



## Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea (\*)

Joachim Vogel

Prof. Dr. y Juez en el Tribunal Superior de Justicia, Tubinga, Alemania

### I. Introducción

La europeización del Derecho penal material se ubica entre los temas actuales y de moda en la Ciencia del Derecho penal<sup>1</sup>. El rápido progreso<sup>2</sup> que se ha verificado en el ámbito político criminal ha provocado, tal y como era de esperarse, diversas tomas de postura. Una corriente<sup>3</sup> ve este desarrollo de una forma crítica: *de lege lata* se han verificado tan sólo tomas de postura y aplicaciones en lo referente a las competencias de la Unión de forma muy limitada. De todas formas, y mientras el déficit democrático y parlamentario de la Unión no sea subsanado, no se debieran dejar de lado cuestiones sustanciales referentes a las competencias a escala jurídico penal. En adelante tendrá más importancia fundamentar y proteger los derechos fundamentales y las garantías específicas de corte jurídico penal. Básicamente se objeta todavía

que cada una de las propias culturas jurídico penales de los Estados miembros se oponen tendencialmente a una armonización o a una estandarización del Derecho penal. De ahí que una monocultura jurídico penal a escala europea sea más bien una cuestión, tan sólo, deseable a tomarse en consideración en el ámbito jurisdiccional de los ordenamientos jurídico penales. Otra corriente<sup>4</sup> considera a esta situación de forma diferente, pues propone acelerar y fortalecer la europeización del Derecho penal: globalización significa también globalización de la criminalidad cuyo combate únicamente sería posible de forma globalizada. No es posible combatir eficazmente a la criminalidad transnacional tan sólo desde el ámbito nacional, sino que son indispensables instrumentos inter y supranacionales. Acerca de los diversos —e insuficientes— regímenes jurídicos vigentes se debiera, de ahora en adelante, pensar en un

(\*) Traducción del original "Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union", por Miguel Ontiveros Alonso, becario de investigación en la Universidad de Salamanca.

1. Fundamentalmente, Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001 (con amplia bibliografía en las páginas 719 y ss.); von Bubnoff, *ZEuS* 2001, páginas 165 y ss.; Prittwitz, *ZStW*, 113 (2001) páginas 774 y ss.; Vogel, en, Grützner/Pötz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 2.<sup>a</sup> edición, Stand 54. Actualización del texto, Dic. 2001, Teil I A 2-IRG-Kommentar, § 1 Rn, páginas 167 y ss.

2. Sobre esto, acúdase a Internet. En las siguientes direcciones, que son las más importantes en el ámbito oficial, se puede encontrar la información actualizada hasta marzo del 2002. La información es pública y sin coste alguno: *Eur-Lex*, Das Portal zum Recht der Europäischen Union (<http://europa.es.int/eur-lex/de/index.html>); *Oeil*, das "legislative observatory" des Parlaments (<http://www.europarl.eu.int/oeil/>), y el registro oficial de los documentos del Consejo (<http://register.consilium.eu.int>; sobre esto, véase nota 79).

3. Hablando "cum grano salis", ésta reúne a los Euro-escépticos, penalistas críticos del Derecho penal y a votos independientes que exhortan a la prudencia, por ejemplo; Klip, en: Nijboer/Sprangers (coordinador), *Harmonisation (...)*, 2000, pp. 67 y ss.; Rüter, *ZStW* 105 (1993), 30 (44); Weigend, en: Roxin-FS, 2001, p. 1375 (1398 y ss.).

4. Hablando *cum grano salis*, ésta reúne a miembros europeos de la Comisión, el Consejo, Europol y Eurojust, representantes en el ámbito de la impartición de Justicia y al interior de los Estados miembros, agentes de la Policía y Fiscales del Estado así como penalistas cercanos a las instituciones europeas (por ejemplo, aquellos que han colaborado en los estudios del "Corpus Iuris"; véase, sobre esto, la nota 6).

Código penal modelo a escala europea<sup>5</sup>, en un Derecho penal europeo para proteger los intereses financieros de la Comunidad Europea así como en una —aquí contemplada— fiscalía europea<sup>6</sup> y en un Derecho penal económico en la Unión Europea<sup>7</sup>.

Debates tan fundamentales como éstos son importantes y es del todo productivo señalar diversas perspectivas aun y cuando parezcan utópicas o tan sólo realizables en el futuro. Pero parece urgente no perder de vista el verdadero estado de la cuestión y las verdaderas tendencias de la europeización del Derecho penal en el ámbito de la Unión. Se puede afirmar que, cuando menos a partir de la entrada en vigor del Convenio de Amsterdam del 1 de mayo de 1999, hay ya una política criminal de la Unión formulada con bases normativas. La idea fundamental es alcanzar al interior de la Unión un espacio de libertad, seguridad y Derecho (art. 29, párrafo primero del TUE). Ésta se contempla ya desde el Consejo de Europa celebrado en Tampere durante los días 15 y 16 de octubre de 1999 ocupando ya un lugar en la agenda políti-

ca y se ha llevado a la práctica paso a paso<sup>8</sup>. Parte de esta política criminal —aunque no su componente fundamental— es el ámbito de la armonización del Derecho penal material de la Unión, aunque ésta no es su área básica. Sobre esto se debe discutir a partir de ahora. Enseguida se intentará aclarar el *concepto* de armonización (II). Posteriormente se abordarán los *finés* de la armonización (III) y las *tendencias* de la actual política de armonización (IV). Fundamentalmente se brindará un panorama sobre los ámbitos más importantes de la actual armonización de la parte especial (V) y general (VI) del Derecho penal material. Finalmente no se omitirá realizar algunas observaciones críticas (VII).

## II. Aclaración del concepto

### 1. El empleo del concepto

No existe claridad en torno a lo que significa la armonización del Derecho penal. En la literatura penal<sup>9</sup> se distingue entre asimilación, armoniza-

5. Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (978); el mismo en., JZ 1997, 369 y ss.

6. Esta reivindicación se debe especialmente a los estudios relativos al "Corpus Iuris" realizados por la Comisión y el Parlamento: Delmas-Marty (coordinadora), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 1997 (=Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998); Delmas-Marty/Vervaele (coordinadores), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Bd. I-IV 2000-2001; van den Wyngaert, *The Protection of the Financial Interests of the EU in the Candidate States. Perspectives on the Future of Judicial Intergration in Europe*, ERA-Forum 3-2001. - *Zur wissenschaftlichen Diskussion des "Corpus Juris"* s. Braum, JZ 2000, 493 ff.; Hassemer, KritV 1999, 133 y ss.; Huber (coordinador.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000; Manoledakis, KritV 1999, 191 y ss.; Otto, Jura 2000, 98 y ss.; Spinellis, KritV 1999, 141 y ss.; Vogel, en: Grützner/Pötz (nota 1) Rdn. 180; Wattenberg, StV 2000, 95 y ss. - El destino político de la iniciativa está, por ahora, abierto. Acerca del Derecho penal material, la Comisión ofreció, el día 23.5.2001, una propuesta de directivas sobre la protección jurídico penal de los intereses financieros de la Comunidad (ABIEG C 240 v. 28.8.2001 p. 125). La propuesta se limita a basarse en el art. 280 párrafo 4 del TUE y sigue su contenido (sobre esto véase la nota 39). El Parlamento intensificó la propuesta y exigió su puesta en marcha (Informe del 8.11.2001, documento del Parlamento A5-0390/2001). Se espera que el Consejo deniegue la propuesta. En torno a la Fiscalía Europea la Comisión propuso el 29.9.2000, sentar los primeros fundamentos jurídicos para establecer el cargo de un Fiscal europeo con la finalidad de proteger los intereses financieros de la Comunidad basado en un nuevo art. 280a TCE (Doc. de la Comisión. KOM[2000]608.). En la Conferencia de Gobiernos celebrada en Niza el 7-9.12.2000 no se pudo lograr consenso. En un nuevo intento la Comisión presentó el 11.12.2001 una nueva propuesta (libro) para la protección jurídico penal de los intereses financieros de la Comunidad y para crear una Fiscalía Europea (Doc. de la Comisión. KOM[2001]715). Ésta se trató durante las Jornadas 2411 del Consejo de Justicia, Asuntos del Interior y Protección contra Catástrofes del 28.2.2002 en Bruselas. En una aclaración oficial publicada en la prensa (Doc. del Consejo 6533/02) se señala: "Las delegaciones hacen constar que existen algunas dificultades en relación con la creación de una Fiscalía Europea, y se sostiene la opinión de que éste no es el momento adecuado para dar un paso tan radical. Generalmente se sostiene la opinión de que los cargos de reciente creación, como Eurojust y OLAF, aún necesitan tiempo para los efectos de lograr sus objetivos en el combate de los delitos cometidos contra los intereses financieros de la Comunidades. De otro lado se levantan algunas voces en contra de esta propuesta señalando que, en caso de que se logre crear tal Fiscalía Europea, su ámbito de competencia debe ser limitado únicamente al campo de la protección de los intereses financieros. Finalmente se verifica un debate acerca de diversas implicaciones constitucionales.

7. Sobre esto, Tiedemann (coordinador), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002.

8. Sobre esto se informa en el ("scoreboard") de la Comisión, aquí se pueden observar los progresos para lograr un espacio de libertad, de seguridad y de Derecho en la Unión Europea. Véase el informe brindado por primera vez en el año 2000 (Doc. de la Comisión KOM[2000]167 del 24.3.2000) el cual se actualiza semestralmente ("biannual update") (Doc. de la Comisión KOM[2000]782 del 30.11.2000; KOM[2001]278, del 23.5.2001; KOM[2001]628, del 30.10.2001).

9. Fundamentalmente, Tiedemann, NJW 1993, 17 (ss).

ción y estandarización o unificación. Asimilación significa que los Estados miembros deben proteger del mismo modo a las agrupaciones y uniones de intereses como si se tratara de intereses propios<sup>10</sup>, pero no tiene efectos de armonización entre los Estados miembros, y a diferencia de la estandarización o unificación, la armonización implica tan sólo: "*réduire les différences les plus graves entre les normes nationales, sans pour autant aller jusqu'à imposer des règles identiques*"<sup>11</sup>. Por el contrario, y en lo referente al Derecho europeo, se observa que mediante la armonización de ninguna manera se trata necesariamente de una desaparición o debilitamiento de cada uno de los ordenamientos nacionales, sino de establecer un Derecho europeo estándar vinculante al que deben ajustarse los Estados miembros<sup>12</sup>. De hecho, "armonización" no es un concepto jurídico de corte técnico a escala de la Comunidad Europea o del Derecho de la Unión. El Derecho comunitario (arts. 94 y ss. de la TCE) habla más bien de una "adaptación" de las normas jurídicas y administrativas de los Estados miembros. Por lo que se refiere al Derecho de la Unión se habla (art. 29, párrafo 2, inciso tercero, 31 c], e], 34, párrafo 2] TUE) igualmente de "adaptación", pero también de "acercamiento o aproximación" de las normas penales de los Estados miembros, así como de garantizar la "compatibilidad" de cada una de las normativas de los Estados miembros y de fijar "normas mínimas" acerca de los elementos de los tipos penales y los comportamientos penalmente relevantes así como también de las penas a imponer. Aquí, los aspectos referentes a la vinculación y obligatoriedad de llegar a un estándar cobran una importancia especialmente significativa.

