

La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea*

KLAUS TIEDEMANN

Freiburg im Breisgau (Alemania)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. TENDENCIAS Y TESIS RESPECTO DE UNA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL: 1. ¿Adiós al Código Penal europeo? 2. Tesis sobre las características y el alcance, así como sobre los factores de la armonización. 3. Especial consideración del Derecho de las sanciones administrativas. 4. Asimilación y armonización del Derecho penal nacional.-III. PERSPECTIVAS DE LA FUTURA EVOLUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal sigue con un característico retraso a la europeización de otros sectores del Derecho, sectores en los que la existencia de competencias institucionales de las Comunidades Europeas aconseja una armonización, previéndose además ésta en la mayoría de los casos de modo expreso en los tratados de Derecho internacional público. Hasta Maastricht, no era éste el caso del Derecho Penal. Por ello, por un lado, la descripción del proceso de europeización en este ámbito es más escueta; por otro lado, esta descripción debe ir más allá de los puntos de parti-

* Conferencia pronunciada el día 13 de septiembre de 1996 en la Universidad Autónoma de Madrid. La conferencia forma parte de un proyecto de investigación sobre la armonización del Derecho penal en Europa, desarrollado en el marco del premio Max-Planck de investigación de 1995.

Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

da que pueden observarse en el campo institucional o en el de los tratados de Derecho internacional público para poder esbozar una imagen correcta de la situación actual. Desde mi punto de vista, las perspectivas de futuro son algo más positivas, aunque se hallan lastradas de un especial grado de inseguridad en lo que se refiere a la formulación de pronósticos de futuro en el ámbito de la política legislativa. Y es que el Derecho Penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo –al menos en amplios sectores– el Derecho Penal se presenta como Derecho político (1), que muestra una vinculación especialmente fuerte a la tradición y a la conciencia de determinados valores, vinculación que, sin embargo, también se refiere a emociones y temores fundamentales. La reciente discusión pública alemana acerca de «¿Extranjeros europeos en la judicatura?» (2) en relación con la reforma del Derecho electoral municipal en el Estado federado de Hessen da buena cuenta de ello. El Derecho Penal sólo es en una parte reducida mera técnica jurídica, y sólo puede ser objeto de negociación –desde la perspectiva de determinados aspectos económicos y de unión entre los pueblos– hasta cierto punto. Sobre todo la Parte Especial del Derecho Penal, como es sabido –y haciendo uso de una imagen a la que frecuentemente se recurre–, se presenta como espejo, formulado en negativo, en el que se reflejan los valores y las actitudes valorativas de una sociedad (3). Ciertamente, estos valores tienen en Europa profundas raíces comunes, y al menos en parte, coinciden en sus contenidos, pero se hallan provistos de tan diversas perspectivas y acentos que en una valoración global parece difícil llegar a un acuerdo aún referido al mínimo denominador común. Las divergencias sustanciales en la configuración del tipo de la estafa, el controvertido alcance de la inclusión político-criminal de personas crédulas en su ámbito de protección y su relación diferenciada con determinados tipos especiales similares a la estafa, con las falsedades, el delito fiscal, etc., son un primer ejemplo de esta diversidad incluso en el simple campo de la protección del patrimonio y de la veracidad en el tráfico jurídico. También el Derecho procesal penal muestra en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados miembros ciertas particularidades tradicionales. Son estas peculiaridades las que explican, por ejemplo, la lentitud en el proceso de restricciones de las competencias del Juez de instrucción en Francia, a pesar de que esa figura ha sido eliminada por completo en otros países, la aparición en un momento histórico tardío de la Fiscalía en Gran Bretaña, acompañada de

(1) Sobre esto ya TIEDEMANN, *Strafrechtspolitik und Dogmatik in den Entwürfen zu einem Dritten Strafrechtsreformgesetz*, 1970.

(2) Así el título del artículo de WASSNER en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 132, de 10 de junio de 1996, p. 12.

(3) Cfr. últimamente TIEDEMANN, *JZ* 1996, pp. 647 y ss.

unos poderes de la policía sorprendentemente amplios para alguien ajeno a ese ordenamiento, o el fracaso del proceso penal de partes en Italia, de reciente introducción, con los fenómenos socio-culturales particulares de los «pentiti» y de un gran número de tipos especiales de Derecho Penal material del tipo de la *associazione mafiosa* (4).

Las constataciones y afirmaciones que acabo de hacer probablemente necesitan de datos y ejemplos más concretos ya en esta parte introductoria. Si comenzamos con la influencia institucional muy reducida, incluso mínima, de las CE sobre el Derecho Penal nacional en su actual configuración, es evidente que en el Código penal alemán tan sólo el tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB), introducido en 1992, es consecuencia directa de una directiva de las CE (de 10 de junio de 1991, «para la evitación del uso del sistema financiero para el blanqueo de dinero») (5). Esta norma, sin embargo, precisamente en lo que respecta a su vinculatoriedad y formulación jurídico-penal, se ve condicionada y afectada más bien por el Convenio de Viena de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias psicotrópicas. Pues sólo la Convención de Viena obliga a los Estados Parte a la introducción y configuración de las correspondientes prohibiciones como hechos delictivos, mientras que la directiva en materia de blanqueo de dinero del Consejo de las CE tan sólo contiene la obligación de los Estados miembros de «sancionar» el blanqueo de dinero, expresando de este modo —después de complejas negociaciones previas— el respeto frente al *ius puniendi* en materia criminal de los Estados. Conforme a la doctrina absolutamente dominante (y en contra de la opinión del Parlamento Europeo), esta potestad precisamente no ha sido transferida, ni siquiera de modo sectorial, a las Comunidades, de modo que —de acuerdo con la opinión predominante, aunque se encuentren voces discrepantes, especialmente en la bibliografía española— las directivas de la Comunidad, en todo caso y de modo exclusivo, pueden afectarla en el ámbito de la tipicidad o de la prohibición, pero no en lo que se refiere a la elección de la sanción (6).

Fuera del Código Penal, en el ámbito del así llamado Derecho Penal accesorio, la situación no es distinta, puesto que tampoco en este otro campo —a pesar de existir una amplia accesoriadad del Derecho Penal respecto de la materia extrapenal— la sanción criminal se concibe como un mero anexo de la potestad de regulación extrapenal. En el Derecho

(4) Cfr. la sinopsis de Derecho comparado respecto de los cambios en las instituciones y reglas jurídico-procesales en el informe general de TIEDEMANN, *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, pp. 813 y ss.

(5) ABIEG núm. L 166/77, de 18 de junio de 1991.

