo a la armonización. *Esta técnica sí supone una actividad normativa del Estado miembro*, como consecuencia de una disposición comunitaria que así lo establece. Por ahora, se puede decir, en términos generales, que con el objeto de que la tutela otorgada a los bienes jurídicos comunitarios sea similar entre los distintos Estados miembros, las instituciones de la UE dictan una norma procurando dicho objetivo, debiendo los países destinatarios crear las disposiciones necesarias para cumplir con el mandato comunitario[18].

La principal distinción con la técnica precedente radica en que los Estados deben *actuar*, esto es, deben legislar cuando así se ha dispuesto por la normativa comunitaria, ya sea creando nuevos preceptos o también incrementando las sanciones ya existentes.

> Grasso, al analizar esta materia, hace una distinción terminológica. Las expresiones "armonización" o "aproximación" las emplea para referirse a aquellos casos en que la intervención comunitaria tiene lugar en áreas donde ya hay una normativa. En cambio, cuando lo que se procura es imponer una determinada normativa sancionatoria en una zona no especialmente regulada, prefiere hablar de "coordinación"[19].

[16] En el Derecho comunitario debe distinguirse lo que es el Derecho originario o primario (tratados constitutivos y sus modificaciones) y el Derecho derivado o secundario (actos normativos de las instituciones comunitarias).

[17] Así, por ejemplo, GRASSO, *Comunidades...*, p. 164; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 327-328.

[18] En general, cfr. GRASSO, *Comunidades...*, p. 197 y ss.; el mismo, "La tutela degli interessi...", p. 389 y ss.; el mismo, "Prospettive di uno spazio giudiziario europeo", *L'indice penale*, 1996, p. 109 y ss.; el mismo, "Profili penalistici nella normativa di attuazione della seconda direttiva CEE in materia societaria", *Il foro italiano*, 1986, V, p. 321 y ss.; el mismo, "L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 836 y ss; NIETO MARTÍN, FRAUDES..., p. 335 y ss.; el mismo, "Ordenamiento comunitario y Derecho Penal económico español. Relación entre presente y futuro", *Actualidad Penal*, 1995-2, p. 631 y ss.; TIEDEMANN, "El Derecho Penal económico en la Comunidad Europea", *Estudios de Derecho Penal económico*, Arroyo/Tiedemann (ed), Cuenca, 1994, p. 241 y ss.; SEVENSTER, "Criminal law...", p. 35 y ss.; PEDRAZZI, "Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 461 y ss. Trabajo también publicado en *L'indice penale*, 1967, p. 325 y ss.; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 630-632; FERRÉ OLIVÉ, "Derecho penal y competencias...", p. 280 y ss.; SGUBBI, "Voce Diritto...", p. 1228-1229; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección...*, p. 74-75; Doc. 531/76 de 2 de febrero de 1977, exposición sobre relación entre Derecho comunitario y Derecho penal, publicado en *Rivista di Diritto Europeo*, 1977, p. 195 y ss.

[19] GRASSO, *Comunidades...*, p. 217.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

Ahora bien, cabe preguntarse entonces si la UE no cuenta con facultades de índole punitivo, qué fundamentos normativos la autorizan para exigir a los Estados que legislen penalmente.

> Al respecto, Tiedemann apunta: "En vista de la falta de transferencia de competencias criminales a la CE por parte de los Estados miembros parece dudoso si la Comunidad tiene derecho de influencia directa sobre los ordenamientos jurídico penales nacionales de los Estados miembros. La Comisión y el Consejo de Bruselas, sobre todo después del caso famoso "Itco" o del maíz griego, sí se consideran legitimados para *armonizar* las legislaciones penales nacionales"[20].

