

EL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACION EUROPEA Y LAS PERSPECTIVAS EN NUESTRO MERCOSUR*

ALEJANDRO FREELAND LÓPEZ LECUBE**

I. DERECHO PENAL Y COMUNIDADES EUROPEAS

A) Introducción:

1. A cuarenta años del nacimiento de la primera de las comunidades europeas, la CECA¹, y de sus continuadoras, la CEE y el Euratom², no existe un Derecho penal comunitario ni tampoco un Derecho procesal penal común. Esto es: no existen tipos ni sanciones penales a nivel de la Comunidad ni un sistema comunitario de investigación y persecución penal³. Las comunidades europeas a la hora de perseguir y castigar

* Ponencia presentada en el 2º Seminario Internacional sobre la Regionalización del Derecho Penal en el MERCOSUR, Maldonado, noviembre de 1993.

** Abogado y docente USA. Posgrado en Derecho de las Comunidades Europeas por la Universidad de Navarra.

¹ Comunidad Europea del Carbón y del Acero fundada por Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Italia y Luxemburgo con el Tratado de París del 18 de abril de 1951, y cuyo objetivo principal fue poner bajo una autoridad común a los dos sectores industriales claves de la época, el del carbón y el del acero.

² Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de la Energía Atómica iniciada con los Tratados de Roma del 24 de marzo de 1957 por los mismos países signatarios de la CECA.

³ Existe, sin embargo, un caso particular. Es el del art. 104 del T.CEEA que se refiere a Derecho penal de los Estados parte en orden a la persecución de lo que puede llamarse un delito propiamente comunitario: la

tigar penalmente las infracciones a las normas comunitarias, de Derecho originario o derivado, son todavía dependientes de las legislaciones de los Estados parte.

2. El Derecho penal no se presenta como una prioridad para la construcción de un mercado común y tampoco fue prioridad en el proceso de integración europeo. Un mercado común implica, en lo esencial, la consagración de las cuatro libertades básicas (la de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales), la adopción de un arancel aduanero externo común, la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de legislaciones de los Estados parte en los sectores pertinentes. Por ello, a diferencia de otros sectores vinculados "a lo económico", ni en los orígenes de la CEE ni hasta el presente, existió cesión de soberanías o transferencia en el ejercicio de la potestad punitiva estatal a las instituciones comunitarias, por lo que aquéllas permanecieron en la esfera soberana de los Estados miembros. Recordemos que las competencias comunitarias son, en principio, "de atribución", es decir que las comunidades sólo pueden legislar en las áreas específicamente cedidas a su esfera de acción por los acuerdos constitutivos y por sus modificaciones. "...La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales" (sentencia van Gend & Loos, del 5/II/63). Los Estados parte no han investido de competencias penales a la Comunidad hasta el presente.

3. Pero la afirmación anterior merece dos comentarios. El primero es que los países integrantes de la, ahora, Unión Europea, de hecho han restringido y limitado sus derechos soberanos en este campo, tal como luego veremos. El segundo es que, afirmar que no ha habido aún delegación directa de competencias penales de los Estados a la Comunidad no quiere decir que en el futuro ella no pueda existir. Antes

violación de la obligación de los funcionarios de la Comunidad de resguardar el secreto profesional. El artículo obliga a los Estados parte a tratar las infracciones a esta obligación como ofensas cometidas en su propio territorio y, por lo tanto, a perseguir al funcionario con su propia ley interna. También son relevantes los artículos 3º y 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia, relativos al enjuiciamiento de jueces, testigos y peritos. La última parte del artículo 27 tiene una disposición similar a la vista del Euratom.

bien, el propio funcionamiento y la continua evolución del mercado común y el ejercicio de las amplias competencias cedidas a las instituciones supranacionales van señalando la necesidad de buscar vías de acción comunitarias para la previsión y sanción de diferentes acciones de especial interés para todo el sistema.

4. Ante la inexistencia de atribuciones o de vías de acción comunitarias en los tratados en el área de Derecho penal, o en cualquier otra, existen en el Derecho comunitario dos posibilidades:

4.1. La ampliación de las competencias por la vía del artículo 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (en adelante T.CEE) por el que las instituciones han logrado extender su acción a sectores en principio no previstos⁴. Este artículo permite a las instituciones dictar normas en cualquier ámbito siempre que algún objetivo de la Comunidad (de los enunciados en el artículo 2º del T.CEE) esté en juego⁵. La amplitud de los objetivos enumerados en el artículo 2º del T.CEE deja abierta la posibilidad de que la Comunidad "se tome" atribuciones en prácticamente cualquier área por lo que los contornos de su competencia no parecen muy delimitados⁶. Una respuesta a la histórica preocupación por la am-

⁴ El artículo 235 del T.CEE dice: "Cuando una acción de la Comunidad resulta necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes". Este artículo no ha sido modificado por el Tratado de Unión Europea.

⁵ El nuevo artículo 2º del T.CEE, reformado por el T.U.E., dice: "La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones contempladas en los artículos 3º y 3ºA, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros".

⁶ Esta indefinición y atribución inicial de competencias en términos no pose ambigües hace que sea impredecible determinar a qué sectores o ámbitos se irá extendiendo la legislación europea. La Comunidad ha legislado por esta vía (art. 235) en campos no cedidos ni imaginados en el origen, v.g.: en materia de medio ambiente, consumidoras, política industrial y social. Los autores (véase por todos Nuria Bouzá Vidal en "Significado y alcance de

pliación de competencias comunitarias no cedidas expresamente por los Estados parte se ha encontrado por la vía del reforzamiento de los poderes legislativos del Parlamento Europeo (en adelante PE) y la consagración del principio de la "subsidiariedad" en el recientemente vigente Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) firmado en Maastricht⁶.

4.2. La otra posibilidad es la reforma de los tratados por los mecanismos previstos en cada uno de ellos. Ello, aunque más lento y difícil, parece satisfacer mejor la legítima aspiración de los pueblos de que cada cesión de soberanías a la estructura supranacional sea convalidada por los parlamentos nacionales.