(6) Cfr., de modo resumido, TIEDEMANN, *NJW* 1993, pp. 23 y ss.; de otra opinión, en la bibliografía española, FERRÉ OLIVÉ, en ARROYO/TIEDEMANN (ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, 1994, p. 275 (281 y ss.), y NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 1996, pp. 356 y ss.; va más allá en la bibliografía italiana RIONDATO, *Cometenza della Comunità Europea*, 1996.

Penal accesorio alemán, con la confusión amorfa que en él impera —alrededor de 1.000 leyes con disposiciones penales—, sólo puede identificarse como tipo armonizado en toda Europa la prohibición de negocios de *insider* del § 38 de la Ley de Tráfico de Títulos Valores. Esta prohibición, que ha entrado en vigor el día 1 de agosto de 1994, y que en España se encuentra en el Código Penal, está basada en varias directivas de las CE, especialmente en la directiva sobre *insider* de 13 de noviembre de 1989 (7). En este caso, se puede decir que se ha producido una adaptación al menos más lograda —y con ello, verdaderamente adecuada al Derecho europeo— que respecto de la directiva de blanqueo de dinero, cuya adaptación por parte de los legisladores nacionales ha dado lugar a configuraciones bastante diversas, siendo la divergencia respecto del texto base de Derecho europeo especialmente llamativa en Alemania (8). Por otro lado, hay que decir también que desde el primer momento la directiva sobre blanqueo de dinero dejaba muchas cuestiones sin resolver, entre otras ya la cuestión acerca de cuáles eran las razones por las que era deseable o necesaria una armonización, más allá de seguir una moda internacional que —partiendo de EE.UU.— considera que la panacea en la lucha contra la criminalidad organizada está precisamente en la actuación contra el así llamado blanqueo de dinero. Sobre todo, esta directiva no intenta siquiera de modo fragmentario una armonización de las finalidades de protección nacionales del tipo penal: el acceso del Estado a los valores patrimoniales que pretenden ser lavados, es decir, el Derecho nacional respecto de la incautación, de la retirada de ventajas patrimoniales y del comiso. Las directivas sobre operaciones de *insider* —que, como se ha dicho, han sido objeto de una adaptación más adecuada— y los tipos penales nacionales correspondientes tampoco son, por otra parte, modelos a seguir, pues —sobre todo en lo que se refiere a la exclusión de la responsabilidad civil— se introduce una protección pretendidamente limitada a la vertiente supraindividual, que prácticamente invierte el principio clásico del Derecho Penal como ultima *ratio*, reconocido en todos los Estados miembros (9).

(7) ABIEG núm. L 348/62, de 17 de diciembre de 1988; L 334/30, de 18 de noviembre de 1989; L 141/27, de 11 de noviembre de 1993.

(8) Cfr. la valoración desde el punto de vista del Derecho comparado realizada por HÖRETH, *Die Bekämpfung der Geldwäsche unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen*, tesis, Tübingen, 1996. Respecto del Derecho español, GÓMEZ INIESTA, en ARROYO/TIEDEMANN, op. cit., pp. 151 y ss.

(9) Cfr. sólo TIEDEMANN, StV 1996; desde una perspectiva general OTTO, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, pp. 447 y ss.

II. TENDENCIAS Y TESIS RESPECTO DE UNA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL

Después de esta introducción –que no ha resultado ser demasiado positiva respecto del Derecho europeo–, es preciso adoptar una perspectiva más amplia y sistemática para poder apreciar las líneas de evolución y las tendencias (no siendo éstas en absoluto palmarias) existentes, lo que hará posible formular a continuación un pronóstico.

1. ¿Adiós al Código penal europeo?

Desde la perspectiva negativa, probablemente en la actualidad ya está claro que en la realidad ya se ha producido la despedida de un Código penal europeo, aunque tan sólo se trate de un Código penal modelo, como se venía proponiendo con frecuencia –por ejemplo, ya en 1971 por parte del Consejo de Europa– hasta hace algún tiempo siguiendo la experiencia del *Model Penal Code* de EE.UU. y los trabajos efectuados en Sudamérica para un Código penal tipo y como se ha planteado recientemente por algunos diputados tanto en la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Federal alemán como en el Parlamento Europeo. Siguiendo las propuestas de algunas voces italianas, especialmente la del presidente de la Comisión oficial de Reforma del Derecho Penal Pagliaro (10), en Alemania Sieber ha defendido la elaboración de un Código penal modelo europeo «para acelerar la armonización de los ordenamientos penales europeos» (11). Si se tienen en cuenta la multiplicidad de valores culturales y el carácter ampliamente político del Derecho Penal a los que antes se ha aludido, tales propuestas y planteamientos parecen poco realistas, además de que en el plano institucional de las CE podrían plantearse objeciones adicionales en atención al principio de subsidiariedad. Lo mismo cabe decir respecto de la cuestión ulterior o auxiliar acerca de si es la Parte General o la Parte Especial la que resultaría más adecuada para llevar a cabo una armonización.

Naturalmente, esta despedida de un Código penal europeo modelo –que, por otra parte, también podría proponerse por iniciativa privada– debe entenderse más bien como provisional y formulada completamente en función de la situación actual. Precisamente los nuevos Códigos penales de Francia (1994), Portugal (1995) y España (1996), así como el Proyecto de Código penal italiano (1992) muestran, en un análisis comparativo, por ejemplo, con el Derecho alemán y austriaco, similitudes y para-

(10) PAGLIARO, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. 379 (385).

(11) SIEBER (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, 1993, p. 159 y en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. 349 (365). Ulteriores referencias en DANNECKER, en: ESER/HUBER (ed.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.3*, 1995, pp. 1993 y s.

lelismos tan sorprendentes que la idea de la redacción de un Código penal modelo al menos respecto de ciertos campos singulares, incluso quizá respecto de amplios sectores parciales, no debería ser descartada de modo permanente. Sin embargo, la discusión debe tener en cuenta de modo más intenso que hasta ahora la crisis de la idea europea de codificación, cuyas causas y repercusiones también afectan al Derecho Penal (12).

Por lo demás, llevan una denominación que al menos induce a confusión los trabajos de las Naciones Unidas para la elaboración de un «Código penal mundial» (13), aunque precisamente este proyecto demuestra con bastante claridad de qué es lo que se trata: no de la «posibilidad de un Derecho mundial» (Zitelmann, 1888), sino de la formulación y adopción en todo el mundo de tipos penales centrales de Derecho internacional público en el caso del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra. En esta medida, una comisión que inició sus trabajos en 1995 prepara el estatuto de un Tribunal internacional con competencia para enjuiciar estos delitos y elabora en este contexto reglas de carácter procesal, incluyendo las relativas a la extradición (14). Este ejemplo —que en lo que se refiere a su realización igualmente sigue siendo más bien utópico—, frente al cual sobre todo los Estados asiáticos mantienen una postura escéptica, indica con claridad lo que sucede en un plano general, y, por tanto, también en lo que se refiere a la evolución europea y que aquí se me permitirá formular —por razones de tiempo— de modo sintético en algunas tesis:

2. Tesis sobre las características y el alcance, así como sobre los factores de la armonización

Tesis a)

Son susceptibles de armonización no tanto los ordenamientos jurídico-penales y los Códigos penales en su conjunto como algunos ámbitos y sectores individuales, cuya equiparación jurídica supera la división tradicional en Parte Especial y Parte General y abarca también al Derecho Penal en un sentido más amplio, incluyendo las sanciones administrativas y el Derecho procesal. Más adelante volveré ampliamente sobre la regulación más reciente de las CE como demostración de esta tesis.