### 2. Armonización "extensiva" vs. armonización "restrictiva"

a) El concepto de "disposiciones mínimas" contemplado en el art. 31 e) del TUE pone en evidencia lo que en la realidad jurídica europea

significa la armonización del Derecho penal. En todos los Estados miembros se debe contemplar una punibilidad mínima o punibilidad base en las que determinadas exigencias mínimas o exigencias base deben ser incluidas dentro del Derecho penal material de cada uno de los Estados miembros y que deben ser contempladas por el legislador de cada Estado miembro quien sólo tiene libertad en lo referente a la elección de la forma y de los medios<sup>13</sup>. En cada uno de los instrumentos de armonización jurídico-penal a escala europea se deben establecer, de un lado, aquellos comportamientos que como mínimo deberán ser sancionados sin que se restrinja la posibilidad de que cualquier otro de los Estados miembros pueda sancionar algún otro tipo de conductas. De otro lado han de contemplarse las penas, así como los marcos mínimos y máximos de sanción aplicable, que ningún Estado miembro podrá reducir, quedando únicamente facultado a contemplar una pena mayor que la dispuesta. Una armonización mínima como la aquí expuesta puede, igualmente, ser contemplada como una armonización "extensiva" en el caso de que tienda a extender la punibilidad, es decir, que obligue a los Estados miembros a incriminar determinados comportamientos como mínimo e imponerles también una sanción reducida para satisfacer el estándar mínimo, así como a exigir la contemplación de una incriminación más gravosa en el contexto nacional de cada Estado miembro. En el fondo, una armonización "extensiva" se basa en el entendimiento de que el Derecho penal es un Derecho de protección de bienes jurídicos y contemplar aquella no es tan sólo políticamente acertado, sino también normativamente requerido porque el ciudadano tiene derecho a la seguridad y el Estado tiene la obligación de brindar esa seguridad al ciudadano<sup>14</sup>. Precisamente esto se contempla actualmente en el Derecho de la Unión (art. 29, párrafo 1 del TUE).

b) Teóricamente es posible, sin más, construir el modelo contrario —"restrictivo"— para lo-

10. Art. 10 (ex-art. 5) EGV, esto, acerca de la protección de los intereses financieros, art. 280 párrafo 1, 2 (ex-art. 209a) EGV kodifizierten Pflicht EuGHE 1989, 2965 - Rs. 68/88, Kommission./, Griechenland (Grecia) = NJW 1990, 2245 sobre esto, Satzger (nota. 1), p. 328 y ss. con más observaciones.

11. Delmas-Marty (nota 6), p. 29.

12. Geiger, EGV/EUV, 3.ª edición, 2000, art. 94 Rdn. 4.

13. art. 249 párrafo 3 TCE, art. 34 párrafo. 2 b) segunda frase TUE. - Die Vorgaben können so detailgenau sein, dass dem nationalen Gesetzgeber nur mehr die wortgleiche Umsetzung ohne eigene Gestaltungsbefugnis bleibt; crítico al respecto. Geiger (nota. 12), art. 249 Rdn. 10.

14. Un tal "derecho humano a la seguridad" y el correlativo "deber de protección" del Estado —también a través del Derecho penal— es también reconocido en el Derecho alemán, pero no es indiscutido, compárese. BVerfGE 39, 1 (42); Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, pp. 284 y ss.; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, p. 13 y ss. und 193 y ss.

grar la armonización del Derecho penal material en los Estados miembros. Teóricamente la Unión podría —dejando de lado por un momento las cuestiones referentes a la jurisdicción— prescribir perfectamente que los Estados miembros no contemplaran bajo pena determinados comportamientos o que no los sancionaran con una pena mayor a la previamente determinada. Pero esto no sucede en la práctica. Más bien se trata de instrumentos jurídicos y derechos fundamentales del ser humano como la CEDH o la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7.12.2000 en la ciudad de Niza, que mediante el establecimiento de derechos fundamentales y derechos humanos, pero también a través de garantías específicas de corte jurídico-penal, como por ejemplo la prohibición de retroactividad o de penas inhumanas, degradantes o desproporcionadas, impone límites a los ordenamientos jurídico-penales<sup>15</sup>. En este caso el Derecho penal es considerado como una agresión en contra de los derechos fundamentales del ser humano y como un mecanismo que pone potencialmente en peligro a la libertad, de ahí que sea necesario establecer los límites en torno al respeto del derecho a la libertad del ciudadano, así como la obligación del Estado de respetar los derechos fundamentales y derechos humanos de todo hombre. También esto último es derecho vigente tal y como lo establece el art. 6, párrafo primero, 2 del TUE<sup>16</sup> que debe ser llevado a la práctica en concordancia con el art. 29, párrafo primero de la misma normativa.

### 3. Armonización y cooperación así como coordinación

Por otra parte hay que señalar que la armonización del Derecho penal material es tan sólo uno de los elementos de la política criminal europea —y no el más importante entre ellos—. El art. 29 y ss. del TUE hace referencia a la aproximación de las normas penales, pero lo hace en tercer lugar y tan sólo después de la colaboración a escala policial bajo la intervención de los funcionarios de la policía pertenecientes a la Europol y de la cooperación en el marco de la impartición de justicia a través de la interven-

ción del organismo europeo encargado de tales efectos denominado Eurojust. También desde un punto de vista funcional debiera tener la armonización un significado de menor alcance que la cooperación y la coordinación. El espacio europeo de libertad, de seguridad y de Derecho se logra, en primer lugar, mediante la cooperación que en cierto modo se refleja en la colaboración “horizontal” entre los órganos jurídicos de persecución penal de los Estados miembros. Ésta es asistida, logrando así efectividad, a través de la, por así llamarla, coordinación “vertical” entre los órganos jurídicos de persecución penal de los Estados miembros con la ayuda de las instituciones europeas supranacionales como la Europol, Eurojust, y los funcionarios europeos encargados de la lucha contra el fraude (OLAF). En primer lugar, “y en tanto que es necesaria” especialmente para los fines de cooperación y coordinación según el art. 29, párrafo 2, último inciso, se encuentra también la armonización del Derecho penal material de los Estados miembros.

### III. Fines

Con la locución “en cuanto que es necesaria” utilizada por el TUE se quiere decir —y no otra cosa se quiere decir igualmente en la TCE— que la armonización no es un fin en sí mismo. Luego, la armonización se puede verificar únicamente cuando se cumplan los *fines* que con ésta se persigue. Estos fines se encuentran normativamente garantizados y son legítimos cuando se encuentren contemplados en los convenios respectivos. Pero también es cierto que un análisis de la *praxis* europea demuestra que también hay fines de la armonización del Derecho penal material de la Unión que son de corte práctico y político y detrás de los cuales se encuentran también fines de corte problemático.

#### 1. Fines transpositivos o político-criminales

Con relativa frecuencia se sostiene que la *justicia*, la *igualdad*, la *transparencia jurídica* o la *eficiencia* son los fines de la armonización del Dere-

15. Véase el art. 3, 7 de la CEDH (Convención Europea de los Derechos Humanos), art. 49 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

16. En la decisión marco sobre el combate del terrorismo (véase al respecto la nota 68) y el Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (véase, sobre esto, la nota 68) se señala (art. 1b y art. 1 párrafo 3) claramente el deber de respetar los derechos fundamentales y las normas jurídicas fundamentales (art. 6 EUV), todo lo cual no debe ser trastocado.

cho penal. Pero es cierto que éstos no tienen un sentido jurídico-normativo, sino un sentido transpositivo o político-criminal, hasta el punto de que en realidad no son de mucha ayuda. Más aún cuando un Derecho penal armonizado debiera ser "*plus juste, plus simple et plus efficace*"<sup>17</sup> y por ello no es tal fundamentación, por sí misma, un basamento suficiente para la armonización del Derecho penal. Luego, surge la discusión desde el punto de vista de la justicia (¿es, por ejemplo, justo sancionar enérgicamente a los consumidores de drogas por la adquisición o posesión de éstas?), y esto puede ser también el fundamento para reducir la simplificación, brindar menos eficacia a la situación jurídica (por ejemplo, quienes sostienen la punibilidad del consumo de drogas no aceptan, en lo referente a este problema, la fundamentación de la armonización del Derecho penal en el sentido de que sería más sencillo y eficaz). Igualar los ordenamientos jurídicos no puede ser, por sí mismo, un fin de la armonización. Luego, no se comprende el argumento de que un mismo comportamiento fuese sancionado en un Estado miembro y en otro fuese impune, esta afirmación es sólo aparente, pues cada uno de los Estados miembros puede tener buenas razones para contemplar diferentes situaciones jurídicas; piénsese, solamente, en la problemática de la interrupción del embarazo.