5. El pacto asumido compromete a sus firmantes indefinidamente en la empresa⁷ y los obliga a adecuar sus legislaciones a la comunitaria y a no obstaculizar su ejercicio. Esta obligación surge del artículo 5^o del T.CEE que dice: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de

la armonización de legislaciones en la Comunidad Europea", R.I.E., 1981, ps. 397 y sigs.) expresan sus temores ante esta ampliación indeterminada de las competencias legislativas de la Comunidad más allá de los límites fijados por el T.CEE, debido, sobre todo, al escaso control democrático con que cuenta el legislativo europeo. Hasta ahora, el Parlamento sólo intervenía en el proceso de elaboración de normas a título consultivo, y el Consejo, órgano de tipo intergubernamental compuesto por representantes de los ejecutivos de los Estados parte, era el legislador comunitario. Ha variado en algo esta situación con la vigencia del TUE. El Parlamento ha sido elevado a la categoría de co-decisor, co-legislador, con el Consejo, aunque esta atribución de competencia no es total y aparece limitada a ciertas áreas. Véanse al respecto mis artículos "Las instituciones de las comunidades europeas, aspectos jurídicos", en *L.L.*, t. 1992-E, ps. 810 y sigs. y "Europa en perspectiva, un análisis del Tratado de Maastricht" (en prensa), en *L.L.*

⁷ Consagrado en el artículo 38, dice: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

⁸ El único tratado que tiene un período de vigencia es el de la CECA, y es de cincuenta años. Los demás se han concluido por un "período de tiempo ilimitado" (ver art. 240 del T.CEE).

las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado*.

6. Este artículo obliga a los Estados miembros a abstenerse de dictar normas de cualquier tipo, incluso penales, que colisionen con una norma comunitaria u obstaculicen su aplicación impidiendo la consagración de las cuatro libertades básicas. Además los obliga a adaptar sus ordenamientos internos al comunitario. Más adelante, veremos cómo se realiza esta adaptación. Por ello es que decíamos que, si bien no existe un Derecho penal común, por las relaciones que se establecen entre el Derecho supranacional y el interno, los Estados miembros han limitado y restringido su soberanía en el campo del Derecho penal nacional en favor de la Comunidad. Tanto los tratados como el Derecho derivado de los mismos por la acción de las Instituciones, son fuente de derechos y obligaciones para los Estados miembros en la esfera del Derecho penal. Dedicaremos buena parte de este trabajo al análisis de las manifestaciones más claras de esta influencia.

7. Previamente señalemos que, aunque carente por ahora de competencias específicas directas en el campo de lo penal, la Comunidad sí tiene facultades sancionatorias de naturaleza administrativa: por ejemplo, en materias como la protección al régimen de la competencia estatuida en el Tratado de Roma (arts. 85 y sigs.⁹). También existen sanciones civiles como la nulidad de los acuerdos entre empresas contrarios a las disposiciones del Tratado¹⁰. Por su parte, el Tra-

* Véase el Reglamento nro. 17 del Consejo, del 6-XI-1962. Las sanciones, impuestas por la comisión, pueden ser: multas por infracciones y multas coercitivas o atreites, supresión de subsidios; obligación de devolver una cantidad indebidamente percibida y la retirada forzosa de licencias de importación o exportación; y pueden ser aplicadas tanto a particulares como a personas jurídicas. Véase al respecto el trabajo de Blanca Vila Costa "El régimen jurídico de las sanciones por infracciones a las normas comunitarias", en *Revista de Instituciones Europeas (R.I.E.)*, 1989, pp. 805 y sigs.

¹⁰ El artículo 85, párrafo 2º del T.CEE dice: "los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho". Se refiere a los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el

tado de la Unión Europea concede al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) la facultad de aplicar sanciones a los Estados miembros que incumplan las normas comunitarias luego de la sustanciación de recurso de incumplimiento (arts. 169 a 171, T.CEE)¹¹.

B) La influencia del ordenamiento jurídico comunitario en los ordenamientos jurídicos penales nacionales:

8. El ordenamiento jurídico comunitario tiene sus rasgos fundamentales en los principios de aplicabilidad, efecto directo y primacía de sus normas. En virtud de la aplicabilidad y efecto directo, las normas comunitarias dotadas de esta virtualidad (los reglamentos y, bajo ciertas condiciones, también las directivas) se aplican, una vez publicados, sobre todo el espacio comunitario, y no precisan de actos de recepción interna. Los destinatarios de las normas son no sólo los Estados miembros sino también los particulares que quedan directamente obligados por las mismas y pueden exigir su aplicación por los tribunales internos¹².

juego de la competencia dentro del mercado común. Y, en particular, los que enumera el artículo 85, incs. a) a e).

¹¹ Art. 171 del T.CEE, inc. 2^o, párr. 3^o, modificados por el TUE: "... Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro de que se trate no ha cumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva". Hasta ahora, las sentencias del Tribunal eran meramente declarativas del incumplimiento, lo que acarrea consecuencias de tipo "político", pero no sanciones.

¹² Resumiremos, para ilustrar algo más el crucial punto, la doctrina del Tribunal en el fundamental asunto "Costa c/ Enel" (Caso 6/64 del 15-VIII-1964, Rec. 1964, p. 1160): De manera distinta a los tratados internacionales ordinarios, el T.CEE ha creado su propio sistema legal. Este tras la entrada en vigor del Tratado se convirtió en parte integrante de los sistemas legales de los Estados miembros y sus tribunales están obligados a aplicarlo... Por ser una Comunidad de duración ilimitada, con sus propias instituciones, su propia personalidad, su propia capacidad jurídica y capacidad de representación en el plano internacional y, más particularmente, poderes reales dimanantes de una limitación de la soberanía o traspaso de poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados miembros han limitado permanentemente sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo legal que obliga tanto a sus nacionales como a ellos mismos... La integración en las leyes de cada Estado miembro de disposiciones que derivan de la Comunidad, y más generalmente, los términos y el espíritu del Tratado, hacen imposible a los Estados, como conjunto, el acordar primacía a una medida unilateral, anterior o posterior sobre un sistema legal acep-

9. Además, las normas comunitarias prevalecen sobre cualquier norma de Derecho interno, cualquiera que sea su rango (aun por sobre las constitucionales) y con independencia de que sean anteriores o posteriores a aquéllas. Dijo el TJCE en "Internationale Handelsgesellschaft mbH"¹³, que "el Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, no puede en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder el carácter comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma". Las normas penales nacionales no quedan excluidas de esta afirmación.