(12) Cfr. sobre esto TIEDEMANN, *JZ* 1996, pp. 647 ss., con abundantes referencias.

(13) REICHART, *ZRP* 1996, pp. 134 ss.

(14) Sobre esto, cfr. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), *Draft Statute for an International Criminal Court*, 1995; BASSIOUNI, «Recent United Nations activities in connection with the establishment of a permanent International Criminal Court», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1996, pp. 127 ss.

Tesis b)

La armonización e internacionalización y, con ello, también la europeización del Derecho Penal, no consiste tanto en el desarrollo de reglas más o menos estáticas como en la selección y en el reconocimiento de principios y el establecimiento de estándares mínimos que resultan ser susceptibles de dar lugar a consenso sobre todo en aquella medida en la que se corresponden con garantías de derechos fundamentales y humanos. Tales estándares mínimos son los que pretende introducir, por ejemplo, el proyecto del Consejo de Europa de un Convenio para la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, de 21 de junio de 1995, con el fin de alcanzar una armonización de los ordenamientos jurídico-penales nacionales en ese ámbito (15).

Tesis c)

La necesidad y los efectos de la armonización de los ordenamientos penales nacionales sólo parcialmente derivan de obligaciones normativas (convenios, directivas); corresponden efectos prácticos similares en este sentido a las instituciones procesales de la extradición y cooperación judicial, cuya efectividad tiene como presupuesto un Derecho Penal material equiparado en gran medida. En este sentido, baste recordar los conceptos de «reciprocidad» y de «norma idéntica».

Tesis d)

Finalmente, junto a la introducción o posibilitación normativa de la armonización, ésta surge en el plano fáctico de modo amplio de la creación de instituciones internacionales como el Tribunal *ad hoc* de Crímenes de Guerra en La Haya, que comportan la necesidad ineludible y positiva de crear sobre la base de una consideración comparativa de muchos ordenamientos jurídicos una ordenanza procesal que –en todo caso, si disfrutara de una suficiente experiencia práctica positiva– no podrá dejar de producir repercusiones sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Mencionaré tan sólo como ejemplo el artículo 71 de la Ordenanza de La Haya, que permite bajo ciertas circunstancias tomar declaración a testigos por medios audiovisuales.

Si estas tesis se ponen en relación con el Derecho Penal europeo, como corresponde al tema de mi exposición, ha de completarse con carácter previo a un punto de vista que por su naturaleza ha de tener menor relevancia en una consideración a nivel mundial, y que por ello también afecta de modo primario los factores de la europeización de los ordenamientos penales: el intercambio y el contacto internacional de los penalistas ha

(15) Cfr. la información en MÖHRENSCHLAGER, *wistra*, 1996, fasc. 1, pp. IV ss.

alcanzado en las últimas décadas una dimensión y una intensidad que eran difícilmente imaginables antes de la aparición de medios modernos de comunicación y de transporte, así como de generosas instituciones de fomento, como en Alemania la «Fundación Alexander von Humboldt» o el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). El mayor conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros que ello comporta, así como las convicciones comunes básicas relativas a numerosas cuestiones del Derecho Penal, incluyendo la política criminal, el sistema de sanciones, el proceso penal y la ejecución de penas, que se plasman prácticamente en forma de resoluciones en los congresos internacionales (como, por ejemplo, de la Asociación Internacional de Derecho Penal), han conducido a un amplio consenso internacional acerca de posibles soluciones a problemas comunes. El proceso de aproximación en la Parte Especial queda demostrado por los ya mencionados nuevos Códigos penales de los Estados de tradición románica, pudiéndose constatar en este contexto a nivel del conjunto de Europa una tendencia común —que muestra diferencias tan sólo en ciertos matices— hacia la descriminalización de amplios sectores del Derecho Penal clásico y hacia el establecimiento de nuevas modalidades de comportamientos delictivos en ámbitos que han sido reconocidos como especialmente propensos en el marco de la sociedad moderna a sufrir perturbaciones (por ejemplo, delitos económicos y contra el medio ambiente, manipulaciones relacionadas con la genética humana). En lo que se refiere a las sanciones, los ordenamientos jurídicos nacionales de Europa se suman hoy en día en gran medida a una amplia tendencia de reforma que queda caracterizada por conceptos como: eliminación o limitación de la pena privativa de libertad de corta duración e introducción de instrumentos sustitutivos en forma de ejecución en fines de semana, trabajos de utilidad social y, sobre todo, pena de multa en su configuración conforme al sistema escandinavo de los días-multa; reducción de las tradicionales penas que afectan al honor y revitalización de las inhabilitaciones especiales para el ejercicio de la profesión en casos de abusos graves de posiciones profesionales y económicas, especialmente en el Derecho Penal económico; nueva configuración de las sanciones contra las personas jurídicas y otras colectividades de personas. La tesis (ulterior) que está en la base de esto, en el sentido de constatar una convergencia de los ordenamientos jurídico-penales en Europa, puede ser demostrada también, especialmente, respecto de la dogmática de la Parte General; como, por ejemplo, en el caso de la teoría del error, que —en contra de la afirmación de Weigend, hecha en su por lo demás meritorio trabajo (16)— incluso en el ámbito del error de Derecho, que tradicionalmente había sido objeto de tratamientos divergentes en función de que se partiera de un modelo de Estado autoritario o liberal,

(16) WEIGEND, *ZStW*, 105 (1993), p. 774 (783 y ss.).