Antes que nada, es necesario precisar que los caminos que puede seguir la UE en su búsqueda por una protección adecuada de los bienes comunitarios son fundamentalmente dos, a través del Derecho internacional o por medio de los instrumentos del Derecho derivado. Con respecto al primero, un claro ejemplo lo constituye el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las CE[21]. Cuando la UE recurre a esta vía, se fundamenta en lo dispuesto en el título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE), que forma parte del llamado *pilar intergubernamental*. La principal ventaja que presenta esta variante es que se requiere de un pronunciamiento de las autoridades legislativas de los Estados miembros, a fin de transformar en ley las disposiciones contenidas en el Tratado, con lo cual se respeta a cabalidad el principio de legalidad[22]. Ahora bien, esta importante ventaja también puede constituir su principal inconveniente, pues el que se otorgue una autonomía a los Estados para ratificar los contenidos del Tratado, puede dar pie a que estos introduzcan reservas o en el peor de los casos no lo ratifiquen, con lo cual todo el propósito armonizador que motivó el Tratado no tenga ningún destino. Así mismo, esta vía limita las competencias del TJCE[23].

El otro camino para fundamentar normativamente la tarea armonizadora es recurrir a las disposiciones que los propios Tratados señalan. En efecto, en ellos es posible encontrar preceptos tanto genéricos como específicos, que permiten desarrollar dicha tarea. Ejemplo de los primeros lo constituyen los arts. 100, 100 A, 101 y 235, todos del TCE. Con respecto a los segundos, se pueden citar, entre otros, los art. 54.3 g) referente a las sociedades, art. 57. 2 sobre protección de los trabajadores, y art. 70 relativo a circulación de capitales, todos también del TCE. En estos últimos casos, cuando normas del Tratado regulan sectores específicos, la intervención normativa dirigida a la armonización debe fundamentarse preci-

[20] TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, p. 57.

[21] Publicado en el DOCE N° C 316 de 27 de noviembre de 1995, p. 49 y ss.

[22] Si bien, tratándose de directivas también debe haber una actividad normativa estatal, su utilización puede a veces presentar, como se verá, ciertas desavenencias con el principio de legalidad.

[23] Así, NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 338, 369; GRASSO, "Prospettive...", p. 118, quien señala que, si bien es cierto, recurrir a la vía del título VI trae aparejadas ciertas desventajas, como la exclusión de la competencia del TJCE y de la intervención del Parlamento europeo, nada impide que sea estimado como la *extrema ratio*, esto es, susceptible de ser utilizado cuando el recurso a los instrumentos propiamente comunitarios no se manifiesta como posible.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

samente en aquellas disposiciones que así lo autorizan. Conforme a lo anterior, las normas generales citadas precedentemente sólo operarán, subsidiariamente, en la medida que no haya una atribución expresa de competencia[24].

El proceso armonizador es posible desarrollarlo mediante directivas o reglamentos. En términos amplios se puede decir que cuando se recurre a normas que autorizan la armonización con carácter general se emplean directivas. En cambio, se utilizan reglamentos cuando la armonización se fundamenta en normas de autorización particular[25]. Por otro lado, cuando es un reglamento el que establece las sanciones que a nivel nacional deben aplicarse, este no gozaría de aplicabilidad directa, pues debe intervenir el legislador nacional[26].

Nuestra atención se centrará en aquellas disposiciones de ámbito general. Ahora bien, entre las normas señaladas también resulta factible realizar una escala jerárquica[27], *considerando el procedimiento establecido y el grado de participación democrática*. Conforme a lo anterior, es posible señalar que la disposición más adecuada para implementar la armonización de legislaciones penales la conforma el art. 100 A del TCE[28]. En efecto, esta disposición se remite al sistema previsto en el art. 189 B del TCE, esto es, al procedimiento de codecisión en el cual tiene una activa participación el Parlamento europeo. De esta manera se dota a las normas emanadas de un *componente democrático*, aspecto que como se ha expuesto, constituye una de las carencias más notorias del ordenamiento comunitario. A continuación, podría emplearse el art. 100 del TCE, pues, para la adopción de normas se requiere la unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento europeo y al Comité económico y social. Cosa similar sucede tratándose del art. 235 del TCE, con la excepción de que no se exige la consulta al Comité económico y social. Por último, al final de esta escala jerárquica que se ha trazado, se puede situar al art. 101 del TCE, en que es posible adoptar directivas con la mayoría cualificada del Consejo, a propuesta de la Comisión. Es fácil percibir lo inadecuado que resultaría fundamentar un proceso armonizador con disposiciones como esta última, debido a las dificultades manifiestas que se presentarían a la hora de conciliar este método de creación normativa con el principio de legalidad.