10. Por la plena vigencia y aplicación de estos dos principios, fundamentales en la estructura comunitaria¹⁴, las legislaciones de los países miembros experimentaron, desde el inicio, un proceso de adecuación constante a la existencia de este ordenamiento jurídico distinto, que, aunque de naturaleza extrapenal, tiene consecuencias directas para los ordenamientos penales internos. Entre las más destacables están: la reducción del ámbito de aplicación de algunos preceptos penales por la posición prevalente que ocupa el ordenamiento jurídico comunitario, la inaplicabilidad de los tipos penales que se oponen o colisionen con normas comunitarias; la necesidad de armonización de los preceptos penales de los Estados miembros y la aparición de conductas que afectan bienes jurídicos supranacionales.

11. Dijimos que por aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria, los conflictos entre las normas comunitarias y las internas se resuelven en favor de las primeras. Veamos ahora cómo. Conforme la doctrina del TJCE en el caso "Simmenthal"¹⁵, una norma comunitaria "hace

tado por ellas sobre la base de la reciprocidad. Esta medida puede, por lo tanto, no ser aplicada si se contraria a ese sistema legal. La ley que dimana del Tratado, una fuente independiente del Derecho, no puede, por su naturaleza especial y original, ser anulada por disposiciones legales domésticas, como quiera que se encuadren, sin ser privadas de su carácter de Derecho comunitario y sin poner en tela de juicio la propia base jurídica de la Comunidad.

¹³ Sentencia del 17-XII-1970.

¹⁴ Véase mi trabajo "De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1991-III, Abelardo Perrot, Bs. As., pp. 107 y sigs.

¹⁵ TJCE, As. "Simmenthal", Rec. 1978, pp. 643 y sigs.

inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente" (las penales no están de ningún modo excluidas). También dijo el TJCE que en el supuesto de que la norma nacional en conflicto con la comunitaria sea posterior a ésta "la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias". El juez de un Estado miembro, como órgano del gobierno del Estado¹⁶, ante el conflicto de su orden interno penal (o de cualquier naturaleza) con el comunitario, "debe dejar inaplicada toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria". El Estado miembro, por imperio del artículo 5º del T.CEE, debe proceder luego a arbitrar los mecanismos internos necesarios para evitar los conflictos normativos que puedan obstaculizar su vigencia¹⁷.

12. A pesar de lo borroso que puedan parecer los límites de las competencias de la Comunidad y a la posibilidad de que ésta "adquiera" nuevas potestades por la vía del artículo 235, puede afirmarse, con timidez, que la incidencia comunitaria en "lo penal" de un Estado miembro es sólo respecto de los ámbitos estrictamente comunitarios, teniendo amplia libertad en los demás¹⁸. Así, no viola el Tratado de Roma un texto penal que:

a) No interviene en un dominio no regido por el Tratado o sus modificaciones.

b) Interviene en una materia cedida (competencia exclusiva comunitaria) pero que aún no ha sido objeto de tratamiento comunitario. Ello sujeto a la posibilidad de que cuan-

¹⁶ Esta obligación se ha extendido, a partir de la sentencia "Frabelli, Constanza" (As. 103/88, Rec. 1989, p. 1839), al resto de las instituciones del Estado y cualquiera sea su estructura, federal, autonómica o descentralizada. Ello por aplicación del artículo 5º del T.CEE.

¹⁷ La norma comunitaria no deroga la interna. La sanción es mínima: la hace inaplicable para el caso concreto. La ley continúa vigente y se trata de los órganos competentes de cada Estado miembro, conforme a sus procedimientos constitucionales internos, proceder a su anulación, derogación, declaración de inconstitucionalidad, etc. No hacerlo coloca al Estado en infracción al artículo 5º T.CEE y a la norma comunitaria inaplicada.

¹⁸ Mis reservas se fundan precisamente en la imposibilidad de determinar con seguridad cuáles son los "ámbitos estrictamente comunitarios" en un esquema que se ha caracterizado por legislar prácticamente en todos los imaginables.

do la Comunidad legisla en la materia, la norma interna que resulte en conflicto con ella, pierda su eficacia.

c) Legisla en materia de competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros y no obstaculiza la actividad comunitaria desplegada en dicho campo¹⁹.

d) Interviene en materias que han sido objeto de disposiciones precisas en el Tratado o en reglamentos comunitarios con la finalidad de completarlos, sin modificarlos²⁰.

13. Veamos algunos casos en los que la incidencia comunitaria en el ámbito penal interno se ha dado por la vía de "reglamentos". Los reglamentos son normas de alcance general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 189, TCEE).

14. Algunos reglamentos de la Comunidad obligan a los Estados miembros a adoptar "todas las medidas apropiadas" a fin de sancionar las conductas contrarias a las disposiciones que contiene²¹. Los Estados miembros tienen absoluta libertad en la elección de los mecanismos internos puestos al servicio de la Comunidad para asegurar la eficacia de sus normas. Esos instrumentos pueden ser o no de índole penal.

15. Otros reglamentos imponen a los Estados la obligación de sancionar leyes penales para proteger algún interés que se considera esencial. Es el caso del "Reglamento sobre la manufactura ilícita de drogas y narcóticos"²², cuyo artículo 8º obliga a los Estados miembros a imponer penas que sean "suficientes" para compeler al efectivo cumplimiento de sus previsiones.

16. ¿Cuándo serán estas penas suficientes? El TJCE en "Hansen", al pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho comunitario de un régimen de responsabilidad penal objetiva por el que se sanciona la violación del Reglamento nro.

¹⁹ Por ejemplo la política de competencia.

²⁰ Tema por demás espinoso si se pretende respetar a ultranza los principios de efecto directo, aplicación directa y primacía de las normas comunitarias.

²¹ Así, el artículo 29 del Reglamento 1619-68 del Consejo del 15-X-1968 relativo al comercio intracomunitario de huevos que dispone que: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de sancionar las infracciones a las disposiciones de este reglamento" (M. Bigay "L'application des règlements communitaires en Droit penal français", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1971, p. 54).

²² Reglamento 3671/90, DOCE 1990, L 357/1.

543/49 del Consejo, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, precisó el alcance de las obligaciones de sancionar la violación de los reglamentos comunitarios que pesa sobre los Estados miembros. Declaró entonces que "cuando un reglamento comunitario no contiene ninguna disposición específica por la que se prevea una sanción en caso de violación del mismo o cuando, en este punto, reenvíe a disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas nacionales, el artículo 5º del T.CEE impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance de la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, los Estados miembros, aunque conservan la libertad de decidir las sanciones, deberán, no obstante, procurar que las violaciones del Derecho comunitario se sancionen de acuerdo con unas condiciones de fondo y de procedimiento que sean análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y, en cualquier caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio"²³.