llega a soluciones que son en principio idénticas, por ejemplo, en Alemania, España, Francia, Inglaterra e Italia (17), y permite formular, sin mayores dificultades, reglas comunes en el tratamiento del error en Derecho Penal. La situación es similar en lo que se refiere a ciertas causas de justificación como expresión de la regulación de situaciones de necesidad y de conflicto, a la teoría de autoría y participación con sus distintos modelos de autoría unitaria o diferenciada, etc. De hecho, hemos tenido ocasión de presentar junto a colegas extranjeros tales formulaciones comunes respecto de las cuestiones de imputación más importantes de la Parte General (18), si bien subrayando la referencia «específico-sectorial» respecto de aquellas materias de la Parte Especial en las que corresponde competencia a las CE [cfr. *supra* tesis a)]. A medio o largo plazo, posiblemente esta delineación en función de los *topoi* de la materia de regulación conducirá de nuevo a un proceso de más amplia abstracción de la Parte General. En cuanto estadio intermedio y de prueba, sin embargo, la comprobación de reglas generales sobre la base de las peculiaridades de la materia de regulación es más bien un avance que venimos exigiendo desde hace tiempo también para la dogmática del Derecho Penal alemán (19). También desde esta perspectiva teórica de ningún modo puede considerarse una desventaja que la Comisión de las CE —en virtud de sus limitadas competencias institucionales— sólo pueda desarrollar en el ámbito del Derecho Penal administrativo reglas propias para las sanciones que la Comisión misma deberá imponer. En esta materia, el Tribunal de las CE ha desarrollado principios tan excelentes que resulta incomprensible por qué Grasso ha exigido que haya que evitar «a cualquier precio» que se haga participar al TCE de modo similar en la elaboración de una futura Parte General del Derecho Penal (20). Con lo dicho no se pretende poner en duda el hecho de que la dogmática de la Parte General es de modo muy especial una herencia común europea y, por ello, rige —también con independencia de cualquier iniciativa de las CE— en toda Europa, es decir, que es el ámbito que desde el punto de vista material más propicio resulta para la armonización (21) o incluso ya muestra de hecho tal armonización (como parece que hacen suponer la elección de los temas para las «Jornadas alemanas de penalistas» de 1997 en Berlín y para las «Jornadas de Derecho Penal» en 1997 de la Sociedad de Derecho comparado en Graz).

(17) Cfr. TIEDEMANN, *Geerds-Festschrift*, 1995, pp. 95 y ss., y en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, pp. 71 y ss. (88 ss.).

(18) BACIGALUPO/GRASSO/TIEDEMANN, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., pp. 465 ss.

(19) Desde TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* (1969).

(20) GRASSO, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, p. 1159 (1188).

(21) En este sentido BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, 1996, p. 53; FRISCH, en: *Sieber* (ed.), op. cit., p. 149 (150); VOGEL, *JZ*, 1995, p. 331 (333 ss.).

Antes de retomar esta evolución y sus repercusiones, ha de resaltarse de nuevo –pasando a las instituciones supraestatales– la ya antes aludida actividad del Consejo de Europa entre los factores efectivos de una armonización jurídico-penal europea. Los convenios y las recomendaciones del Consejo afectan tanto a la *praxis* de la persecución penal internacional (especialmente, extradición y cooperación judicial, pero también transmisión de la persecución penal, asunción de la ejecución de penas, supervisión de delincuentes en libertad condicional, etc.), como a importantes cuestiones de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho Penal (22). Como ejemplos respecto de las problemáticas enunciadas en último lugar cabe mencionar –junto al proyecto ya mencionado sobre el Derecho Penal del medio ambiente– las recomendaciones relativas a la criminalidad informática y otras modalidades de criminalidad económica, así como respecto de la posibilidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas. Estas recomendaciones, preparadas por grupos de trabajo de expertos en la materia, se entienden con razón –de modo similar a las resoluciones de los Congresos Internacionales de Derecho Penal– como expresión de convicciones comunes de las naciones desarrolladas (europeas), habiendo sido aceptadas con frecuencia –a pesar de reservas expresadas de algunos Estados respecto de cuestiones particulares– por unanimidad. El hecho de que en la *praxis* de la política criminal nacional no todas las recomendaciones del Consejo de Europa hayan sido llevadas a la práctica y que no todos los Convenios del mismo organismo hayan sido transformados y hayan entrado en vigor, no puede llevar a ocultar la realidad de una tendencia fuerte –aunque, en la mayoría de las ocasiones, sin vinculatoriedad normativa– de armonización. Ya el Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949 menciona expresamente como finalidad la armonización de los ordenamientos jurídico-penales nacionales.

Corresponde mucho mayor fuerza vinculante –incluso, en algunos Estados, la máxima vinculatoriedad jurídica imaginable– a la actividad de los Tribunales Constitucionales nacionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos junto con la actividad decisoria previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, aunque estas actividades sean tomadas menos en consideración por los penalistas. Como es natural, esta jurisprudencia constitucional sólo en escasas ocasiones afecta a la regulación legal general en materia de Derecho Penal material y Derecho procesal penal (como, por ejemplo, en el ámbito de la interrupción del embarazo, respecto de la cual se han pronunciado numerosos Tribunales constitucionales nacionales) (23), sino, por regla general, a la decisión de casos concretos; pero ello tiene evidentes repercusiones sobre el sistema

(22) Cfr. la sinopsis en VÖGLER, *Jura*, 1992, pp. 586 y ss.

(23) Cfr. el resumen de ARROYO ZAPATERO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981, pp. 195 y ss.

del Derecho Penal (24). Como es sabido, la base jurídica de los órganos de Estrasburgo es la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que ha sido frecuentemente calificada de «Ley fundamental europea»; esta convención apoya nuestra tesis *b*) de los estándares en el sentido de principios mínimos, sobre todo en el ámbito del Derecho procesal penal, pero con importantes repercusiones también sobre el Derecho Penal material. En este sentido, Delmas-Marty habla en el subtítulo de su conocido libro *Le flou du droit* (1986) de la existencia de un movimiento *du code pénal aux droits de l'homme* (desde los Códigos penales hacia la garantía de derechos fundamentales y humanos). La rica actividad decisoria de las instituciones de Estrasburgo concreta las garantías mínimas de la Convención con cierta frecuencia hasta llegar a garantías muy concretas respecto de constelaciones específicas. Como ejemplo mencionaré tan sólo el ámbito de la prueba con ayuda de confidentes, respecto del cual el Tribunal de Estrasburgo ha establecido últimamente determinadas exigencias que al menos cuestionan la praxis más bien generosa del Tribunal Supremo Federal alemán en esta materia, y que probablemente conducirán a una corrección de esta *praxis* en cuanto se lleve un caso alemán relativo a esta cuestión ante el Tribunal europeo (25) (en España se trataría de la interpretación del art. 710 LECrim.). Por otra parte –y coincidiendo ampliamente con el Tribunal de Estrasburgo–, importantes Tribunales Constitucionales nacionales han desarrollado desde la perspectiva constitucional una jurisprudencia sobre los principios fundamentales del Derecho Penal y procesal penal que si bien no está dirigida a la obtención de una armonización, es sorprendentemente homogénea. En este sentido, sobre todo, los Tribunales, inclusive el Tribunal Constitucional español, han extendido garantías penales fundamentales como los principios de legalidad y de culpabilidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa a ámbitos similares al Derecho Penal. De este modo, especialmente, el ya mencionado Derecho de las sanciones administrativas es aproximado al Derecho Penal, privándolo así, en parte, de su tradicional agilidad, pero también de su carácter negociable. De este modo –junto con la creación de *Autorités Administratives Indépendantes* similares a tribunales (como en Alemania, por ejemplo, la Oficina Federal de Defensa de la Competencia o la proyectada Oficina de Supervisión del Mercado de

(24) Respecto de las resoluciones del BVerfG alemán en este ámbito cfr. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, con perspectiva y referencias de Derecho comparado.