### 2. Fines en el "primer pilar"

En el así llamado "primer pilar" de la Unión, es decir, en el ámbito del TUE y de la Comunidad Europea, el fin común de la armonización o adaptación de las disposiciones jurídicas y administrativas de los Estados miembros es la construcción o el funcionamiento del mercado común (véase los arts. 94 y ss. del TCE). Esto vale también para la armonización del Derecho penal: desde un principio, los Estados miembros están autorizados para armonizar sus disposiciones jurídico penales, sólo si dicha armonización tiene por objeto la construcción o el fun-

cionamiento del mercado común (art. 95, párrafo primero y ss. del TUE). En ocasiones se evoca en este ámbito al "*efecto-Delaware*" que tiene su origen en la criminología de corte económico y conforme al cual, en el caso de que un Estado tenga un Derecho económico y un Derecho tributario-penal muy relajado, los inversores trasladan sus inversiones a ese país —por razones que no sólo se deben a las de carácter económico o de delincuencia fiscal— y donde encuentran ventajas injustas en comparación a las condiciones de la competencia<sup>18</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho comunitario sería demasiado restrictivo admitir las armonizaciones del Derecho penal solamente en el caso de que de otra manera se hayan de temer "*efectos Delaware*"<sup>19</sup>. El mercado común es la esencia de la política de la Comunidad, según lo establece la tercera parte del TCE (compárese también el art. 14, párrafo segundo, del TCE). Las políticas de la Comunidad, por ejemplo en lo referente a los visados, asilo e inmigración, cultura, salud pública o medio ambiente, funcionan solamente cuando se basan en normas primarias (de comportamiento). Pero las normas primarias (de comportamiento) requieren, no obstante, de "*mecanismos de ejecución-imposición*" para lograr su eficacia, los cuales se basan en normas secundarias (de sanción). El Derecho penal es un mecanismo clásico de ejecución-imposición y las leyes penales son normas secundarias clásicas de sanción<sup>20</sup>. Una idea como ésta conduce a una competencia de anexión de gran alcance de la Comunidad para la armonización del Derecho penal de los Estados miembros, siempre que esa anexión se refleje en una política mancomunada<sup>21</sup>. En lo referente a las denominadas sanciones administrativas del Derecho Comunitario, esto ya ha sido reconocido por el Tribunal Superior<sup>22</sup>. Por lo que se refiere al Derecho penal criminal, la Comisión apoya su propuesta en los principios rectores de la protección jurídico-penal del medio ambiente, que también propuso la Comisión el 13.3.2001<sup>23</sup> al igual que en una

17. Delmas-Marty (nota 6) p. 13.

18. Compárese, Satzger (Fn. 1), S. 429, con mayores anotaciones.

19. Sobre esto, y acerca de una visión extensiva, Tiedemann, NJW 1993, 23 (notas, 24, 7).

20. H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, pp. 115 y ss., especialmente la p. 139.

21. Véase, Tiedemann, NJW 1993, 23 (24: "*auch wenn die Idee auf den ersten Blick fast revolutionär erscheint*"). Tiedemann (ebd. p. 26) wollte diese Annexkompetenz allerdings auf die Verhaltensnormen beschränken und die Wahl der Sanktion den Mitgliedstaaten überlassen. Durch die neuere Rechtsentwicklung (véase, VI. 1.) ist diese Einschränkung mittlerweile überholt. - S. allgemein zur Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft Satzger (nota 1), pp. 393 y ss.

22. EuGHE 1992, I-5383 - Rs. C-240/90 "*Deutschland./.* Kommission" = NJW 1993, 47 con observaciones de, Tiedemann. - Véase, Satzger (nota. 1), pp. 90 y ss.

23. ABIEG C 180 del 26.6.2001 S. 238. Véase la nota 32 y el punto V. 5.



competencia de anexión: existe una cantidad considerable de legislaciones comunes a escala del Derecho medioambiental. La experiencia ha demostrado que las disposiciones de Derecho sancionador<sup>24</sup> implementadas por los Estados miembros no siempre son suficientes para asegurar el cabal cumplimiento de las normas comunes sobre Derecho medioambiental. Por ello es necesario establecer un estándar mínimo sobre derecho penal del medio ambiente para los Estados miembros. Sólo así se podría lograr el "alto nivel de protección" contemplado en el art. 174, párrafo segundo de la TCE.

### 3. Los fines en el tercer pilar

a) En el, así llamado, "tercer pilar" de la Unión, es decir, el referente a la colaboración policial y de impartición de justicia en materia penal conforme a lo establecido por el Título VI, arts. 29 y ss. del TUE, se trata, en el art. 29, párrafo primero, también el fin general referente a la armonización del Derecho penal: brindar a los ciudadanos un espacio amplio de libertad, de seguridad y de Derecho. El Derecho penal es considerado aquí como un Derecho de seguridad y de protección, así, con base en el ánimo de seguridad que se desea brindar al ciudadano puede ser necesario descartar en cualquier caso "refugios de impunidad" (*Safe havens*) e incriminar a todo lo largo y ancho de la Unión a los comportamientos que pongan en peligro a la seguridad. El fin de seguridad está vinculado con cualquier tipo de criminalidad —organizada y no organizada— y no únicamente con los ámbitos especialmente señalados en el art. 29, párrafo segundo, 31, e) del TUE. Por ello la Unión tiene una pretensión amplia, y no restringida, en lo referente a sus competencias de armonización<sup>25</sup>.

b) Un fin específico de la armonización en el "tercer pilar", contenido en el art. 31 c) del TUE, es la de *mejorar la colaboración o trabajo en conjunto*. El trasfondo de esto, es el hecho de

que, según el principio clásico de colaboración en materia de punición mutua<sup>26</sup>, sólo se presta ayuda para un procedimiento en el extranjero. Si el hecho que está en la base de la solicitud hubiera sido igualmente punible, adaptando evidentemente el contenido, de haberse cometido en territorio nacional. La armonización del Derecho penal puede entonces servir para crear seguridad mediante la punición de la misma conducta en ambos países. En realidad la mejora de la colaboración, en su calidad de fin de la armonización, no debiera ser sobrevalorado. En el moderno Derecho de cooperación judicial se tiende a restringir la exigencia de una punición mutua, y es que en realidad sólo juega un papel en el ámbito de los procesos de extradición. Por lo demás, es lógico desde el punto de vista jurídico que las dificultades debidas a la exigencia de la punición mutua no pueden ser, en caso de cooperación, subsanadas meramente mediante la armonización del Derecho penal, sino que se podrían subsanar igualmente mediante la abolición, precisamente, de la exigencia de la punición mutua<sup>27</sup>. La supresión de este tipo de presupuestos clásicos de la ayuda judicial, que también pueden denominarse obstáculos para la ayuda judicial, es una parte importante del principio de reconocimiento que, desde Tampere, domina ya a la cooperación judicial en materia penal a escala europea<sup>28</sup>. En los hechos, la decisión marco sobre la orden europea de detención y traspaso del proceso entre los Estados miembros<sup>29</sup>, en el marco de la creación de una lista positiva de hechos penalmente relevantes (art. 2, párrafo 2) elimina el requisito de comprobación de la punición mutua, de tal manera que una armonización a escala de los hechos penalmente relevantes no es ya necesaria para mejorar la colaboración entre los Estados miembros (véase VII.4).

De otro lado resulta que, conforme al art. 31 d) del TUE, hay un fin de la armonización algo oculto, es decir, se trata de la intención de eliminar los *conflictos de competencia entre los*

24. La Comisión ha subrayado en este punto, que los Estados miembros están obligados conforme al art. 10 del TCE, a contemplar sanciones eficaces, intimidatorias y proporcionadas; véase también la nota 10.

25. Röben. in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Band I, Stand: 18. Lieferung Mai 2001, art. 31 Rdn. 17; Böse, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, art. 31 Rdn. 3, art. 29 Rdn. 5; a.A. *Brechmann*, in: *Callies/Ruffert*, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 1999, art. 31 Rn. 6, art. 29 Rn. 6; crítico también, *Geiger* (nota. 12), art. 31 Rn. 6, art. 29 Rn. 6.

26. Sobre esto, *Vogel*, en: *Grützner/Pötz* (nota. 1) Rdn. 74 y s.

27. Un buen ejemplo es la participación en una asociación criminal. Véase el art. 3 EU-AuslÜbk, también el punto V. 6.

28. Véase, *Vogel*, en: *Grützner/Pötz* (nota. 1) Rdn. 171 y ss.

29. Documento del Consejo, 13867/01 REV 1 del. 10.12.2001.

*Estados miembros.* Los conflictos de competencia de corte positivo —y sólo se habla de éstos— resultan comúnmente de que los Estados miembros sancionan en su Derecho penal internacional los delitos cometidos en el extranjero. Para evitar esto, el Derecho penal internacional debe ser armonizado y restringido (véase VI.4). Además, disminuye el estímulo de sancionar delitos cometidos en el extranjero si un Estado miembro no tiene que temer que un delito en el extranjero quede sin sanción y no se persiga en el lugar donde fue cometido cuando el delito es punible según el Derecho penal armonizado.

#### 4. Fines prácticos o políticos

Una revisión minuciosa de la praxis de la armonización que actualmente realiza la Unión pone en evidencia también la existencia de meros fines prácticos o políticos de dudosa legitimidad. Desde el punto de vista de las instituciones europeas, un fin político de alto rango de cada proceso de armonización del Derecho penal es consolidar el poder dentro de la Comunidad y la Unión frente a los Estados miembros. El Derecho penal pertenece al núcleo de la soberanía nacional y estatal y es, también, el grial sagrado del Estado<sup>30</sup>. Cuando la Comunidad y la Unión tienen buen resultado, en el sentido de ser influyentes, se fortalece entonces su poder y enriquece de esa forma su soberanía en un sentido simbólico de amplio alcance, y es que ser un símbolo de fuerza, sobre todo a un nivel alto, es en cierta manera significativo para confirmar la integración europea. De otro lado, los Estados miembros persiguen también con sus iniciativas sobre armonización del Derecho penal (véase el punto IV.3) fines políticos y prácticos. No es raro que en ocasiones los propios estados miembros traten de vender un modelo especial para liderar, en los hechos, un Derecho penal *válido a lo largo y ancho de la Unión*, y no es extraño que las iniciativas de los Estados miembros estén marcadamente orientadas al Derecho penal<sup>31</sup>. Junto a esto, los Estados miembros persiguen, no en raras ocasiones, el fin de *evadir el control parlamentario*. Especialmente cuando la armonización se realice dentro del marco institucional del “tercer pilar” (véase IV.2.) y mediante el instrumento de la decisión marco, así, en el re-

sultado no toman parte sustancialmente (véase IV.4) ni el Parlamento Europeo ni los Parlamentos de los Estados miembros obligados a la aplicación de las decisiones marco. En casos extremos es incluso pensable que el gobierno de un Estado miembro que fracasa al formular una iniciativa de carácter jurídico penal ante el Parlamento de los Estados miembros, formule la misma iniciativa como una propuesta de armonización ante el Consejo y en caso de tener éxito el Parlamento de los Estados miembros le obligue a llevarla a la práctica.

#### IV. Tendencias

Aunque el tema de la armonización del Derecho penal material ha sido “descubierto” por primera vez hace unos veinte años, las diferencias existentes entre los inicios y el estado actual de la cuestión son muy importantes. Con el ánimo de simplificar se podrían señalar cinco tendencias del nuevo desarrollo.