17. Se ha experimentado la integración de las normas comunitarias en el ordenamiento penal interno por el sistema de remisión (*par référence*). Esta solución aparece como la más respetuosa del sistema de las fuentes del Derecho comunitario, ya que permite al reglamento conservar "sus caracteres de autoridad superior a la ley", pero suscita algunas objeciones respecto, por ejemplo, del principio de legalidad. Un ejemplo es, en Francia, el decreto 62-1435 del 26 de noviembre de 1962 en materia de transportes. Su artículo 4º castiga con multa de 200 a 1.000 francos franceses "a los transportistas que no se adecuen a las disposiciones de los artículos 6º, 8º y 9º del Reglamento nro. 11 del 27 de junio de 1960 de la Comunidad". La remisión que realiza esta ley penal "en blanco" es un reglamento de la Comunidad. Reglamento que, como vimos, tiene primacía por sobre la ley interna y algunos de los caracteres de una "ley" (su obligatoriedad y su alcance general), y puede ser modificado, una y otra vez, por el Consejo CEE con el logro de las mayorías establecidas en el Tratado. Pero importante es recordar que el Consejo, único legis-

²³ TJCE, As. 326/88 "Hansen", del 10-VII-1990. Véase al respecto, Jean Victor Louis "El ordenamiento Jurídico Comunitario", Comisión de las Comunidades Europeas, 1991, pp. 202 y 203.

lador comunitario hasta el TUE y co-legislador con el Parlamento desde entonces, se integra con ministros de los Ejecutivos de los Estados miembros, por lo que estas normas supranacionales que desplazan a las propias leyes internas, no emanan de los representantes de los pueblos de Europa.

18. A diferencia de los reglamentos, las "directivas" comunitarias son normas que obligan a los Estados destinatarios en cuanto al resultado que deba obtenerse, dejándoles sin embargo, la libre elección de la forma y de los medios para alcanzarlo (art. 189, T.CEE). Por ello, difícilmente uno encuentre sanciones incluidas en las directivas, aunque sí existen fórmulas como las vistas para los reglamentos que obligan a los Estados miembros a legislar penas suficientes para compeler a su efectivo cumplimiento por los particulares²⁴.

19. Ahora bien, esa libertad en la elección de "la forma y de los medios" no es total. En primer lugar, la directiva fija un lapso al Estado destinatario para su desarrollo. Si el Estado no la desarrolla en tiempo y la directiva es clara y precisa y no deja margen de apreciación al legislador nacional, adquiere efectos directos al vencimiento del plazo fijado. Además el Estado infractor se expone al procedimiento de incumplimiento que inicia la Comisión y que puede dar lugar a sentencias declarativas del Tribunal en dicho sentido. En segundo lugar, las normas de desarrollo deben ser respetuosas de los Derechos internos, claras y precisas y publicadas de manera que sus destinatarios conozcan los derechos y obligaciones que de ellas emanan²⁵.

20. A la hora de legislar en determinado sector, no es lo mismo elegir entre "directivas" o "reglamentos". La directiva es el instrumento ideal de armonización y se la utiliza en áreas en las que las posibilidades de regulación nacional o interna son amplias. El reglamento, en cambio, es el instrumento preferido para unificar o uniformar la legislación y se lo utiliza en materias de competencia comunitaria exclusiva o compartida, especialmente en las de larga tradición comunitaria (agricultura, transporte, política comercial común, etc.).

²⁴ Proyecto de Directiva de "Lavado de Dinero", artículo 13, DOCE 1990 C 166/6 y Directiva 91/306 de "Lavado de Dinero" aprobada por el Consejo, que recoge la misma fórmula; DOCE 1991 L 166/77. Véase este y otros ejemplos en Sevener "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review* 29-30, 1992, p. 34.

²⁵ Sentencias 96 y 97/91, "Comisión o/Holanda".

21. La incidencia de la norma comunitaria en el ordenamiento interno ha modificado también el sistema de fuentes del Derecho penal. La adhesión a las comunidades implica la asunción del "acervo comunitario" (*acquis communautaire*), es decir del conjunto entero del plexo normativo conformado por el Derecho primario y el derivado. La "ley", consagrada como única fuente del derecho penal en los sistemas de Derecho continental, es a veces reemplazada o limitada no sólo por las disposiciones de los tratados (que fueron ratificadas por todos los Estados miembros), sino también por reglamentos o por directivas que también integran el acervo comunitario y que no requieren ratificación interna (en rigor la excluyen), y que además son de dudosa legitimidad democrática en virtud de su órgano emisor (el Consejo, órgano intergubernamental integrado por representantes de los Ejecutivos de los Estados miembros); o la Comisión (Ejecutivo comunitario, sin representatividad popular). Estas normas pueden interferir, veremos enseguida cómo, en áreas protegidas o relevadas por el Derecho penal de los Estados comunitarios.

C) *Algunos ejemplos de sentencias del tribunal relacionadas con procedimientos penales internos:*

22. Una gran cantidad de fallos del tribunal, especialmente los dictados a pedido de los jueces nacionales en consulta de interpretación de la norma comunitaria por el procedimiento del recurso de prejudicialidad²⁶, ilustran sobre la influencia del ordenamiento supranacional sobre el penal interno²⁷. Como el sistema jurídico comunitario es fuente de derechos y obligaciones no sólo para los Estados firmantes sino también para sus ciudadanos, es posible para un particular ampararse en un reglamento comunitario o en una directiva

²⁶ Artículo 177 del T.CEE. La consulta es obligatoria cuando la decisión del tribunal interno no es susceptible de ulterior recurso y siempre posible cuando, aun admitiendo recurso, el juez estime necesaria una decisión del Tribunal europeo para emitir su fallo.

²⁷ Sevenater, *op. cit.* [nota 24] ps. 38 y 39, clasifica esta influencia en "negativa" cuando un Estado debe abandonar parte de su derecho penal porque entra en conflicto con el comunitario; e influencia "positiva" cuando la norma comunitaria impone la obligación de activar los mecanismos penales internos. En ambos casos, sostiene la autora, puede hablarse de limitaciones a la soberanía de los Estados miembros, tanto en materia penal sustantiva como adjetiva.

que tenga características de directamente aplicable²⁸ cuando es juzgado por una ley que colisiona con aquéllas y acudir al Tribunal de las Comunidades solicitando al juez interno que abra el incidente de prejudicialidad.