(25) ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3.^a edición, 1994, p. 130 con referencias. De modo general sobre la influencia de la CEDH sobre el Derecho penal y procesal penal alemán, KÜHL, *ZStW*, 100 (1988), pp. 406 y ss., 601 y ss.; respecto de la relevancia de sus principios para la armonización europea del Derecho Penal, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 1994, especialmente pp. 244 y ss.

Valores)—, el Derecho sancionador administrativo se convierte en una alternativa renovada, propia de un Estado de Derecho y eficiente, en el arsenal de la política criminal y social del Estado. La fuerza conformadora del Derecho constitucional, en su transformación por medio de los Tribunales constitucionales, es en mi opinión un factor de armonización —especialmente para las máximas de la Parte General del Derecho Penal— inesperado, pero muy importante. Aunque los Tribunales constitucionales suelen mantenerse alejados de las cuestiones de detalle de la dogmática jurídico-penal, sí toman posición respecto de los problemas fundamentales [*supra* tesis b)] en el límite hacia la política criminal y de la configuración del sistema del Derecho Penal como tal (26). Puede bastar citar aquí como ejemplo la reciente jurisprudencia constitucional italiana, que declara en contra de la previsión expresa del *Codice penale* que el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad (27), o recordar el papel jugado por el principio constitucional de proporcionalidad, que pone límites tanto a la política criminal como a la legislación en el ámbito del Derecho procesal penal, papel reconocido desde hace mucho tiempo en el Derecho alemán, español e italiano y que hace algún tiempo también ha sido «descubierto» por la jurisprudencia constitucional francesa con efectos sobre el Derecho Penal y la política criminal (28).

3. Especial consideración del Derecho de las sanciones administrativas

Un papel muy similar en sus efectos, pero con repercusiones claramente más amplias en lo que se refiere a la armonización, corresponde al Tribunal de las Comunidades Europeas en Luxemburgo. El TCE no sólo reconoce libertades generales y el principio de proporcionalidad, sino que ha elaborado respecto de las sanciones administrativas impuestas por la Comisión de las CE en el Derecho de competencia y de la minería, en el ámbito agrario y pesquero, en el sector de los transportes y en numerosos otros ámbitos, una Parte General prácticamente completa de las sanciones administrativas que antes ya hemos calificado de excelente en su conjunto, especialmente teniendo en cuenta que corresponde a la tendencia —que se abre paso en la discusión relativa a la armonización— hacia la simplificación de la Parte General (29). Se trata de una síntesis autónoma derivada del examen comparado de los ordenamientos más importantes de los Estados miembros y halla una correspondencia codificada en las —entre sí

(26) TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, cit., p. 6.

(27) Corte Costituzionale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 686 y ss., con comentario de PILITANÒ.

(28) DELMAS-MARTY/TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger?*, 1992.

(29) En favor de ello ya TIEDEMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 1141 (1436 ss.); y GEERDS-FESTSCHRIFT, p. 110; en el mismo sentido BERNARDI, op. cit., pp. 57 s., 141 s.; VOGEL, op. cit., p. 338.

muy similares— Leyes de contravenciones alemana, italiana y portuguesa. La competencia sancionatoria propia de las CE en este ámbito cuasi-jurídico-penal, «punitivo» (30), favorece el desarrollo de ciertas reglas (que adquieren, sin embargo—a causa de que la jurisprudencia del TCE es tanto pragmática como se halla vinculada a casos individuales— en la mayoría de las ocasiones más bien el carácter de principios [*supra* 2 tesis b]) que sólo quedan claramente determinados en su núcleo y muestran contornos menos precisos en ámbitos límite, pero precisamente por ello son susceptibles de consenso y de armonización): *nullum crimen sine lege* (con la permanencia del problema del *Common Law* inglés); efectos retroactivos de la *lex mitior* (en la medida en que el legislador no lo excluya expresamente); *nulla poena sine culpa* (con considerables limitaciones en aquellos Estados miembros que siguen conociendo *strict liability* y *faute matériel-le*); derechos de necesidad como legítima defensa y estado de necesidad (pero sin la diferenciación alemana entre estado de necesidad justificante y exculpante); la exigencia propia del Estado de Derecho de la prescripción (que en el Reino Unido, sin embargo, ha sido introducida muy recientemente en la legislación y que sigue siendo desconocida respecto de las *more serious offences*); relevancia del error, especialmente también del error de Derecho o de prohibición (en todo caso, siendo inevitable o habiendo sido provocado por informaciones incorrectas de la instancia competente); posición de garantía respecto de empresas con situación de dominio (en el marco de la así llamada unidad de empresa). Algunas cuestiones que seguían estando poco claras o siendo resueltas de modo poco satisfactorio en la jurisprudencia del Tribunal respecto de las sanciones administrativas de las CE han sido reguladas expresamente en un reglamento marco de las CE de 18 de diciembre de 1995 (31): aprehensión de las acciones en fraude de Ley (con una cláusula de Derecho administrativo sobre fraude de Ley con vigencia respecto del Derecho de sanciones); teoría de la participación (en el sentido de la autoría unitaria); sanciones a personas jurídicas (en todo caso, a través de sanciones administrativas); prescripción (con un plazo de cuatro años); *ne bis in idem* (en el sentido de la posibilidad de un cómputo de acuerdo con el principio de proporcionalidad). La ulterior intención de la Comisión de las CE de crear un mini-código de principios jurídico-materiales y procesales para las sanciones administrativas ha sido sacrificada de momento debido a la presión política de los Estados miembros. Sin embargo, esta idea

(30) HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (1997); PRIEBE, en: VAN GERVEN/ZULEEG (ed.), *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, 1996, p. 55 (56); TIEDEMANN, en European Commission (ed.), *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities*, tomo II, 1994, pp. 11 ss.; TSOLKA, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S.*, 1995, pp. 35 ss.; VOGEL, en DANNECKER (ed.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993, pp. 170 ss.