La técnica que se analiza ofrece mayores ventajas que la asimilación en pos de una mejor tutela de los intereses comunitarios, aunque para ello se requiere,

[24] Cfr. PEDRAZZI, "Il ravvicinamento...", p. 466; GRASSO, *Comunidades...*, p. 221; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 356.

[25] Cfr. NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, 353; SEVENSTER, "Criminal law...", p. 35, apunta que la diferencia entre directivas y reglamentos estaría en que el primero es un instrumento de armonización utilizado en campos donde el objeto de las políticas nacionales es relativamente amplio. Los reglamentos, por su parte, son empleados cuando hay una exclusiva o una amplia competencia comunitaria. Ello explicaría por qué las pocas sanciones *comunitarias* se hallan en los reglamentos.

[26] Así, GRASSO, *Comunidades...*, p. 222; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 327.

[27] Para este efecto, *vid.* NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 356-357.

[28] De hecho, el proceso armonizador de dos materias de gran importancia, como lo son el blanqueo de capitales (publicado en el DOCE N° L 166 de 28 de junio de 1991, p. 77 y ss.) y las operaciones con información privilegiada (publicado en el DOCE N° L 334 de 18 de noviembre de 1989, p. 30 y ss.), que serán analizadas más adelante, se fundamentaron en el art. 100 A.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

claro está, de un mayor esfuerzo normativo, tanto de las instituciones comunitarias como de los propios Estados miembros. *El que se deba legislar a partir de lo que "ordene" la UE y según un basamento mínimo, permite asegurar un tratamiento punitivo más o menos homogéneo.* Además, el que se requiera de la actividad legislativa de los Estados para llevar a cabo el proceso armonizador, posibilita en principio, la superación de conflictos que a nivel del principio de legalidad se pueden presentar. Recalco lo de en principio pues, como luego se expondrá, es necesario observar ciertos parámetros a fin de no vulnerarlo.

El que las normas comunitarias se pronuncien sobre las conductas a sancionar y ofrezcan definiciones de los elementos normativos que pueden conformar el tipo penal, constituye un importante antecedente sobre el cual construir el proceso armonizador, sobre todo si se tiene en cuenta que estas otorgan un mínimo denominador, nada impide por tanto que los Estados puedan establecer disposiciones más severas[29]. Claro ejemplo de lo anterior lo conforman las directivas sobre información privilegiada y blanqueo de capitales[30]. Bajo estos presupuestos no me parece se pueda menoscabar el principio de legalidad[31].

Otra cosa es que las normas comunitarias dispongan acerca de la naturaleza de las sanciones, esto es, si deben o no ser estas penales. En las directivas recién mencionadas no hay un pronunciamiento expreso, dejándose que los Estados determinen qué tipo de sanciones aplicar. Pero, *¿pueden las normas comunitarias obligar a los Estados a sancionar penalmente sin con ello violentar el principio de legalidad?* La posición de la doctrina en este punto es divergente. Así, por un lado[32], se argumenta que ello es posible, esto es, que resulta legítimo imponer a los Estados criterios de determinación de la opción sancionadora. Si bien la UE no cuenta con una competencia punitiva, sí cuenta con facultades normativas para procurar una armonización, si estima que las diferencias en los sistemas penales puede incidir negativamente en el funcionamiento de la Comunidad. Por otro lado, se señala que el principio de legalidad bajo ninguna circunstancia se vería afectado, pues necesariamente debe haber una intervención del legislador nacional. Como señala Grasso[33], el problema de la mayor o menor flexibilidad, no debe plantearse en cuanto a si la UE puede o no exigir que se sancione penalmente –está claro que sí según el autor– sino que, dada las diferencias que pueden existir en la Parte general, no resulta conveniente una rigurosa determinación en el *quantum* de las penas.

Otra posición doctrinaria[34] discrepa con los planteamientos recién expuestos. En efecto, se señala que el obligar a los Parlamentos nacionales a establecer sanciones penales *vulneraría el principio de legalidad, en especial el de reserva de ley*. El que una directiva disponga qué debe sancionarse penalmente supone una intromisión en las tareas que son propias de los Parlamentos nacionales.