Veamos algunos casos que han afectado dos de los pilares de la Comunidad: sus libertades de circulación de personas y bienes.

22. a) *Afectación por normas penales internas de la Libre circulación de Mercancías:*

22. a.1) *Caso "Gilli y Andres" o del vinagre italiano*²⁹: La denominación "vinagre" estaba sólo reservada por una ley italiana de 1964 a productos obtenidos de la fermentación ácida de los vinos. Por lo tanto, para Italia sólo era "vinagre" el vinagre de vino. La ley era aplicable tanto a los productos nacionales como a los importados, y su infracción acarrea sanciones penales de multa y de prisión de hasta tres años. Herbert Gilli era un importador de productos alimenticios de la provincia italiana de Bolzano, y Paul Andres, un comerciante residente en la misma provincia. En un proceso penal seguido por infracción a la ley indicada, se les reprochaba la puesta en circulación para la venta de vinagres de origen alemán obtenidos a partir de la fermentación de semillas y no del vino. Gilli se defendió invocando el artículo 30 del T.CEE que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente, argumentando que la ley penal italiana constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación, es decir una reglamentación nacional susceptible de obstaculizar los intercambios comunitarios³⁰. El gobierno italiano defendía y justificaba su ley con argumentos excepcionantes del principio de la libre circulación de bienes y servicios³¹, como la defensa de los consumidores (cuyas expectativas se venían defraudadas

²⁸ Me refiero a las directivas que contengan obligaciones claras, precisas e incondicionadas y que no hayan sido desarrolladas en tiempo por el Estado parte. Un país miembro no puede invocar como argumento en contra del proceso su propia falta en el desarrollo oportuno de la norma comunitaria.

²⁹ TJCE, As. 788/79, "Gilli", Rec. 1980-3, p. 2071.

³⁰ Para el concepto de MEE y otros, véase mi artículo, en colaboración con Juan Domicelli, "La libre circulación de mercancías en la CEE", en *L.L.*, t. 1992-D, pp. 1275 y sigs.

³¹ Evocadas en el artículo 36 del T.CEE.

si se les vendía un vinagre distinto al que estaban habituales; la protección de la salud pública (por el carácter nocivo de productos con contenido de ácido acético no derivado del vino) y la lealtad de las transacciones comerciales. El tribunal penal de Bolzano acudió al TJCE por la vía incidental del recurso de prejudicialidad para saber si la prohibición que contenía la ley penal constituía o no una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente en los términos del artículo 30 del T.CEE, y por lo tanto, era contraria al principio liminar de la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario. El Tribunal dijo en su sentencia que "en ausencia de reglamentación comunitaria acerca de la producción o comercialización de un producto, los Estados miembros pueden regular en sus territorios todo lo que concierne a su producción, distribución o comercialización, con la condición de que sus reglamentaciones no constituyan obstáculo directo o indirecto, actual o potencial, al comercio intracomunitario"²². Consideró que el vinagre obtenido a partir de semillas no era nocivo para la salud y que, mientras en su etiqueta se explicara suficientemente su origen, no se confundiría a los consumidores. Así, en el caso, ni la protección de la salud pública, ni la defensa de los consumidores ni la lealtad de las transacciones comerciales justificaban una restricción a la libre circulación del producto. No dijo el Tribunal qué debía hacer Italia con su ley, pero esta sentencia le impuso al juez de Bolzano la interpretación que debía hacer, que, por imperio del principio de la primacía de la ley comunitaria sobre la nacional, dejaba inaplicada la ley penal italiana y a Italia con la obligación de hacer lo necesario para adaptar su legislación a esta interpretación so pena de quedar expuesta a una declaración de incumplimiento.

22. a.2) Caso "Henn y Darby" o de las películas y revistas obscenas:²³ Los demandados estaban acusados de estar "implicados a sabiendas en la fraudulenta evasión de la prohibición de importación de objetos indecentes u obscenos" en violación a las leyes inglesas. Habían importado una cantidad

²² Se repite la definición de "Medida de Efecto Equivalente" (MEE) dada por el Tribunal en el asunto "Procurador del Rey o Dassonville". Sobre este y otras temas véase mi trabajo en colaboración con Juan Díezell "La libre circulación..." citado [nota 20].

²³ TJCE, As. 34/79, "Regina o/Henn y Darby" del 14-XII-1979, Rec. 3975.

de cajas conteniendo películas obscenas y revistas a Inglaterra y Dinamarca desde Holanda. Existen restricciones a la importación de estos artículos en el Reino Unido. Así, cualquier artículo indecente u obsceno es susceptible de ser requisado y destruido al llegar a su territorio, y cualquiera que fraudulentamente intente introducirlos es pasible de ser sometido a proceso penal y condenado por un delito. La cuestión era saber si esta ley era contraria al artículo 30 y si era una violación justificada al amparo de la protección legítima de la moralidad pública excepción a la libre circulación de mercancías admitida por el artículo 36 del T.CEE. El Tribunal dijo que, en principio, corresponde a cada uno de los Estados definir y determinar sus propios estándares de moralidad y cada Estado tiene derecho a imponer restricciones a las importaciones justificadas por la protección de la moralidad pública en su territorio, por lo que no prosperó la defensa de los acusados y se consideró a la ley inglesa como una restricción justificada a la LCM en el espacio comunitario.

22. a.3) *No sucedió lo mismo en el asunto "Congate" o de las muñecas inflables*²⁴, en el que el Reino Unido alegó también razones de moralidad pública para impedir la introducción a su territorio de muñecas inflables fabricadas en Alemania. Conforme el artículo 40 de la *Customs Act* de 1876 (misma ley que la utilizada en el caso anterior) se consideraba que dichos objetos eran obscenos, por lo que se decomisó el embarque. Pero resultó que las muñecas inflables también se fabricaban y comercializaban en el Reino Unido, sujetas a una serie de condicionamientos. El TJCE dijo en su sentencia que "un Estado miembro no puede invocar razones de moralidad pública, con arreglo al artículo 36 del Tratado, para sujetar la importación de determinadas mercancías a una prohibición alegando que son indecentes u obscenas, cuando esas mismas mercancías pueden fabricarse libremente en su territorio y cuando su comercialización está sometida únicamente a una prohibición absoluta de envío por correo, a una restricción relativa a su exhibición en público y, en determinadas regiones, a un régimen de autorización de las tiendas habilitadas para vender estas mercancías a clientes de 18 años o más.