(31) ABIEG, núm. L 312/1, de 23 de diciembre 12 de 1995.

ha sido activada desde 1996 de nuevo por la Dirección General XX de la Comisión (supervisión de presupuestos), siguiendo un encargo del Parlamento Europeo, y será desarrollada ulteriormente hacia el proyecto de un *corpus* jurídico-penal (31 bis), que prevé para los ordenamientos nacionales junto a una Parte Especial con casi diez tipos penales armonizados –sobre todo, para la protección de los intereses financieros de las CE– también la correspondiente Parte General y amplias reglas procesales, constituyendo, por tanto, una evidente demostración de armonización sectorial [*supra* tesis 2 a)].

La penetración de principios jurídico-penales y similares en el ámbito de las sanciones administrativas de las CE se refiere a un campo jurídico que se encuentra en una esfera inferior –si bien no externa– a la del Derecho Penal criminal. Esta evolución sólo podrá tener efectos de armonización directos en los Estados miembros en la medida en que estos mismos impongan sanciones (por ejemplo, exclusiones de la obtención de subvenciones, intereses adicionales altos) de Derecho de las CE conforme a principios de ese Derecho. De modo mediato, el ejemplo de las CE puede tener una función de modelo en aquellos Estados que carecen hasta el momento de leyes de contravenciones o en los que éstas –como sucede en Alemania– están limitadas a la regulación del Derecho de sanciones dinerarias. La europeización y la armonización en el terreno propiamente dicho del Derecho Penal criminal nacional es, en comparación, más directa y más oculta, puesto que tampoco se ha publicado hasta el momento el proyecto de *corpures iuris* al que acaba de aludirse. La exposición de esta armonización nos conduce al tiempo y a las perspectivas de futuro.

Forma aún parte de la exposición de la situación actual el hecho de que hasta la sentencia del TCE de 21 de septiembre de 1989 (32), en el así llamado escándalo del maíz griego (relativo a la no imposición de aranceles a maíz yugoslavo por parte de las autoridades aduaneras griegas, con participación de altos cargos del Gobierno, junto con falsedades en documentos y cohecho) la influencia armonizadora del Derecho de las CE sobre el Derecho Penal nacional quedaba limitada prácticamente a la vertiente negativa, puesto que de modo especial el principio de proporcionalidad, pero también las demás libertades garantizadas por el Derecho de las CE, se utilizaban para –mediante su alegación frente a tribunales nacionales– declarar determinadas conminaciones de pena nacionales como desproporcionadas por demasiado severas y determinadas prohibiciones nacionales como no aplicables por contravenir, por ejemplo, el derecho a libre ejercicio profesional (33).

(31 bis) Vid. la versión bilingüe (español/francés) contenida en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998 (estudio preliminar de E. BACIGALUPO). (N. del T.).

(32) TCE, 1989, pp. 2965 ss., con comentario de TIEDEMANN, *EuZW*, 1990, pp. 100 ss.

(33) Cfr. la sinopsis de GRASSO, en ARROYO/TIEDEMANN, op. cit., pp. 293 ss.

4. Asimilación y armonización del Derecho Penal nacional

Un nuevo ejemplo de esta ya tradicional jurisprudencia del TCE lo constituye su sentencia de 29 de febrero de 1996 (Rs. C-193/94), que declara que infringe el Derecho comunitario –tras ser presentado el caso de una ciudadana griega por el Juzgado de lo Penal de Berlín-Tiergarten– la regulación alemana, provista de pena, en el sentido de que un permiso de conducir extranjero de las CE pierde al cabo de un año su validez y debe ser canjeado por un permiso de conducir alemán (conllevarlo, dicho sea de paso, el planteamiento de la cuestión –a decidir ahora por el Tribunal Constitucional Federal alemán– acerca de si la inaplicabilidad constatada por el TCE equivale a su derogación o a su inexistencia en el sentido del art. 103, párr. 2.º de la Ley Fundamental alemana, lo que considero correcto). Con la sentencia en el caso del escándalo del maíz griego, el TCE ha deducido además del mandato de lealtad a la Comunidad contenido en el artículo 5 del TCEE que los Estados miembros deben proteger los intereses de la Comunidad «de modo efectivo» y, en lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, de la misma manera que los correspondientes intereses nacionales, estando obligados a llevar a cabo la persecución penal en favor de los primeros con igual cuidado y energía como en favor de estos últimos. Esta obligación de asimilación de la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad a la de los intereses financieros nacionales se ha incorporado mientras tanto de modo expreso en el artículo 209 a TCEE, pero no supone como tal una armonización, ya que en concreto sólo se exige una equiparación de la protección penal de los bienes jurídicos de las CE a la que ya exista en el Derecho nacional respecto de los correspondientes bienes jurídicos nacionales. En este sentido, el Derecho nacional sufre un proceso de europeización (cfr. en Derecho alemán § 264, párr. 6.º StGB; §§ 3, párr. 1.º, inc. 2; 370, párr. 6 Abgabenordnung), pero no armonizado en sentido estricto. Sin embargo, de la exigencia contenida en la sentencia del TCE en el caso del maíz deriva una cierta armonización de mínimos, en el sentido de que los Estados quedan obligados a «tomar todas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento y la efectividad del Derecho comunitario». Esto probablemente implique al menos respecto de casos graves con cierta claridad el empleo del Derecho Penal. En todo caso, la sentencia en el caso del maíz ha supuesto un extraordinario impulso de innovación, despertando siquiera el interés de las autoridades de Bruselas acerca del Derecho Penal, y teniendo en cuenta el descontento generalizado motivado por el hecho de que las lesiones fraudulentas a las CE se combaten de modo muy desigual en algunos Estados miembros (34).

Una ulterior verdadera armonización, sin embargo, podrá derivar del Tratado de la Unión Europea (TUE) y de sus artículos K como así llamado «tercer pilar» del sistema convencional europeo. En este sentido, en la

(34) Sobre esto TIEDEMANN, *NJW*, 1990, pp. 2226 ss., con referencias.