##### 1. Aumento de su aceptación

La tendencia más importante es probablemente que la oposición de los Estados miembros en contra de la armonización de su Derecho penal material a través de la Unión ha disminuido, de todos modos, en cuanto al Consejo y los gobiernos de los Estados miembros, son a éstos a quienes incumbe la armonización y la decisión última. Los gobiernos han considerado al Derecho penal como el campo político más importante, y también popular, en el ámbito europeo, de tal manera que los regateos hechos por el Consejo como medios para alcanzar la armonización han dejado de provocar temor a los Estados miembros a diferencia de la idea que incumbe a la Comisión o al Parlamento en torno a desarrollar un verdadero Derecho penal comunitario supranacional, que todavía sigue siendo un tabú.

##### 2. El desplazamiento desde el “primero” hacia el “tercer” pilar

En cierta medida se ha aceptado que la armonización del Derecho penal de los Estados miembros cada vez es menor en el ámbito *supranacio-*

30. Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (958 s.) weist mit Recht darauf hin, dass neu entstandene Staaten —wie z.B. das Deutsche Reich 1870— als erstes das Strafrecht an sich ziehen und vereinheitlichen.

31. Por ejemplo, el caso de la República Federal Alemana, que durante su presidencia en el primer semestre del año 2000 intentó introducir el § 298 StGB a lo largo y ancho de la Unión: Initiative im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses über den strafrechtlichen Schutz gegen betrügerisches oder sonstiges unlauteres wettbewerbswidriges Verhalten im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Gemeinsamen Markt, ABIEG C 253 v. 4.9.2000 p. 3.

nal del "primer pilar" y cada vez mayor en el marco amplio e intergubernamental del "tercer pilar". Según la visión de los gobiernos de los Estados miembros del Consejo, el "tercer pilar" tiene, en contra del "primer pilar", la ventaja de que el derecho de iniciativa no depende finalmente de la Comisión, sino que aquí los Estados miembros pueden formular iniciativas (art. 34, párrafo segundo, 2, TUE) lo que debilita a la posición de la Comisión, pero también tiene la ventaja de que aquí es válido el principio de unanimidad (compárese el art. 34, párrafo 4 del TUE) de tal manera que cada uno de los Estados miembros tiene el derecho de veto, luego, el Parlamento no interviene en la decisión, sino que solamente debe ser escuchado (art. 39, párrafo 1, TUE) lo que debilita el control por parte del Parlamento y, por último, existe también la ventaja de que el control en el ámbito de la impartición de justicia a través del Tribunal de Justicia (art. 35 TUE) es más débil que en el "primer pilar". Los nuevos intentos de la Comisión de llevar a cabo la armonización del Derecho penal a través de líneas directrices en el "primer pilar" han sido rechazadas por una oposición muy considerable<sup>32</sup>. Incluso se ha sostenido parcialmente que la armonización del Derecho penal sólo podría lograrse conforme a los marcos institucionales y jurídicos contemplados en los arts. 29 y ss. del TUE, lo cual ha sido vehementemente discutido por la Comisión, en especial con base en el contenido del art. 29, párrafo 1, 1 ("sin menoscabo de la autorización de la Comunidad Europea...") y el art. 42 TUE, que, al contrario, fundamenta la preeminencia del TCE<sup>33</sup>. Si se hace un análisis imparcial, una armonización del derecho penal sería posible en no pocas ocasiones, y *no únicamente*, en el marco del TUE *como también* con base en los arts. 29 y ss. del TUE; en tales casos es un asunto de política el decidir el camino a seguir<sup>34</sup>.

### 3. El desplazamiento desde la Comisión hacia el Consejo

Mano a mano con el traslado de los marcos institucionales y jurídicos se verifica, en cierto

sentido, un traslado de las instituciones que participan en la armonización del Derecho penal. Fundamentalmente fue la Comisión el "motor" de las iniciativas de armonización en materia penal, la cual fue apoyada por el Parlamento y su comisión, sobre todo en lo referente al control presupuestario. Al interior de la Comisión fueron tomados, y lo son en una forma especial por parte de la Dirección general, los controles presupuestario y financiero —por ellos, así como también por la antigua Unidad de lucha contra el fraude (UCLAF) y la actual OLAF, desde donde fueron, y siguen aún, proponiéndose una cantidad considerable de iniciativas en el ámbito de la criminalidad financiera (V.1) lo que ahora se efectúa mediante la Dirección general de Justicia e interior fundada en 1999. En los últimos tiempos, por cierto, ha tomado una importancia cada vez mayor el Consejo de Justicia, interior y protección contra catástrofes así como los Estados miembros que introducen sus iniciativas constantemente en el Consejo y su Comisión, pero también los grupos de trabajo —particularmente la comisión permanente COREPER, y los grupos de trabajo de Derecho penal material—. Que el Consejo también decide acerca de las iniciativas de la Comisión, se debe a que la influencia sobre la armonización del Derecho penal se ha trasladado, en suma, hacia el Consejo y también a los gobiernos de los Estados miembros.

### 4. El desplazamiento desde las directivas, pasando por el Convenio, hasta la decisión marco

A los mencionados desplazamientos corresponde también un traslado de los instrumentos utilizados para la armonización del Derecho penal. Originalmente —antes de la entrada en vigor del TUE— se debía atender solamente a las *directivas* como instrumento de armonización. Posteriormente el Consejo utilizó —sobre todo para la armonización de la protección jurídico-penal de los intereses financieros de la Comunidad— el instrumento del Convenio con-

32. S. zum Vorschlag einer Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, véase la nota 6- Hinsichtlich des Vorschlages einer Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt (véase la nota 23 y el punto V.5) ist auf dem 2337. Treffen des Rates Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 15./16.3.2001 ein Instrument des "dritten Pfeilers" oder mindestens eine Kombination von Instrumenten des "ersten" und des "dritten Pfeilers" gefordert worden (Compárese el Documento del Consejo 6757/01 del 16.3.2001).

33. So die Kommission in ihrer Begründung des Vorschlages einer Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt (Documento de la Comisión KOM [2001]139endg. v. 13.3.2001); cercano, Braum, JZ 2000, 493 (500).

34. Leitlinie dürfte sein, dass "Querschnittsmaterien", bei denen auch Zusammenarbeitsfragen zu regeln sind, zum "dritten Pfeiler" gehören, während "Annexmaterien" wie Wirtschafts- oder Umweltstrafrecht besser im "ersten Pfeiler" aufgehoben sind.

forme al art. 34, párrafo 2 d) del TUE<sup>35</sup>. Tales Convenios requieren, por supuesto, la ratificación de los Estados miembros, es decir, se requiere de un proceso largo mediante el cual entran en vigor una vez que sean ratificados, cuando menos, por la mitad de los Estados miembros (anteriormente por todos y cada uno de los Estados miembros). Por eso el Consejo decidió implementar entretanto (al igual que la comisión a través de sus iniciativas<sup>36</sup>) y de forma prácticamente exclusiva para los efectos de la armonización del Derecho penal, el instrumento de las *decisiones marco* conforme a lo establecido en el art. 34, párrafo 2 b) del TUE. Las decisiones marco tienen prácticamente los mismos efectos jurídicos que las directivas —con las excepciones de que se descarte un efecto inmediato y que una aplicación insuficiente no pueda ser castigada mediante una demanda de infracción del Convenio ante el Tribunal— y obligan entonces a los Parlamentos de los Estados miembros a ser trasladadas al ámbito nacional. A diferencia de las directivas, las decisiones marco no requieren de la iniciativa de la Comisión y el Parlamento no requiere estar de acuerdo, lo que desde el punto de vista de los gobiernos de los Estados miembros es bastante cómodo.

5. Aumento del contenido de las normas e incremento en su densidad.

Finalmente la intensidad de las medidas para armonizar el ámbito penal se ha incrementado significativamente. De un lado el objeto de armonización del Derecho penal material ha crecido de forma esencial. En un principio el desarrollo se basó en el Derecho penal de corte financiero junto al blanqueo de capitales y el “tráfico de insider”, por lo que se trataba básicamente de la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea a través del Derecho penal (véase V. 2-7). Mediante los Tratados de Maastrich y Amsterdam, pero también debido a las decisiones tomadas en Tampere se advierten cada vez más ámbitos pendientes de ser armonizados (véase, V.2.7.). De otro lado, el contenido de las normativas relacionadas con los instrumentos de armonización ha aumentado también considerablemente. Los antiguos instrumentos contienen, en esencia, únicamente los elementos típicos del comportamiento (en

el sentido técnico de las definiciones) que deben estar prohibidos mediante sanción o pena. Constantemente se continúan formulando algunas propuestas en el marco de las consecuencias jurídicas, en particular, las figuras de la pena mínimo-máximo, diferentes niveles de pena (véase VI.1) y circunstancias agravantes con aumento de las penas (véase VI.2). Generalmente se contempla la punibilidad de las personas jurídicas (véase VI.3) y se formulan observaciones en el ámbito de las competencias (VI.4). Finalmente se pueden encontrar también medidas detalladas en torno a la colaboración y a la ayuda en el ámbito judicial.

### V. Sectores (1): parte especial

Los sectores en los que actualmente se verifica una armonización del Derecho penal se ubican básicamente en la *parte especial*, que desde el punto de vista político criminal, es más interesante que la parte general de corte dogmático. La preferencia por la parte especial se debe a su carácter normativo, por ejemplo, el art. 31 e) TUE, en el que la competencia de armonización en el ámbito de la “criminalidad organizada, terrorismo, y tráfico ilegal de drogas” tiene prioridad y sobre todo en el marco de algunos ámbitos relevantes como lo son “un número restringido de sectores especialmente relevantes, por ejemplo, la “criminalidad financiera (blanqueo de capitales, cohecho, falsificación del Euro) tráfico ilegal de drogas, tráfico de seres humanos, en especial la explotación de mujeres, explotación sexual de menores, criminalidad High-Tech y criminalidad del medio ambiente”, tal y como lo establece la resolución número 48 del Consejo de Europa celebrado en Tampere<sup>37</sup>. De hecho, la armonización se ubica actualmente, y seguirá siendo así por lo menos hasta el 2004, en los sectores de trabajo denominados “ámbitos-Tampere”. De otro lado, el tema de la criminalidad organizada está expresamente incluido como un tema constante en el ámbito de la Unión Europea. No otra cosa rige desde el 11.9.2001 y conforme al art. 29, párrafo 1 del TUE donde se menciona el terrorismo. Un nuevo punto central se encuentra contemplado finalmente en el art. 29, párrafo 1, del TUE donde se contempla la lucha contra el racismo y la Xenofobia.