Lo que el Tribunal intenta en todos los casos es preservar el principio de la libre circulación de mercancías dentro del espacio comunitario, evitando medidas de tinte proteccio-

²⁴ TJCE, As. 121/86, "Congate o HM Customs".

nista adoptadas por los Estados miembros que producirían un parcelamiento del territorio comunitario, efecto exactamente opuesto al que persiguen los tratados.

22. b) *Casos en que las leyes penales internas colisionaron con el principio de la libre circulación de personas en el espacio comunitario:*

22. b.1) *Caso "Cowan" o del derecho a la compensación de un turista tras un abuso:*³⁵

La "Comisión Francesa de indemnización de las víctimas de un delito" sometió al Tribunal, por la vía del incidente de prejudicialidad, esta cuestión que tenía que ver con el derecho del reclamante Sr. Cowan, ciudadano inglés, de obtener una compensación por el daño físico resultante de un atraco violento que había sufrido en París a la salida de una estación de metro. El rechazo de la petición del reclamante se basó en que no cumplía con las condiciones de legitimación activa que dispone el artículo 706/15 del Código de Procedimientos Penal francés para poder ser compensado: o bien disponer de un permiso de residencia o bien ser nacional de un país que hubiere concluido un acuerdo de reciprocidad con Francia. El Tribunal Comunitario consideró a esta ley nacional incompatible con el artículo 7º del Tratado CEE que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad y que impone a los Estados miembros la obligación de tratar a los ciudadanos de cualquier país comunitario de manera igual a los nacionales del país anfitrión. Así, aunque en principio, la legislación penal y las reglas de procedimiento criminal, en las que la cuestión estaba enmarcada, son de jurisdicción de los Estados miembros, el Derecho comunitario limita esa jurisdicción con el efecto de que esas disposiciones no pueden resultar en una discriminación prohibida por los tratados o por la legislación derivada de ellos.

22. b.2) *Caso "Bonsignore" o del test de conducta personal:*³⁶

El Sr. Bonsignore, ciudadano italiano residente en la República Federal Alemana, accidentalmente dio muerte de un tiro a su hermano debido al descuido en el manejo de un arma de fuego. Fue hallado culpable de homicidio culposo pero

³⁵ TJCE, As. 186/87, "Ian Williams Cowan c/el Tesoro" del 2-II-1989.

³⁶ TJCE, As. 61/74, "Bonsignore c/Oberstadtdirektor Köln", del 26-II-1975, Rec. 297.

al tribunal alemán le impuso sólo una pequeña multa por la posesión ilegal del arma de fuego. Por razones preventivo-generales, en orden a impedir que otros extranjeros cometieran faltas similares, se ordenó su deportación. A pedido de la defensa se preguntó al TJCE, siempre por la vía del incidente de prejudicialidad, si una medida tal era compatible con el Derecho comunitario, especialmente con los artículos 48 y 56 del T.CEE que consagran la libre circulación de los trabajadores y las excepciones a la misma fundadas en razones de orden, seguridad y salud públicas. El Tribunal dijo que las excepciones al fundamental principio de la libre circulación de personas deben ser interpretadas restrictivamente, y no sólo consideró la ley penal cuestionada incompatible con las normas comunitarias sino que impuso a los tribunales alemanes algunos criterios de interpretación de sus propias leyes para adaptarlas a las comunitarias. Así, dijo el Tribunal que según el artículo 3º de la Directiva 64/221, las medidas tomadas en base al orden público o a la seguridad pública deben fundarse exclusivamente en la conducta personal del individuo en cuestión, por lo que la deportación no puede ser impuesta por razones de naturaleza preventivo general, o sea en consideración a otros.

D) De los "delitos" propiamente comunitarios:

23. Saliendo ya del análisis de la forma indirecta en la que el Derecho comunitario incide en el orden jurídico penal interno y lo condiciona, mostraremos algunas situaciones que van llevando a la Comunidad a plantearse seriamente la necesidad de crear tipos penales comunitarios que abarquen el catálogo de conductas que afectan directamente bienes jurídicos supranacionales y que socavan las bases mismas de la Comunidad.

24. Un grupo de hechos que se han venido verificando y que se multiplican día a día son los fraudes específicos en la administración de los fondos comunitarios (apropiaciones, desvíos). Su crecimiento se debe a la multiplicación de los fondos estructurales administrados por la Comisión y que utiliza la Comunidad para su política de cohesión (eliminación de las disparidades entre las regiones ricas y las pobres) y a la intervención en economías de signo muy dispar y con hábitos y estructuras no siempre transparentes. Desde hace tiempo se viene reclamando por un sistema autónomo de san-

ciones específicas para estos casos, y ciertamente ha habido algunos esfuerzos, no exitosos, en dicho sentido³⁷. Algunos autores³⁸ sostienen que, como en la mayoría de los Estados miembros el sujeto pasivo de los delitos económicos (fraude fiscal, obtención ilegal de subsidios, desgravaciones) es el propio Estado a través de sus distintas administraciones (v.g. arts. 349 y 350 del Código Penal español en el título de los delitos contra la hacienda pública) y los fondos son cedidos por la CEE a aquéllos para su aplicación, su mala gestión afecta al mismo Estado y puede, por tanto, ser perseguible por las leyes internas. Otros, reclaman la sanción de un código penal tipo para Europa en el que se incluya la figura del fraude en la administración de los fondos comunitarios.

25. También se reclama o un sistema comunitario de sanciones penales³⁹, o una extensión de los nacionales al comunitario⁴⁰, para prevenir o castigar conductas de los funcionarios comunitarios en el ejercicio de su función, como el cohecho activo y pasivo, la violación del secreto profesional y la malversación.

26. Asimismo, se discuten mecanismos de acción para castigar el contrabando comunitario⁴¹. Al desaparecer las fronteras interiores con la puesta en vigencia del mercado interior a principios de 1993, las mercancías que ingresan de terceros países o egresan de cualquier país comunitario, lo

³⁷ Proyecto de Tratado que la Comisión transmitió al Consejo sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios (DOCE C 222, del 22-IX-76). Se prevé un sistema de "coordinación" en materia de sanciones penales para el principio de territorialidad y la ausencia de competencias comunitarias propiamente penales supuso un importante obstáculo.