[29] En este sentido, NIETO MARTÍN, "Ordenamiento...", p. 633; *El mismo, Fraudes...*, p. 354.

[30] *Vid.* por ejemplo, el art. 6 de la Directiva sobre información privilegiada.

[31] A este efecto, conveniente sería que el proceso armonizador se fundamentara en normas como el art. 100 A TCE, pues indudablemente mayores objeciones se presentarían si el proceso se fundamenta en normas como el art. 101 TCE.

[32] Entre otros, GRASSO, *Comunidades...*, p. 217-220; el mismo, "La tutela degli interessi...", p. 389-391; PEDRAZZI, "Il ravvicinamento...", p. 476-477; CUERDA RIEZU, ¿Ostentan *ius puniendi...*", p. 631.

[33] GRASSO, *Comunidades...*, p. 219.

[34] Así, NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 362-366.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

Equivaldría a que el Ejecutivo nacional (Consejo a nivel comunitario) creara tipos penales, afectando las funciones que le corresponden –dentro de un régimen democrático– al Parlamento. *En definitiva, el que se pueda decidir acerca de la naturaleza de la sanción a imponer, es el margen de discrecionalidad mínimo que sólo compete al Congreso, su menoscabo alteraría el principio de legalidad.*

A mayor abundamiento[35], la jurisprudencia del TJCE al pronunciarse sobre el art. 5 del TCE ha señalado que lo importante es que la sanción sea lo suficientemente eficaz[36], sin indicar cuál debe ser su naturaleza. Por último, debe considerarse que tal flexibilidad permitiría conciliar el interés comunitario de sancionar eficazmente con los principios propios de Parte general de cada Estado. Así, por citar un ejemplo, no todos los países sancionan penalmente a las personas jurídicas, es fácil percibir entonces, los problemas de armonización que se presentarían si una directiva se pronuncia en este sentido[37].

Es cierto que en estricto rigor no parece que existan impedimentos para que una directiva disponga que los Estados deben sancionar penalmente determinadas conductas, pues el principio de legalidad estaría salvaguardado en la medida que se requiere de la intervención legislativa de cada Estado. Empero, conforme al actual estado de desarrollo del Derecho comunitario, no resulta posible sostener la aseveración anterior, esto es, que el principio de legalidad no se vería lesionado. Si como es sabido, por un lado tenemos que el principio tiene un componente *democrático*[38] que no es posible desatender y, por otro, que una de las carencias más notables de las instituciones comunitarias legiferantes es su falta de legitimidad democrática, resulta entonces difícil de aceptar, que cuando una disposición comunitaria –incluso cuando emana del procedimiento "más democrático" como es el art. 100 A– ordena a los Estados que deben castigar penalmente una determinada conducta, ello no sea visto como una clara violación del principio de legalidad. No debe olvidarse que normas como las directivas constituyen instrumentos del Derecho de integración, por lo tanto lo que a nivel comunitario se disponga debe reflejarse en cada uno de los ordenamientos. Si bien es cierto que la técnica de armonización supone la actividad normativa de los Parlamentos nacionales, hay que considerar que estos sólo actuarían para *transformar en ley* lo que otras instituciones –las comunitarias– ya decidieron.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente una característica del Derecho comunitario muy importante, vinculada al principio de primacía, y es que sus normas producen un "efecto dique", esto es, que ya transpuestas en las legislaciones nacionales no pueden ser posteriormente modificadas ni derogadas por una ley nacional. Este efecto también es conocido como el de "petrificación

[35] NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 363.

[36] *Vid.* STJCE *Comisión* c. *Grecia* de 21 de septiembre de 1989, as. 68/88, Rec. 1989-8; STJCE Hansen cit. n. 14; asimismo, *vid.* SEVENSTER, "Criminal law...", p. 50-51.

[37] En todo caso, sobre este punto, el TJCE ha resuelto que el art. 5 del TCE no puede obligar a un Estado miembro a introducir en su Derecho un régimen penal específico, tal como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Vid. STJCE Vandevenne y otros de 2 de octubre de 1991*, as. C-7/90, Rec. 1991-8/I.