35. Véase la nota 39.

36. Véase la nota 32.

37. Reproducido en el Boletín del Gobierno Alemán, Nr. 84 del. 7.12.1999 pp. 793 y ss.

## 1. Criminalidad financiera (blanqueo de capitales, cohecho y falsificación del Euro)

El Derecho penal como instrumento para luchar contra la "criminalidad financiera" cobró gran relevancia en los finales de la década de los años ochenta del siglo pasado en su calidad de objeto de armonización a lo largo y ancho de Europa. Las directivas sobre "insider" y el blanqueo de capitales<sup>38</sup> fueron suprimidas y a su vez se crearon los instrumentos para la *protección jurídico penal de los intereses financieros de la Comunidad Europea*<sup>39</sup>. Este ámbito especial integrado por expertos y denominado con las siglas "PIF" (del francés *protection des intérêts financiers*) tiene que ser entretanto, y por así decirlo, consolidado<sup>40</sup>. Es posible identificar ya algunas figuras de corte dogmático: conductas contra "los intereses financieros" y "fraudes" no son necesariamente hechos cometidos contra el patrimonio o delitos de fraudes en el sentido de la legislación alemana, sino que dentro de ellos se incluyen también a delitos de falsificación de documento, cohecho, corrupción así como el blanqueo de capitales. De otro lado, en lo referente al resultado —por lo menos en el sentido de actuar para dañar los intereses financieros— es considerado más grave que en el Derecho alemán en vigor (compárense los §§ 267 y ss. del StGB).

b) Dignos de mención son los nuevos desarrollos verificados en los ámbitos resaltados en Tampere, es decir, blanqueo de capitales, cohecho y falsificación del Euro. El blanqueo de capitales ha evolucionado hasta ser considerado

un delito de conexión<sup>41</sup>. El art. 1 de la decisión marco del 26.6.2001 sobre blanqueo de capitales así como sobre investigación, bloqueo, decomiso y confiscación de los medios de comisión y ganancias obtenidas a través de la comisión del delito<sup>42</sup> conduce, en suma, a que el conjunto de actos previos susceptibles de blanqueo de capitales ha de ser ampliado a todos los actos que pueden ser castigados con una pena máxima de un año de prisión. El art. 2 de la decisión marco del 26.6.2001 contempla para determinados casos de blanqueo de capitales una pena de corte mínimo-máximo (véase VI.1) de cuatro años de prisión. También mediante las directivas sobre blanqueo de capitales del 4.12.2001<sup>43</sup> se ha ampliado el ámbito de aquellos que pueden ser considerados como actos previos de blanqueo de capitales (compárese el art. 1 E.n.F. de las directivas sobre blanqueo de capitales). En torno al cohecho hay que resaltar a las medidas generales del 22.12.1998 concernientes al cohecho en el sector privado<sup>44</sup> conforme a las cuales también el cohecho en el ámbito de los empleados debe ser sancionado con pena. Motivada por la introducción del Euro, la *protección jurídico-penal de los medios de pago* se convirtió también en objeto de armonización. Dignas de mención son, sobre todo, las decisiones marco del 29.5.2000 sobre el fortalecimiento de las medidas de protección contra la falsificación de moneda mediante penas o sanciones de otro tipo, situación que también fue motivada por la entrada del Euro, así como también la decisión marco del 28.5.2001 sobre el combate al fraude y a la falsificación en rela-

38. Directivas del 10.6.1991 para impedir la utilización del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales, ABIEG L 166 del 28.6.1991 p. 77; Richtlinie del. 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABIEG L 334 del 18.11.1989 p. 30.

39. Convenio del 26.7.1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, ABIEG C 316 del 27.11.1995 p. 48; (primer) Protocolo del 27.9.1996 acerca del Convenio (...), ABIEG C 313 del 23.10.1996 p. 10; Protocolo del 29.11.1996 sobre la interpretación de los acuerdos (...), ABIEG C 151 del 20.5.1997 p.1; segundo Protocolo del 19.6.1997 sobre los Convenios (...), ABIEG C 221 del 19.7.1997 p. 11; véase además, VO 2988/95 del 18.12.1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, ABIEG L 312 del 23.12.1995 p. 1; VO 2185/96 v. 11.11.1996 acerca de los controles y pruebas (...), ABIEG L 292 del 15.11.1996 p. 2; VO 1073/1999 del 25.5.1999 acerca de las investigaciones del combate contra el fraude en el ámbito europeo (OLAF), ABIEG L 136 del 31.5.1999 S. 1. Literatura: Dannecker (coordinador), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993; Magiera, en: Friauf-FS, 1996, S. 13 ff.; Pache, *Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1994; Prieß/Spitzer, *EuZW* 1994, 297 pp.; Stoffers, *EuZW* 1994, 304 pp.; Tiedemann, *NJW* 1990, 2226 pp.; White, *Protection of the Financial Interests of the European Community: The Fight against Fraud and Corruption*, 1998; Wolfgang/Ulrich, *EuR* 1998, 616 pp.

40. Véase nota 6.

41. En general, véase, Altenhain, *Das Anschlussdelikt*, 2002.

42. ABIEG L 182 v. 5.7.2001 S. 1; s. zuvor die Gemeinsame Maßnahme v. 3.12.1998 betreffend Geldwäsche, die Ermittlung, das Einfrieren, die Beschlagnahme und die Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen von Straftaten, ABIEG L 333 del 9.12.1998 p. 1.

43. ABIEG L 344 del 28.12.2001 p. 76.

44. ABIEG L 358 del 31.12.1998 p. 2.

ción con medios de pago diferentes al efectivo<sup>45</sup>. Desde el punto de vista dogmático hay que resaltar que en estas decisiones marco se utiliza la "moderna figura" de la prohibición en ámbitos específicos (aceptar, proporcionar, transportar, comprar, transmitir o poseer), esta "prohibición de manipulación de determinados objetos" no se limita a casos que tradicionalmente tienen una connotación negativa, como la falsificación de moneda o de otros medios de pago, sino que también tiene como objetivo a objetos lícitos pero que son utilizados como medios para la comisión de delitos, especialmente: medios para la falsificación de moneda o de otros medios de pago respecto de los cuales la preparación y la complicidad pueden ser contemplados como hechos consumados penalmente relevantes.

### 2. Tráfico ilegal de drogas

Por lo que se refiere al tráfico ilegal de drogas, el Derecho penal ha sido expresamente incluido como objeto de armonización, tanto en el art. 31 e) del TUE, así como también en la conclusión número 48 de Tampere y, por cierto, el Consejo ya ha exigido en las medidas generales del 17.12.1996 que para los efectos de prevenir el tráfico ilegal de drogas<sup>46</sup> los Estados miembros deben aproximar sus recíprocas legislaciones jurídico penales en este ámbito. Los Estados miembros también son considerados prácticamente como Estados firmantes de las disposiciones correspondientes contempladas en los instrumentos de las Naciones Unidas, especialmente el Convenio de Viena sobre estupefacientes de 1998. Con todo, el Derecho penal referente a las drogas se ubica entre las cuestiones más espinosas de corte político criminal en

Europa y las diferencias prácticas al respecto de los autores de los delitos relacionados con drogas son muy importantes. Por eso no sorprende que la Comisión haya presentado hasta el 28.6.2001 sus propuestas para crear una decisión marco con el fin de fijar las medias mínimas sobre los elementos típicos de las acciones jurídico-penalmente relevantes y de las penas correspondientes en el ámbito del tráfico ilegal de drogas<sup>47</sup>. En este sentido se discute hoy en día en el seno del Consejo<sup>48</sup>. El punto nuclear de la discusión se ubica, de un lado, en el marco del tipo penal, pero sobre todo al respecto de la problemática del consumo personal<sup>49</sup>, los límites de lo punible así como la punibilidad o no de los estados previos a la comisión del delito<sup>50</sup>. Pero sobre todo está sujeto a discusión el ámbito de armonización referente a las penas por imponer (véase VI.1.). En relación con esto último se debate intensamente si, y cuales, circunstancias agravantes habrán de ser contempladas y qué pena les correspondería<sup>51</sup>.

### 3. Tráfico de seres humanos, en especial la explotación de mujeres, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil

Actualmente tiene una importancia especial la armonización del Derecho penal material en el ámbito del *tráfico de seres humanos y la explotación sexual de menores así como la pornografía infantil*. Con base en las medidas generales para combatir el tráfico de personas y la explotación sexual de menores<sup>52</sup> del 24.2.1997, la Comisión formuló la propuesta de elaborar dos decisiones marco para combatir el tráfico de seres humanos y la explotación sexual de menores y la pornografía infantil<sup>53</sup>. Tras un debate parcialmente complicado se ha llegado a un

45. ABIEG L 140 del 14.6.2000 p. 1 y L 149 del 2.6.2001 p. 1; con más profundidad, Vogel, ZRP 2002, 7 y ss. con más observaciones (y también contemplando otros instrumentos).

46. ABIEG L 342 del 31.12.1997 p. 6.

47. ABIEG C 270 del 25.9.2001 p. 144.

48. La siguiente exposición se fundamenta en el Doc. del Consejo, 5733/02 v. 30.1.2002.

49. En el art. 2 párrafo 2 i.d.F.zit. del Doc. del Consejo la Presidencia sostuvo como compromiso: "Each Member State may choose not to punish the conduct described in 1 (b) and (c)" —d.h. Pflanzenaufzucht, Besitz und Erwerb, nicht aber Herstellung und Handel— "where committed for personal consumption as defined by national law".

50. Según el art. 2 párrafo 1 d) i.d.F. de la nota 48 se cita el Doc. del Consejo. soll selbständig unter Strafe gestellt werden müssen "the manufacture, transportation, distribution of equipment, materials or precursors, where the person involved knows that they are to be used for the illicit cultivation, production or manufacture of drugs".

51. art. 5 i.d.F. de la nota 48 del Doc. del Consejo citado. sieht sechs erschwerende Umstände - z.B. Begehung in Schulen, Strafvollzugsanstalten, Jugendclubs, Freizeitzentren für junge Leute und Einrichtungen zur Behandlung und Rehabilitierung von Drogenabhängigen (d) oder Begehung nach rechtskräftiger Verurteilung in einem Mitgliedstaat wegen mindestens einer ähnlichen Tat (f) - vor, aber keine konkreten Rechtsfolgen.