³⁸ Ver sobre el tema Arroyo Zapater, *Delitos contra la Hacienda Pública en Materia de Subvenciones*, 1987; Grassi, "La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea", *Rev. Trim. Dir. Penal dell'Economia*, 1983, 373; Vila Costas op. cit., p. 815; Tiedemann, K. "La grande dans le domaine des subventions: Criminologie et politique criminelle", *Revue du droit penal et de criminologie*, vol. 56 (1975-6), p. 129 y sigs.

³⁹ A ello se dirige el fallido "Protocolo sobre la responsabilidad y la protección en materia penal de los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas" (DOCE, num C-222 del 22-IX-76). Véase Vila Costa, op. cit., p. 816.

⁴⁰ Así Mertens de Wilmars, "L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales e les particuliers", *CDE*, (1981), p. 3945.

hacen hacia o desde "la Comunidad", por lo que cualquier violación a las normas comunitarias aduaneras afecta a la economía comunitaria. Recordemos que el presupuesto comunitario se nutre, en buena medida, de los fondos obtenidos por la aplicación del Arancel Aduanero Externo Común (AAEC).

E) Armonización, disparidades, problemas:

27. Pueden existir diferencias entre la legislación penal de los Estados miembros (disparidades) que de alguna manera obstaculicen la vigencia de las normas comunitarias y su efectividad y que son sólo eliminables mediante la armonización. Las disparidades en la legislación penal pueden causar, por ejemplo, distorsiones en el régimen de competencia comunitaria, al coexistir Estados que son más estrictos en su legislación con otros que lo son menos. El artículo 101 del T.CEE prevé un sistema de consultas entre Estados cuando la Comisión constata divergencias en las legislaciones que pueden falsear las condiciones de competencia en el mercado común y provoca distorsiones que es preciso eliminar. Ante ello se sugiere a los Estados miembros su eliminación o el Consejo adopta directivas armonizadoras.

28. La finalidad del sistema es eliminar, en todo lo posible, las distorsiones de la competencia y, con iguales condiciones para todos, que el mercado haga el resto. El problema es si en el marco del Derecho penal, las soluciones del mercado son las mejores⁴¹. Así, el Estado con una legislación más permisiva, en materia medioambiental por ejemplo⁴², atraerá más industrias a su territorio que otros. Por el contrario, un Estado con una legislación penal más represiva y estricta puede provocar una salida de su territorio de empresas en busca de condiciones más ventajosas; o, lo que es aún más inquietante, si la severidad en la represión se constata en todo el espacio comunitario, provocar la radicación de las empre-

⁴¹ "Lineamientos para el estudio de la armonización de sanciones por infracciones al Derecho aduanero comunitario", Comisión de las Comunidades, DOCE, 1990, C 193/8.

⁴² *Sevener, op. cit.* [nota 24], p. 54.

⁴³ Estas ideas pueden surgir particularmente en el campo del Derecho penal económico. En materias como drogas, armas, terrorismo y otros delitos graves, es dable esperar que todos los Estados adoptarán la legislación más severa posible.

sas fuera de la Comunidad. Por el momento, lo que se pretende es armonizar allí donde se constaten las disparidades más relevantes.

29. Puede que la armonización de la legislación interna con la comunitaria se produzca de manera "espontánea", es decir que un Estado miembro, para no quedar en desventaja competitiva con otro, adapte su legislación interna, incluso la represiva, a los parámetros que fija la Comunidad. Piénsese de nuevo en materia de Derecho ambiental o de protección al consumidor.

30. No son menores los problemas en cuanto a la disparidad en las legislaciones respecto a los criterios de aplicación de las leyes penales en el espacio. Algunos Estados suman al principio de la territorialidad el de la personalidad activa, por ejemplo. Así los transportistas holandeses pueden ser penados, a su regreso a Holanda, por delitos cometidos en algún otro Estado comunitario, lo que, en términos de competencia, significa también una distorsión⁴⁴.

31. No parece cercana una armonización del Derecho penal europeo. Los dos borradores de tratado, que datan de 1976 y 1977⁴⁵, pensados sobre todo para combatir el fraude comunitario, están todavía pendientes de aprobación por el Consejo. Se pretende con ellos codificar los principios de asimilación (la protección contra las infracciones al Derecho comunitario debe ser la misma que la que se ofrece contra las de Derecho interno) y el principio de "territorialidad comunitario" (según el cual el Estado que ejercita la acción penal debe considerar un delito cometido en otro Estado miembro como cometido en el propio).

F) 1993: El mercado interior y Maastricht. Perspectivas.

32. Luego del despliegue de una furiosa actividad de armonización y de eliminación, uno a uno, de los obstáculos físicos, técnicos y fiscales, el "mercado interior" comunitario, principal objetivo del Acta Unica Europea de 1987, está vigente desde el 1º de enero de 1993. Ello significa que, a partir de entonces, la Comunidad es un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas,

⁴⁴ Ejemplo recogido de Sevenster, *op. cit.*, [nota 24] p. 56.

⁴⁵ DOCE 1976, C 2222.

servicios y capitales está garantizada según las disposiciones del T.CEE.⁴⁶

33. Las divergencias legislativas existentes se hacen desde entonces más visibles, y si todos y todo puede moverse libremente, se ofrecen a los europeos oportunidades de involucrarse en actividades muy distintas a los fines que las cuatro libertades que persiguen. Digamos, por ejemplo, la de cometer un delito en un país distinto al propio para escapar a una legislación interna más severa. Y no imaginamos nada. Un acusado de robar un banco en Holanda declaró que eligió ese país para cometer un delito "porque allí las penas son muy leves". Esta singular "confesión" llevó a un miembro del Parlamento Europeo a preguntar a la Comisión "si no sería necesario considerar seriamente la armonización de la legislación penal y mejorar los procedimientos de extradición en la Comunidad"⁴⁷.

34. El ya vigente Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, dedica su Título VI a las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior" (arts. K. 1ª al K. 9ª). En ellos se enumeran algunos "ámbitos de interés común", entre los que se encuentran la lucha contra la toxicomanía y contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia penal, la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, en los que los Estados parte se informarán y consultarán "con objeto de coordinar su acción". Hasta ahora sólo existía intergubernamentalismo en estas materias y no siempre "a Doce". El Tratado habilita la "comunitarización" de esta acción, concediéndole al Consejo la facultad de coordinarla mediante el dictado de normas en esos ámbitos por unanimidad o por mayoría según los casos. Pero hasta ahora todo se plantea en términos de cooperación y no se habla de cesión.