cumbre de Cannes de 26 de julio de 1995, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros han firmado una Convención para la protección de los intereses financieros de las Comunidades sobre la base del artículo K.1 núm. 5 (la «lucha contra actividades fraudulentas de dimensiones internacionales» como «asunto de interés común») (35). Esta Convención obliga a la introducción o mejora de tipos penales nacionales para la protección de los ingresos y gastos de las CE, pero regula también en este contexto importantes cuestiones de la Parte General (teoría de autoría y participación conforme al sistema diferenciador entre autores y partícipes; punibilidad de directores de empresas y titulares de facultades de decisión; posición de garantía de estas personas). Este texto —en cuanto ejemplo significativo de la ya varias veces mencionada armonización sectorial o «específica de determinados ámbitos» (36) de los sistemas jurídico-penales europeos— es obligatorio para los Gobiernos de los Estados miembros, pero necesita de su transformación por parte de los Parlamentos nacionales, que gozan a este respecto de libertad, para entrar en vigor. No entraré aquí en los problemas que de ello derivan para la República Federal de Alemania en el sentido de una modificación o complementación del § 264 StGB, que, como es sabido, sólo afecta a las subvenciones económicas (aunque protege a éstas —de modo más amplio que la Convención— también contra acciones de obtención fraudulenta por imprudencia grave). En todo caso, apuntaré que a consecuencia de la obligación de asimilación, también debe estar garantizada en el Derecho Penal alemán la protección de las subvenciones económicas de las CE frente a estas conductas de obtención fraudulenta imprudente para poder satisfacer los artículos 5 y 209 a) TCEE. Más importante resulta constatar que la Convención —a pesar de todos los elementos derivados de la negociación y de bastantes dudas de interpretación (como, por ejemplo, respecto del *dolus ex re* en el art. 1, párr. 4.^o)— ha logrado con su definición de estafa (art. 1, párr. 1.^o) una armonización adecuada entre las concepciones en materia de estafa más bien próximas al hurto, centradas en el engaño y la disposición, de origen inglés y francés, y la construcción de estafa propia alemana, derivada de la discusión en el siglo XIX y más centrada en la lesión patrimonial. Por lo demás, la Convención, con la descripción del engaño y la formalización del resultado típico en ella contenidas, deja suficiente espacio, a pesar de subrayar claramente los elementos clave, para que los legisladores nacionales colmen este marco para la estafa; por lo tanto, de ningún modo procede a una equiparación genérica de las peculiaridades nacionales. También son merecedores de mención los trabajos en dos protocolos adicionales a la Convención, que extienden los tipos de cohecho nacionales a los funcionarios europeos y —siguiendo

(35) ABIEG, núm. C 316/48, de 27 de noviembre de 1995.

(36) TIEDEMANN, *Geerds-Festschrift*, p. 110; VOGEL, *JZ*, 1995, pp. 333 ss. (respecto del proyecto de la Convención).

el ejemplo del *Foreign Corrupt Practices Act* de EE. UU. (37)– también a funcionarios extranjeros, y que pretenden introducir también la posibilidad de penar a las personas jurídicas respecto del ámbito de las maniobras fraudulentas contra las CE (en esta cuestión, parece que en el momento actual se plantea la posibilidad de admitir la alternativa de una mera responsabilidad en el ámbito de las sanciones administrativas pecuniarias conforme al modelo alemán) (38). Sobre todo la impunidad de los funcionarios de las CE por conductas de cohecho resulta, con razón, molesta y vergonzosa para Bruselas, como demuestra el último escándalo en torno al Director de la Dirección General XII, Heinrich von Moltke, y sus colaboradores.

De momento es incierto si y cuándo la Convención y los protocolos adicionales serán puestos en práctica a través de mecanismos políticos. No parece imposible que en caso de fracasar la Convención y los protocolos adicionales, el TCE extienda el así llamado primer pilar, es decir, sobre todo la competencia de emitir directivas conforme al TCEE, al correspondiente sector del Derecho Penal. La interpretación extensiva de la base de atribución de competencia –desconocida en Derecho alemán– practicada en la directiva en materia de *insider* y la Convención de 1995 podrían indicar que se avanza en esa dirección.

III. PERSPECTIVAS DE LA FUTURA EVOLUCIÓN

Teniendo en cuenta la inseguridad que actualmente impera acerca de la armonización a través del primer o del tercer pilar de las Convenciones europeas, las perspectivas de la ulterior evolución son poco claras. A pesar de ello, nos sumamos al pronóstico que Jescheck formuló hace ya cinco años –con un audaz cálculo temporal– en el sentido de que «el camino de los Estados europeos en el transcurso de la década que viene irá cada vez más en dirección a una unificación, aunque las peculiaridades nacionales de los pueblos europeos se mantengan en las futuras instituciones de la Europa unida con mucha mayor claridad que en otras uniones como EE. UU. o Brasil» (39).

(37) Cfr. sobre esto TIEDEMANN (ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht* (1980), p. 3 (43 ss.), y PEDRAZZI, *ibidem*, p. 83 (92 ss.).

(38) Respecto de las soluciones clásicas y de las propuestas, en parte nuevas, a nivel internacional para este problema, cfr. DE DOELDER/TIEDEMANN (ed.), *Criminal liability of corporations*, 1996; TIEDEMANN, en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN (ed.), *Freiburger Begegnung - Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*, 1996, pp. 30 ss. Respecto del contenido de los protocolos enunciados en el texto cfr. MÖHRENSCHLAGER, *Wistra*, 1996, fasc. 4, pp. V ss.

(39) JESCHECK, *Thong-Wong Kim-Festschrift*, 1991, pp. 947 ss.; cfr. también BLECKMANN, en *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, p. 107 (112 ss., especialmente acerca del principio de efectividad); ROXIN, en WOLTER, GA, 1996, p. 201 (205).

Lo que probablemente sea seguro es que —en el sentido de los trabajos preparatorios oficiales en Italia (40)— la Parte Especial de los Códigos penales deberá ser sometida a examen para comprobar en qué campos los intereses de las CE deben ser asimilados a los intereses nacionales en el plano jurídico-penal; junto a los delitos de cohecho, ya mencionados, ello afecta, por ejemplo, a los delitos de falsedades y a los delitos contra la Administración de Justicia. Además, parece deseable, por un lado, que a largo plazo la CE obtenga respecto de sus propios intereses financieros competencias jurídico-penales propias —respecto de la *jurisdiction to prescribe* y en todo caso respecto de la *jurisdiction to enforce*—; la creación de una fiscalía europea con competencia al menos respecto de casos graves podría ser en este sentido un primer paso propuesto por el ya mencionado *corpus iuris*. Por otro lado, la fijación existente en la actualidad respecto de los «intereses financieros» de la CE y su lesión mediante el fraude de subvenciones e infracciones tributarias —a pesar de la importancia práctica de este punto de partida, a la que nos hemos referido en no pocos estudios desde los años setenta (41)— debería ser superada (42). En primer lugar, la protección penal ha de extenderse a las maquinaciones fraudulentas en subastas públicas, en la medida en que ésta se dirija contra las CE. Junto con esta protección de los intereses financieros y de ordenación de mercados propios de las CE, resultaría conveniente —siguiendo los precedentes de las directivas respecto de los *insider* y del blanqueo de dinero— una armonización de los preceptos penales relevantes respecto de otras implicaciones mediatas en relación con las CE de intereses de Estados miembros o intereses individuales. En todo caso, debería armonizarse la protección penal de aquellos intereses individuales y de Estados miembros que son asunto de las CE en virtud de una asignación expresa, como, sobre todo, la protección del trabajo (art. 118 a TCEE) y la del medio ambiente (art. 130 r TCEE), en las que la competencia de establecer directivas respecto del marco de la sanción deriva del *effet utile*, pudiendo ser inferida, sin embargo, conforme a la opinión moderna —como competencia para la promulgación de directivas declaratorias en el ámbito de la sanción— también del artículo 5 TCEE, de acuerdo con el cual los Estados miembros deben proteger los intereses de vigencia normativa de las CE en términos de protección mínima y, más allá de esto, deben proteger, por ejemplo, las normas de medio ambiente de las CE como las normas nacionales en la materia (un efecto que se produce de modo automático cuando se utiliza la técnica de normas en blanco y se lleva a cabo la sustitución de las normas nacionales por las de las CE). Tanto el Derecho Penal del trabajo como el Derecho Penal del medio ambiente son extraordinariamente adecuados