52. ABIEG L 63 del 4.3.1997 p. 2.

53. ABIEG C 62 del 27.2.2001 p. 324.

acuerdo base acerca de las decisiones marco<sup>54</sup>. Por lo que se refiere al tráfico de seres humanos se han dispuesto penas de corte mínimo-máximo<sup>55</sup>. Pero en lo referente a la pornografía infantil se discute especialmente acerca de si los Estados miembros deben estar obligados a punir también la mera pornografía infantil de carácter "virtual", por ejemplo, aquella que se realiza a través de una computadora o con actores que en realidad no son menores y, de ser así, bajo qué pena<sup>56</sup>; asimismo se discute si la elaboración, adquisición o posesión de pornografía infantil debe también sancionarse con pena si el autor no actúa con dolo de introducirlas en el mercado y, finalmente, se discute también acerca de si se debe ampliar el límite de edad. Es evidente que a escala europea se está debatiendo sobre cuestiones fundamentales de Derecho penal como las siguientes: hasta qué punto es el Derecho penal ultima ratio, hasta qué punto se debe limitar la protección de derechos o de bienes jurídicos o si incluso se debe abarcar a la protección de la moral, o también hasta qué punto las acciones previas o posteriores alcanzan o abarcan daños.

#### 4. Criminalidad High-Tech

Influenciada por los trabajos del Consejo de Europa y la todavía existente *Convention on Cybercrime* del 23.11.2001 (ETS Nr. 185), la Unión Europea encontró en la criminalidad High-tech un campo de posible y necesaria armonización. Al mencionar en su informe del 26.1.2001 que la "creación de una sociedad segura de la infor-

mación a través del mejoramiento de las estructuras de la información y el combate contra la criminalidad cibernética"<sup>57</sup>, la Comisión se decanta expresamente por la (en ese entonces todavía en proyecto) Convención de Europa y propone, tanto en el ámbito comunitario como en el marco de la Unión, adaptar las prescripciones del Derecho penal material en el ámbito de la criminalidad High-Tech. En su informe del 6.6.2001 sobre "seguridad de la red y la información: propuesta para la creación de una política a nivel europeo"<sup>58</sup> la Comisión anunció, acto seguido, su propuesta para adoptar medidas conforme al Título IV del TUE y que debían estar en relación con los ataques contra sistemas cibernéticos, incluido el hacking y los ataques relacionados con el ámbito informático. No hay por el momento información oficial a este respecto<sup>59</sup>. La resolución del Consejo para crear una normativa específica para el ámbito de la seguridad de la red y de la información<sup>60</sup> guarda silencio en torno a las posibilidades de armonización del Derecho penal y parece que su prioridad se dirige a la implementación de meras medidas prácticas como la de crear la "Cybersecurity Task Force" o el "Monitoring Centre on High-Tech Crime"<sup>61</sup> creado por la Europol.

#### 5. Derecho penal del medio ambiente

También el Derecho penal del medio ambiente ha sido objeto de las iniciativas de armonización a escala europea. La primera iniciativa la formuló el Reino de Dinamarca y fue retomada por el Consejo del 28.2.2000 proponiendo así la

54. Über den Vorschlag des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels erzielte der Rat am 27./28.9.2001 Einigkeit. Der (noch Parlamentsvorbehalten unterliegende) Text findet sich im Ratsdok. 14216/01 v. 3.12.2001. Über den Vorschlag des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie erzielte der Rat am 6./7.12.2001 weitgehende Einigkeit. Der (noch nicht endgültige) Text findet sich im Ratsdok. 14864/01 v. 4.12.2001.

55. Am Ende der Verhandlungen ist nur eine Mindesthöchststrafe von acht Jahren Freiheitsstrafe verblieben, wenn das Opfer durch die Tat vorsätzlich oder grob fahrlässig an seinem Leben gefährdet wurde oder es besonders verletztlich war, insbesondere bei Opfern "under the age of sexual majority under national law", art. 3 Abs. 2 i.d.F. des Ratsdok. 14216/01 v. 3.12.2001. Die deutsche, österreichische und dänische Delegation haben insoweit zudem einen Vorbehalt der Kohärenz mit dem jeweiligen nationalen Strafsystem erklärt.

56. Véase, en el Derecho alemán, el § 184 párrafo 4 del StGB, y sobre esto, Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 184 Rdn. 8 a con anotaciones.

57. Kommissionsdok. KOM(2000)890endg.

58. Kommissionsdok. KOM(2001)298endg.

59. Im Internet findet sich ein wohl authentischer Entwurf (Stand 5.10.2001) zu einem Vorschlag der Kommission eines Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung schwerwiegender Angriffe gegen Informationssysteme (<http://cryptome.org/eu-antihack.pdf>). Der Entwurf sieht vor, dass vorsätzliches Hacking strafbar sein muss, wenn es sich als schwerwiegender Angriff (engl. serious attack) darstellt. Auch schwerwiegende Datensabotage muss unter Strafe gestellt werden. Die Höchststrafe muss über einem Jahr Freiheitsstrafe liegen.

60. En este sentido el 6./7.12.2001 se alcanzó la unanimidad, Doc. del Consejo 15152/01 del. 11.12.2001.

61. Así, una iniciativa española, véase el Doc. del Consejo 15456/01 v. 18.12.2001.

creación de una decisión marco para combatir la grave criminalidad a escala del medio ambiente<sup>62</sup>. La Comisión ha propuesto crear unas directivas sobre la protección jurídico penal del medio ambiente<sup>63</sup>. Ésta incluye a la mayoría de los tipos penales contra el medio ambiente (incluso contempla a las sustancias cuya manipulación daña la capa de ozono, art. 3) siempre que a la vez se verifique una contravención contra el derecho comunitario (art. 3 en relación con apéndice). En casos graves se deben contemplar penas de prisión (art. 4 a). El Parlamento ha manifestado<sup>64</sup> ya que es dudoso aún si la propuesta del Consejo será o no aceptada.

### 6. Criminalidad organizada

Al igual que en el marco de los Estados miembros también a escala de la Unión es la *criminalidad organizada* un concepto clave de la política criminal. El documento del 27 de marzo del 2000 adoptado por el Consejo bajo el título "prevención y combate de la delincuencia organizada una estrategia de la Unión Europea para el inicio del nuevo milenio"<sup>65</sup>, es el que actualmente se encarga de esta problemática. El capítulo 2.4 dedicado a la armonización en relación con la recomendación 7 contempla, por cierto, menos ámbitos de la criminalidad organizada en comparación con los ya mencionados (V.1-5) en donde sí se analizan niveles específicos de la problemática. Otro instrumento de armonización ya dispuesto para combatir a la criminalidad organizada es, ciertamente, el creado el 21.12.1998 que contempla medidas generales tales como la punición por participar en una sociedad criminal<sup>66</sup>. Las medidas generales definen el término "sociedad criminal" como la agrupación de más de dos personas establecida durante un lapso largo de tiempo para cometer delitos sancionados, cuando menos, con pena privativa de libertad de cuatro años (art. 1, párrafo 1). Con penas efectivas, proporcionadas e

intimidatorias tiene que poder ser castigado el comportamiento de una persona que, dolosamente y conociendo la finalidad de la actividad general y punible de la asociación o bien conociendo la intención de la agrupación de cometer actos punibles, participe activamente en actividades no necesariamente punibles de la asociación a sabiendas de que su participación contribuya a la realización de las actividades punibles de la asociación (art. 2, párrafo 1 a) inciso segundo. La formulación claramente reservada y compleja de las medidas generales hacen que los "delitos organizados" sean considerados de forma mucho más crítica en otros Estados miembros que en la República Federal Alemana (véanse los §§ 129, 129a del StGB).

### 7. Terrorismo, racismo y xenofobia

Ya antes del 11.9.2001 ocupaba el terrorismo un lugar prioritario en el marco del Derecho penal y su armonización a escala europea. En verdad fue motivo de agradecimiento a la Comisión el que haya presentado el contenido de sus trabajos —hechos con anterioridad y hasta entonces reservados para más tarde— mediante su propuesta para crear una decisión marco sobre el combate contra el terrorismo formulada el 19.9.2001<sup>67</sup>. El Consejo alcanzó un acuerdo el 6.12.2001<sup>68</sup> y el 27.12.2001 adoptó —mediante un procedimiento escrito e impidiendo el derecho del Parlamento a ser oído<sup>69</sup>— ulteriores medidas para luchar contra el terrorismo, en especial las referentes a la confiscación de bienes<sup>70</sup>. Todavía existe una decisión armonizada de delitos de terrorismo a escala europea (art. 1). Se trata, en primer lugar, de delitos graves cometidos dolosamente contemplados en un listado definitivo y que son definidos conforme al Derecho nacional. Por ejemplo, atentados en contra de la vida o la integridad personal, toma de rehenes, secuestro de aeronaves, etc. Se considerarán delitos de terrorismo cuando se veri-

62. ABIEG C 39 del 11.2.2000 p. 4.

63. Véanse las notas 23 y 32.

64. Informe del 21.3.2002, Doc. del Parlamento PE A5-0099/2002.

65. ABIEG C 124 del 3.5.2000 p. 1.

66. ABIEG L 351 del 29.12.1998 p. 1.

67. Documento de la Comisión KOM(2001)521 endg., ABIEG C 332 del 27.11.2001 p. 300.

68. Documento del Consejo 14845/1/01 REV 1 del 7.12.2001.

69. Hiergegen hat sich das Parlament in einer Entschließung (Parlamentsdok. PE T5-0055/2002 v. 7.2.2002) verwahrt.

70. Im einzelnen handelt es sich um die VO 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABIEG L 334 v. 28.12.2001 S. 70; den Beschluss zur Aufstellung der Liste dieser Personen und Organisationen, ebd. S. 83; und die Gemeinsamen Standpunkte über die Bekämpfung des Terrorismus, ebd. S. 90, sowie über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ebd. S. 93.