[38] Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 252-253, señala que la dimensión política del principio de legalidad se refiere precisamente a la vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos. Tiene por objeto fundamental atender a la *legitimación democrática* de las disposiciones que definen los delitos y las penas.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

legislativa"[39]. Es evidente que bajo estos parámetros la participación del Parlamento se ve disminuida, más aún lo estaría si se le priva de la facultad de determinar qué conductas son o no merecedoras de pena. Además, se estaría abiertamente dotando a las instituciones comunitarias de una potestad punitiva, pues de ellas dependería si un comportamiento deja o no de ser punible.

Las circunstancias expuestas, a saber, el "déficit democrático" y la "petrificación legislativa", hacen recomendable, cuando se emplea el procedimiento de armonización, *que las normas comunitarias sólo se pronuncien sobre un mínimo*, esto es, sobre cuáles son los objetivos a alcanzar, dejando que los Estados determinen el régimen sancionatorio que estimen más adecuado y eficaz. Las Directivas sobre información privilegiada y blanqueo de capitales conforman un buen ejemplo al respecto[40]. Lo anterior, no quiere en todo caso significar que la técnica analizada no sea perfectible y que no se puedan alcanzar mayores niveles de armonización, pero para ello sería recomendable, antes que nada, superar la deficiencia democrática de que adolece el sistema legislativo comunitario. *Mientras se mantenga el Derecho comunitario en el estado en que actualmente se halla, el método en cuestión debe respetar los baremos expuestos precedentemente.*

IV. CONCLUSION

Aun cuando hoy los esfuerzos se han encaminado fundamentalmente a lograr una armonización legislativa que permita una adecuada protección penal de los intereses comunitarios, no son pocos los autores que señalan que el *iter* que debería seguir la dogmática no debe quedar reducido a meros procesos armonizadores, sino que debe ir más allá, procurando homogeneizar los conceptos y categorías de la Teoría jurídica del delito, que permita en un futuro la construcción de un sistema común europeo de Derecho Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, estimo que para un adecuado proceso armonizador se deben seguir las siguientes condiciones:

a) Es preciso que el Parlamento Europeo tenga mayor participación en la generación de normas. No es posible seguir "tolerando" que las facultades legiferantes sigan radicadas en instituciones carentes de toda legitimidad democrática. De esta forma, pueden salvarse los reparos que desde la perspectiva del principio de legalidad se presentan.
b) Emplear la técnica de la armonización, a través del art. 100 A del TCE, pues, parece ser el método más adecuado para lograr la aproximación de las legislaciones penales. Además, si se otorga mayor participación al Parlamento Europeo podría plantearse que las normas comunitarias suministren las indicaciones acerca de la naturaleza y medidas de las sanciones.

[39] *Vid.* NIETO MARTÍN, "Ordenamiento...", p. 633; el mismo, *Fraudes...*, p. 358.

[40] TIEDEMANN, "El Derecho Penal económico...", p. 242 señala, al tratar las Directivas en comento: "Lo cual significa que a la armonización le queda vedado tan sólo la determinación de la sanción, mas puede extenderse a la determinación de las prohibiciones y los mandatos, ya se encuentren estos, como ocurre en el Derecho Penal accesorio, separados de la norma sancionatoria o se integren en el tipo penal, como sucede cono los tipos del StGB. Con otras palabras, y simplificando los términos: la carencia de competencia comunitaria para adoptar "directivas penales" no se refiere al Derecho Penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales".

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms

c) En relación con el punto anterior, no parece conveniente fundamentar los procesos de armonización legislativa conforme al título VI del TUE, esto es, recurriendo a Convenios. No hay que olvidar que dicho título, en definitiva, se regula por normas propias del Derecho internacional. Basta entonces que un Estado no ratifique un Convenio, para que este no produzca efecto alguno. Por lo tanto, debiera tenderse a "comunitarizar" lo dispuesto en título VI. De manera que, materias tan importantes como la defraudación, pudieran regirse por los procedimientos establecidos en el TCE. Además, supondría un mayor compromiso de acción por parte de los Estados miembros.

This content downloaded from 129.81.226.78 on Sun, 17 Apr 2016 14:31:40 UTC
All use subject to http://about.jstor.org/terms