(40) Cfr. al respecto JESCHECK, en: *LK*, 11ª edición, 1992, introducción, núm. 103; PAGLIARO, op. cit., p. 384.

(41) Desde TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik* (1974).

(42) Acertadamente, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. V.

para llevar a cabo una armonización, tanto desde el punto de vista de la materia como del de la técnica de regulación nacional existente hasta el momento; para esta armonización deberían abordarse también las correspondientes cuestiones de la Parte General (omisión de funcionarios, autoría y participación de directores de empresas, etc.). Lo mismo puede decirse respecto del Derecho alimentario, incluyendo la protección de la salud y de los consumidores, con ubicación jurídica en la garantía de la libre circulación de mercancías (art. 30 TCEE) y en la jurisprudencia del TCE emitida en la materia. Tales sectores «modernos» del Derecho Penal y del Derecho administrativo sancionador en su conjunto resultan más accesibles a una armonización que los tipos penales clásicos, que muestran frecuentemente largas tradiciones nacionales.

Por otro lado, los artículos K. del TUE abren expresamente la posibilidad de una armonización del Derecho Penal en los ámbitos del tráfico de drogas (K. 1 núm. 4), para el cual, sin embargo, la iniciativa en materia de Derecho Penal ha pasado en gran medida a las Naciones Unidas, y de las maquinaciones fraudulentas internacionales. Puesto que con esta expresión criminológicamente amplia no sólo se hace referencia a la estafa en sentido técnico, el artículo K. 1 núm. 5 del TUE ofrece posibilidades y vías para una amplia armonización del Derecho Penal económico en general en la medida en que –lo que es frecuente en la actualidad– muestre referencias internacionales. Una interpretación ampliadora del artículo K. 1 núm. 9 sobre la colaboración internacional práctica en la persecución penal en determinados ámbitos podría vincular su efectividad, en el sentido de nuestra tesis *supra* 2 c), también a la equiparación de ulteriores partes del Derecho Penal nacional: una interpretación favorecida por Italia, pero rechazada hasta el momento por la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Federal alemán; en todo caso, hay que tener en cuenta que esta interpretación puede basarse en que la unificación de los ordenamientos debe entenderse como parte importante de una colaboración efectiva [cfr. *supra* tesis 2 c)]. En este sentido, también el artículo K. 1 núm. 5 introduce a la lucha contra las maquinaciones fraudulentas internacionales expresamente en el contexto de la cooperación oficial y judicial internacional, considerando a la primera como parte o subgrupo de la primera. De modo similar, el Convenio Europol de 26 de julio de 1995 (43) enumera de modo expreso en su artículo 2 ciertas materias, como el tráfico ilegal con drogas, con sustancias nucleares, con seres humanos, etc., en los que difícilmente puede haber colaboración internacional razonable sin que se produzca también en el plano jurídico-material una armonización mínima. La asunción de esa interpretación extensiva en la *praxis* política, sin embargo, es tan incierta como la de la opinión dominante en la doctrina internacional, según la cual las diferencias del Derecho Penal económico en el sentido

(43) ABIEG, núm. C 316/1, de 27 de noviembre de 1995.

más amplio —es decir, incluyendo el conjunto de la política económica, la protección de la salud y de los consumidores, etc.—, se refieren al funcionamiento del mercado común, pueden tener repercusiones directas sobre el funcionamiento del mercado común o incluso pueden generar, finalmente, distorsiones en la competencia (44). Piénsese sólo, por ejemplo, en las diferencias existentes en el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por el producto, en la que no existe responsabilidad por la omisión de solicitar la devolución de objetos peligrosos en todos aquellos Estados que carecen de delitos de omisión impropios. Parece más difícil afirmar en este caso y en general que el Derecho Penal no «se refiere al funcionamiento del mercado interno» que lo contrario. Esto debería conducir en buena lógica a que se active la competencia general de emitir directivas del artículo 100 a TCEE para amplios sectores con la finalidad de armonizar los ordenamientos jurídico-penales nacionales.

Por lo tanto, mucho, si no todo, dependerá de si el nuevo «tercer pilar» del sistema convencional es aceptado en la praxis de los 15 Estados miembros o no. Si los Estados miembros y sus Parlamentos se niegan a transitar por esta «tercera vía», sólo quedará —junto al incremento de la competencia de las CE de emitir directivas, lo que sigue siendo dudoso por razón de la cuestión de la legitimación democrática— la esperanza de que se produzca un fortalecimiento del Parlamento Europeo, al menos en el sentido de una ampliación de sus competencias en el así llamado procedimiento de codecisión. Ciertamente, probablemente tampoco una revisión de los Tratados de Maastricht conducirá a una competencia legislativa marco del Parlamento respecto de (determinadas) cuestiones penales. Sin embargo, teniendo en cuenta las fuertes tendencias de esta institución en el ámbito de la lucha contra la estafa, determinadas reformas menos ambiciosas tendrían también una base sólida: la europeización como proceso de armonización de los ordenamientos jurídico-penales europeos merece todos los esfuerzos e intentos que no estén abocados desde un principio a convertirse en tentativas inidóneas (44 bis).

(44) SCHÜNEMANN, op. cit., TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 24, con ulteriores referencias. Respecto de la relevancia especial que corresponde a las amenazas de pena y de multa en el Derecho alimentario, cfr. DANNECKER, *ZLR*, 1996, pp. 313 ss.; respecto de su armonización, cfr. las contribuciones de APPEL, BACIGALUPO y STREINZ, en DANNECKER (ed.), *Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union*, 1994.

(44 bis) En el lapso de tiempo transcurrido desde que fue pronunciada la conferencia aquí recogida, el Tratado de Amsterdam ha modificado el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su art. 280.4: «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 [procedimiento de codecisión junto con el Parlamento Europeo] y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia.» (N. del T.).