fique alguna circunstancia calificativa de carácter objetivo o subjetivo. Desde el punto de vista objetivo es necesario que se tenga la capacidad para causar serios daños a un Estado o a una organización internacional. Desde el punto de vista subjetivo es necesario actuar con el dolo de intimidar seriamente a un pueblo o de querer obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo, o desestabilizar seriamente a las estructuras políticas, jurídico-constitucionales, económicas o sociales de un Estado o de una organización internacional. El problema (fundamental) para delimitar al terrorismo de la resistencia armada legítima o de una guerra de independencia fue aclarado por el Consejo mediante una asombrosa vinculación a hechos de corte político sucedidos en el pasado<sup>71</sup>. La provocación, ayuda o tentativa para cometer delitos de terrorismo deben ser contempladas bajo pena (art. 3) al igual que el dirigir y el apoyar a una asociación terrorista, es decir, a un grupo de más de dos personas, con una estructura perdurable en el tiempo que conjuntamente buscan cometer delitos de terrorismo (art. 2). El Consejo no pudo acordar marcos penales concretos. De cualquier forma los delitos de terrorismo deben estar sancionados con penas de prisión más graves que los delitos ya referidos en los que no existe dolo terrorista y el dirigir o apoyar a agrupaciones terroristas deben ser sancionados con una pena de prisión no menor a 15 años o respectivamente 8 años (art. 4, párrafos 2 y 3). Los Estados miembros deberán introducir reglas acerca de los testigos principales (art. 6).

b) Precisamente a la vista del 11.9.2001 debe considerarse plausible que la Unión Europea también considere absolutamente prioritaria la lucha contra el *racismo* y la *xenofobia*. Con base en las medidas generales formuladas por el Consejo el 15.7.1996<sup>72</sup>, la Comisión presentó el 28.11.2001 una propuesta para la creación de una decisión marco para combatir al racismo y a la xenofobia<sup>73</sup>. La propuesta incluye una diversidad de "*hate crimes*", especialmente: incita-

ción a la violencia o al odio, injurias públicas o amenazas, negar o minimizar delitos graves contra el pueblo, amotinamiento y participación en un grupo que comete tal tipo de delitos. Los delitos deben ser sancionados con penas escalonadas de corte mínimo-máximo (véase VI.1). En realidad, el destino de la propuesta es incierto, toda vez que el Reino Unido e Irlanda del Norte así como el Reino de Dinamarca manifestaron serias dudas acerca de la viabilidad de la decisión marco y muchas otras delegaciones propusieron una equiparación, para los efectos de la incriminación, entre actos racistas y xenófobos así como entre la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión<sup>74</sup>. En realidad, a este nivel se plantean problemas fundamentales, particularmente acerca de si el Derecho penal puede y debe "proteger un estado de cosas"<sup>75</sup>.

## VI. Nivel (II): parte general

La armonización de la *parte general* del Derecho penal material no es una prioridad para la Unión. Cuestiones significativas en el ámbito de la dogmática penal como las referentes al dolo, al error, a la justificación o exculpación, participación o tentativa, son tratadas muy someramente<sup>76</sup> y, o no se les considera necesitadas de armonización o —desde un punto de vista realista— se les considera como no susceptibles de ser armonizadas. De todas formas se comienzan a perfilar paulatinamente algunos ámbitos relevantes de corte político-criminal.

### 1. Sanciones

El sistema de sanciones estuvo durante mucho tiempo prácticamente excluido de la armonización. Conforme a los antiguos instrumentos de armonización era suficiente la fórmula consistente en establecer amenazas eficaces y proporcionadas, así como sanciones intimidatorias (*Sanctions* en inglés y francés) —no penas coercitivas (en inglés y francés *peines*)<sup>77</sup>—. Poste-

71. Auszug: "It (...) cannot be construed so as to argue that the conduct of those who have acted in the interest or preserving or restoring (...) democratic values, as was notably the case in some Member States during the Second World War, could now be considered as 'terrorist' act."

72. ABIEGL 185 v. 24.7.1996 S. 5.

73. Documento de la Comisión KOM(2001)664endg.

74. Compárese el informe del grupo de trabajo sobre Derecho penal material; Doc. del Consejo 5983/02 del. 6.2.2002.

75. Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (779 y ss.).

76. Nicht selten findet sich die Verpflichtung, auch die Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) und den Versuch unter Strafe zu stellen, ohne dass allerdings nähere Vorgaben für diese Figuren des Allgemeinen Teils gemacht werden.

77. La fórmula se basa en el EuGH (nota 10)

riormente sobrevino, tal y como sucede hoy en día, el deber de asimilación, conforme al cual, los actos desplegados en contra de los intereses de la Comunidad deben ser sancionados con las mismas consecuencias jurídicas así como los hechos cometidos en contra de intereses equiparables de cada uno de los Estados miembros<sup>78</sup>. Desde hace algunos años la Unión acude cada vez con mayor intensidad a las sanciones y a las decisiones marco que frecuentemente se apoyan en el art. 31 e) TUE que reconoce expresamente la posibilidad de establecer reglas mínimas sobre sanciones. Especialmente se establecen requisitos mínimos para las disposiciones a escala de las decisiones marco. Por regla general resulta que de la contemplación de las conocidas como penas de corte mínimo-máximo aplicables a determinados comportamientos se establece, con otras palabras, un límite superior del marco de la pena que el legislador de cada Estado miembro no debe superar. La Unión ha prescindido hasta ahora de las denominadas penas de corte mínimo-mínimo, a través de las cuales se pone un límite mínimo a la pena que no puede ser infringido por el legislador de los Estados miembros pero tampoco por el Juez, toda vez que ha dirigido su atención especialmente a los ámbitos político criminal y de individualización de la pena.

De otro lado está la cuestión de si, y en tal caso cómo, se deben armonizar los marcos penales a escala de la Unión, pues actualmente esto es muy cuestionado. El Consejo de Justicia, Asuntos Interiores y Protección ante Catástrofes impulsó la realización de una discusión general sobre el método de armonización de las penas (en inglés *harmonization of penalties*, en francés *harmonisation des peines*) durante su encuentro 2350 celebrado el 28/29.5.2001, y que actualmente se lleva a cabo en el Consejo (en el marco del art. 36) y a través del grupo de trabajo sobre "Derecho penal material". Un resultado provisional al que se llegó a finales del 2001<sup>79</sup> establece que

para los efectos de futuros instrumentos de armonización —se refiere a delitos específicos y no a escala general— no se establecerán más penas fijas de corte mínimo-máximo sino únicamente "niveles", esto es, una especie de marcos para las penas de corte mínimo-máximo<sup>80</sup>. En conjunto se debe contemplar e introducir el fin de la armonización del Derecho penal en el marco del fin general consistente en crear un espacio de libertad, seguridad y de Derecho; una armonización del Derecho penal debe verificarse, esencialmente, sólo en lo referente a delitos graves, debe ser comprobada su necesidad en cada caso y no debe poner en duda la coherencia de los sistemas jurídicos nacionales.

## 2. Circunstancias agravantes y atenuantes

En el sistema de los "niveles" de las penas son especialmente importantes las circunstancias agravantes o atenuantes. Éstas pertenecen, según la opinión alemana, a la parte especial, no obstante en otros Estados miembros, (por ejemplo, en los artículos 21 y 22 del CP del Reino de España) se contemplan también en la parte general, lo que es, conforme a los fundamentos generales de la medición de la pena, dogmáticamente del todo convincente<sup>81</sup>. La praxis actual en el marco de la armonización a escala de la Unión va en la línea de indicar cuáles son las circunstancias agravantes obligatorias y las posibles circunstancias atenuantes, indicaciones que únicamente tienden a completar, y no a suprimir, a las circunstancias agravantes o atenuantes reconocidas en el Derecho nacional. Son circunstancias agravantes comunes la comisión organizada de un delito, su comisión peligrosa con especial referencia a su perpetración con armas o con grave peligro para un bien o de lesión de un bien y la reincidencia, a cuyo efecto —y como resultado del principio de reconocimiento mutuo— se deben contemplar condenas previas en el ámbito de la Unión<sup>82</sup>. Circunstancias ate-

78. Véase la nota 24.

79. Documento del Consejo 13957/01 frl 14.11.2001 y 14581/01 del 6./12.2001 (respecto del encuentro 2396 del Consejo de Justicia, Asuntos del Interior y Protección ante Catástrofes el día 6./7.12.2001).

80. Regelfall soll Niveau 1 sein, nämlich ein Strafrahmen, der zugleich die Auslieferung erlaubt (d.h. regelmäßig eine Höchststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe oder mehr). Niveaus 2 bzw. 3 sollen nur bei Vorliegen besonderer Umstände vorgeschrieben werden dürfen und zur Androhung von Mindesthöchststrafen zwischen 1 und 5 bzw. 5 und 10 Jahren Freiheitsstrafe verpflichten. Niveau 4 soll für schwerste Fälle vorbehalten sein und zur Androhung einer Mindesthöchststrafe über 10 Jahren verpflichten.

81. In den laufenden Verhandlungen um den Vorschlag eines Rahmenbeschlusses zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels ist die legislative Festlegung allgemeiner strafscharfender bzw. -mildernder Umstände allerdings kritisiert worden, s. bereits o. Fn. 51.

82. Véase, por ejemplo, el art. 5 f) des Vorschlages eines Rahmenbeschlusses zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (véase nota 48).

nuantes típicas son, por otro lado, el arrepentimiento y atestiguar en diferentes acuñaciones<sup>83</sup>.

### 3. Responsabilidad de las personas jurídicas.

Los Estados miembros llegaron por primera vez, mediante el segundo Protocolo del 19.6.1997 y su art. 4.5, a un acuerdo sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea<sup>84</sup> y previeron entonces la responsabilidad de las personas jurídicas. El modelo de reglas ahí desarrollado ha llegado a ser prácticamente un componente constante —una especie de “texto que funciona como piedra angular”<sup>85</sup>— de todos los instrumentos de armonización. La responsabilidad se produce cuando el hecho se comete para obtener beneficios a favor de la persona jurídica, es decir, cuando tiene facultades de representación, decisión o control. Si el autor infringe tal facultad, la persona jurídica será responsable cuando el autor haya actuado para su beneficio y el hecho haya sido posible debido a la falta de vigilancia sobre el autor en que haya incurrido la persona con facultades de dirección, representación, decisión o control. Las sanciones contra las personas jurídicas deben ser eficaces, proporcionadas e intimidatorias. Se deben contemplar sanciones económicas (ya en su carácter de penas pecuniarias de corte jurídico penal, ya como multas sin relevancia jurídico penal). A éstas se pueden agregar otras sanciones (por ejemplo, exclusión de subvenciones).

### 4. Derecho penal internacional

Otro ámbito de armonización a escala de la Unión al que se aspira y que está relacionado con la parte general del Derecho penal material, es el Derecho penal internacional, es decir, un Derecho de validez internacional —o como se establece en otros ordenamientos jurídicos— de

“jurisdicción” (en inglés y francés *jurisdiction*)<sup>86</sup>. Los instrumentos e iniciativas específicos descritos anteriormente contemplan frecuentemente algunas pautas mínimas que generalmente se fundamentan en los principios de territorialidad y el principio activo de personalidad<sup>87</sup>. En los nuevos instrumentos e iniciativas se encuentra además el principio de que los respectivos ordenamientos jurídico penales de los Estados miembros también deben ser válidos cuando el hecho se haya cometido para obtener un beneficio de la persona jurídica y en lugar en el que ésta se encuentra establecida<sup>88</sup>. Durante los trabajos preliminares a finales del 2001, la Comisión llegó fundamentalmente al acuerdo de que no se contemplarán más delitos específicos, sino que se fijará la atención en la armonización del Derecho penal internacional<sup>89</sup>. La iniciativa se apoya en el art. 31 d) del TUE conforme al cual se deben eliminar los conflictos de competencia de carácter positivo entre los Estados miembros. De esta forma, y en lo fundamental, sólo *un* Estado miembro será competente. En realidad sólo debe ser decisivo el principio de territorialidad unido al lugar en el que se ejecutó u omitió la acción<sup>90</sup>, con otras palabras, los comportamientos punibles deben sujetarse todavía a las definiciones establecidas en los diversos Estados. La Comisión considera que las ventajas de un Derecho penal internacional<sup>91</sup> así delimitado, consiste en que, de un lado, se evita la posibilidad de un “forum shopping” a través de acusaciones y defensas y, de otro lado, se impide también una multitud de procedimientos penales en diversos Estados miembros y basados en un mismo hecho.

## VII. Crítica

El objetivo descriptivo-analítico de la exposición aquí desarrollada no debe excluir el que se

83. Véase, por ejemplo, el art. 6 de la decisión marco sobre combate al terrorismo (nota 68).

84. Véase la nota 39.

85. Selbst im Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Terrorismus (nota 68) ist es vorgesehen (arts. 7, 8), obwohl terroristische Straftaten nur selten zu den Gunsten einer juristischen Person begangen werden dürften.

86. Acerca de la “Jurisdicción” en el sentido alemán véase, sólo, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998, § 6 Rdn. 2.

87. Véase, por ejemplo, el art. 4 del Convenio del 26.7.1995, art. 6 del Protocolo de fecha 27.9.1996 (nota 39).

88. Véase, por ejemplo, el art. 9 párrafo 1 c) de la decisión marco de fecha 28.5.2001 (nota 45).

89. Diskussionspapier der Kommission (Generaldirektion Justiz und Inneres, Referat B/3 Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) v. 14.12.2001 über gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen zwischen den EU-Mitgliedstaaten und Gerichtsbarkeit, [www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/penal/discussion\\_paper\\_de.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/penal/discussion_paper_de.pdf).

90. Dabei geht die Kommission davon aus, dass die Definition der Begriffe Handlung und Unterlassung nicht den Mitgliedstaaten überlassen werden dürfe, sondern eine gemeinsame Definition gefunden und vorgegeben werden müsse.

91. Für eine Begrenzung auch Lagodny/Nill-Theobald, JR 2000, 205 (206 f.).

formule, para concluir, una crítica a la praxis que en el ámbito de la armonización se verifica hoy en día.

### 1. Déficit democrático

Una armonización del Derecho penal material que es esencialmente negociada entre los representantes de los Estados miembros, en reuniones que no son públicas<sup>92</sup>, sin una participación sustancial del Parlamento Europeo y de los Parlamentos de los Estados miembros, se ubica tendencialmente en tensión con el principio jurídico-penal de legalidad. De esta forma, las decisiones soberanas de los gobiernos asociados así como las de los Estados miembros son actualmente impedidas, pues las decisiones deben ser tomadas por unanimidad de tal manera que los compromisos son ineludibles y de esta forma los resultados obtenidos pueden ser ponderados como en un Parlamento donde se aprueba un documento por mayoría pero siempre mediante una discusión previa<sup>93</sup>. La idea de introducir, dentro del marco de las reformas institucionales de la Unión Europea previstas para el 2004, junto a los arts. 29 y ss. del TUE y principio de mayoría, sólo es aceptable en la teoría de la democracia si a la vez se prevé una codecisión sustancial del Parlamento Europeo o respectivamente de los Parlamentos de los Estados miembros. De otra forma podría ocurrir que un ciudadano que no acepte una política criminal europea no pueda votar en contra de aquellos que sean responsables de la misma por la mera razón de que dicho ciudadano

no tenga derecho al voto en aquellos Estados miembros que defienden mayoritariamente la política criminal referida.

### 2. Alta punición, poca crítica penal

La tendencia básica del Consejo, pero también de la Comisión y del Parlamento, es claramente punitiva. Constantemente se trata de armonización "extensiva" (I.2), de incriminación, de llenar lagunas en torno a la punibilidad y aumento de los marcos de punibilidad. Sobre descriminalización o de alternativas al Derecho penal se discute poco<sup>94</sup>. La crítica penal es escasa. Y frecuentemente se realiza persiguiendo intereses nacionales y hasta meramente personales. Esto refleja el espíritu de las sociedades europeas y el incremento de un pensamiento dirigido al incremento de la incriminación. Si los gobiernos, incluidos los gobiernos asociados al Consejo, hacen lo que quiere la sociedad, no es esto un infortunio de la democracia, aunque individualmente cada cual tenga su propia opinión. Realmente habrá que evaluar la consideración de que el discurso general de corte político criminal también debe ser valorado en Bruselas, Luxemburgo y Estrasburgo<sup>95</sup>.

### 3. Elección problemática de los ámbitos por armonizar

La elección de los ámbitos que (deben ser armonizados) no está libre de problemas. Es evidente que los esfuerzos se concentran en ámbitos

92. Dass der Rat nichtöffentlich entscheidet, darf freilich nicht überbetont werden. Einerseits gibt es auch in Parlamenten entscheidende nichtöffentliche Ausschusssitzungen und zudem informelle Entscheidungsprozesse, in politisch maßgeblich und selbstverständlich nichtöffentlich sind. Andererseits muss die Transparenz der Ratsverhandlungen – entgegen verbreitetem Vorurteil – als durchaus vorbildlich gelten. Der Zugang zu Ratsdokumenten ist mittlerweile nicht bloß normativ detailliert geregelt (VO [EG] 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten [...], ABIEG L 145 v. 31.5.2001 S. 43; diesbezüglicher Ratsbeschluss v. 29.11.2001, ABIEG L 313 v. 30.11.2001 S. 40), sondern funktioniert auch in der Praxis vorzüglich (Internet: <http://register.consilium.eu.int>; E-mail: [access@consilium.eu.int](mailto:access@consilium.eu.int)). Das zeigt nicht zuletzt der vorliegende Aufsatz, in dem zahlreiche – darunter auch politisch nicht unbrisante – Ratsdokumente verarbeitet sind, die teils netzöffentlich, teils auf Anfrage vom Generalsekretariat des Rates anstandslos übermittelt worden sind.

93. Dass stärkere Parlamentsbeteiligung zu vorsichtigerem Umgang mit Strafrecht führt, dürfte Wunschdenken sein. Im Gegenteil zeichnet sich ab, dass das Parlament – jedenfalls in der derzeitigen Besetzung – eher mehr und härteres Strafrecht beschließen würde als Kommission und Rat. So hat das Parlament vorgeschlagen, die Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft erheblich zu verschärfen (s. o. Fn. 6). Auch ist im Parlament versucht worden, den Vorschlag des Rahmenbeschlusses zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (s. o. V. 2.) zu verschärfen; der diesbezügliche Bericht (Parlamentsdok. PE A5-0460/2001) ist im Ausschuss für Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten am 18.12.2001 mit knapper –konservativer– Mehrheit angenommen, im Plenum allerdings am 5.2.2002 mit knapper –linksliberaler– Mehrheit abgelehnt worden.

94. Erst in neuester Zeit hat die Union auch die Kriminalprävention (engl. crime prevention) als sinnvolles kriminalpolitisches Feld entdeckt; s. die Kommissionsdok. KOM(2000)786 v. 29.11.2000 und SEK(2001)433 v. 13.3.2001 "Ansätze für eine europäische Strategie zur Prävention organisierter Kriminalität" sowie den Beschluss des Rats v. 28.5.2001 zur Einrichtung eines Europäischen Netzes für Kriminalprävention, ABIEG L 153 p. 1.

95. Prittwitz, ZStW 113 (2001), 774 (797 f.).

donde la criminalidad actúa generalmente a escala internacional. Lo que explica a la armonización del Derecho penal. No obstante no se puede desconocer que la política criminal europea se concentra en interesantes ámbitos "modernos" del Derecho penal<sup>96</sup>: muchas veces se trata de tipos penales "modernos", como delitos de peligro o delitos de asociación que muestran diferentes estructuras de imputación más fáciles de demostrar en comparación con el Derecho penal "clásico" (por ejemplo, la participación en una sociedad criminal). Frecuentemente se deben incriminar comportamientos que se encuentran lejos de los estados previos o posteriores de un daño concreto (como lo son el Derecho penal en el ámbito de las drogas o el blanqueo de capitales). No pocas veces se encuentran los ámbitos en cuestión, cargados en gran medida de aspectos políticos y morales (como es el caso de la pornografía infantil). Finalmente, en algunos de los ámbitos de armonización se trata en verdad de un Derecho penal "simbólico" y no de un Derecho penal eficaz (como el combate jurídico penal contra el racismo y la xenofobia).

#### 4. Vinculación discutible de la armonización con el reconocimiento mutuo

Por último, la Unión Europea tiene que aclarar hasta qué punto se asienta en la armonización del Derecho penal o el reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, a pesar de las diferencias existentes a escala de Derecho penal material. Como ya se expuso (III.3.b), ambas estrategias son, desde el punto de vista del trabajo en conjunto, pero también lógico y práctico, del mismo valor y sería inútil llevar a cabo un doble esfuerzo para desarrollar no sólo instrumentos de armonización, sino también instrumentos para el reconocimiento mutuo. De cualquier forma, el clima necesario para solventar una confianza mutua de cara al derecho del reconocimiento mutuo sólo se puede lograr, si las diferencias entre el Derecho penal de los Estados miembros no son profundas e insalvables. En este punto la armonización y el reconocimiento mutuo se complementan aunque sea difícil armonizar ámbitos con diferencias profundas e irreconciliables.

96. Hierzu (am Beispiel der sog. strafrechtlichen Produkthaftung) Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994 (2., unveränd. Aufl. 1996), S. 70 y ss.; en parte crítico, Vogel, en: Lorenz-FS, 2001, pp. 65 y ss.