35. A la cada día más evidente necesidad de armonizar, se le oponen argumentos de tipo político y de tipo ideológico. Respecto de los primeros el principal es, como siempre, la cesión de soberanía nacional al sistema supranacional en áreas

⁴⁶ Artículo 8º A, último párrafo, introducido por el artículo 13 del AUE.

⁴⁷ Pregunta escrita 765/86, DOCE 1987, C 72/13.

por demás sensibles. Creo que Europa ha superado repetidas veces esta objeción en estos cuarenta años. Por lo demás, como hemos visto, la soberanía en materia penal, si bien no perdida está severamente limitada.

36. Respecto de los argumentos de tipo ideológico contrarios a la armonización, se sostiene, por ejemplo, que las diferencias en el Derecho penal de los diferentes Estados están justificadas y son necesarias por las diferencias ideológicas y culturales que presentan. Así, un mercado unificado como el de los EE.UU. exhibe diferencias entre las leyes penales de los estados miembros de la Unión. A esta objeción puede responderse que en los EE.UU. también existe un Código Penal Federal, por lo que las dos situaciones no son comparables. Además, habría que verificar si en materia penal económica realmente existen diferencias entre la legislación federal y la local y, si existieran, si éstas pueden conducir a abusos en materia de competencia⁴⁸.

39. Digamos, para finalizar este comentario sobre la experiencia europea, que a medida que la integración se profundiza, la necesidad de armonizar todo, incluso lo penal, aumenta. Pero repetimos, por fundamental, que no se plantea la armonización de todo el Derecho penal, empresa innecesaria y por demás difícil⁴⁹, sino la necesidad de armonizar las leyes penales allí donde colisionen o impidan la plena vigencia de las normas comunitarias. Es bastante claro que, conforme la Comunidad adquiere más y más competencias, a veces de ejercicio exclusivo, el ámbito de actuación interna es menor, y también la soberanía de los Estados para tipificar y sancionar penalmente conductas vinculadas o referidas a áreas de influencia comunitaria.

II. DERECHO PENAL Y MERCOSUR

1. Hemos resumido hasta aquí los aspectos que consideramos más relevantes de la experiencia integradora europea

⁴⁸ Sevenster, *op. cit.*, [nota 24], p. 64.

⁴⁹ Recuerde el lector que coexisten en el espacio comunitario sistemas jurídicos bien distintos como el *Common Law* y el Derecho Continental, más de una decena de lenguas diferentes, tradiciones y culturas muy poco similares.

examinada desde el prisma del Derecho penal. Analicemos ahora el tema desde la perspectiva de nuestro Mercosur.

2. El Tratado de Asunción (en adelante T.A.) no ha creado una estructura supranacional. No existen atribuciones soberanas cedidas o transferidas a la competencia de las instituciones, de tipo intergubernamental, que pilotean el proceso.

3. Ya hemos dicho⁶⁰ que, conforme lo sostiene la doctrina más autorizada, no es posible concebir un sistema de integración, en los niveles en los que la T.A. plantea, sin una estructura supranacional y sin cesión de soberanías a la misma⁶¹. Es que, para regular toda la compleja materia que abarca la integración económica, es preciso adoptar millares de normas y decisiones, muchas veces en contra del interés de alguno de los Estados parte. Si se somete la aprobación de cada una de ellas a los procesos sancionatorios de los países miembros, la experiencia se ve condenada al fracaso. Por otro lado, se paraliza al sistema si se exige la unanimidad en todas las decisiones como lo hace nuestro T.A. y como alguna vez se exigió en la CEE. Ello, porque como dijimos, muchas veces el interés superior, que encarna el ideal integrador, colisiona con el interés particular de uno de los países integrantes que puede vetar a su antojo cualquier medida.

4. Creo, con otros, que la cesión o transferencia de soberanías no puede realizarse sin una habilitación constitucional expresa⁶².

5. Pero mientras se deciden estos puntos fundamentales, y si es que se puede avanzar algo sin definirlos, será preciso delinear la estructura institucional definitiva que dirigirá y desarrollará el proceso; definir sus atribuciones específicas; el sistema de adopción de decisiones y la tipología de ellas y los efectos que desplegarán en el espacio comunitario, según lo dispone el artículo 18 del T.A.⁶³

⁶⁰ Véase mi trabajo "Los procesos de integración subregional del Cono-Sur y su déficit institucional. La experiencia de las comunidades europeas", en E.D., 151-623.

⁶¹ Ver, por todos, Nicolás Catalano y Ricardo Scarpa, *Principios de Derecho Comunitario*, Temes, 1988, p. 28.

⁶² Los "Doce" países integrantes de la CEE han reformado, antes o después de su incorporación sus textos constitucionales, permitiendo la transferencia en el ejercicio de soberanías o la directa cesión de las mismas a organismos de tipo internacional. Sostienen la necesidad de la reforma de la Const. Nac. argentina, entre otros, Vanossi y Elmskédjian.

⁶³ Me parece que no puede encararse semejante tarea sin una defini-

6. Cuando ello se complete veremos con claridad, o por lo menos es deseable que así sea, la incidencia que las normas comunitarias tendrán sobre las legislaciones de los Estados parte, las soluciones posibles en casos de conflicto entre normas internas y comunitarias y las instancias puestas al servicio del esquema para resolverlas. Hasta que se definan estos aspectos fundamentales sólo podremos combinar, con mayor o menor éxito, expresiones de deseos con algo de futurología.

7. Por el artículo 1º se crea un Mercado Común del Sur "que deberá estar conformado para el 31 de diciembre de 1994". El Mercado Común implica, tal como lo reconoce el mismo artículo, la libre circulación de los factores de producción, la eliminación de los derechos aduaneros y las restricciones arancelarias a la libre circulación de mercancías, el establecimiento de un arancel aduanero externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales más esenciales para el sistema (de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, cambiaria, monetaria, de transportes, etc.) a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia, y el *compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso*. Sí, tal como en Europa.

8. ¿Será todo ello para el 31 de diciembre de 1994? El texto del artículo 1º no deja muchas dudas. "Conformar" significa "formar", dar forma a una cosa; particularmente "adaptar", dar a un objeto su propia forma para que se adapte a otra cosa²⁴. Así, para esa fecha, en verdad la fecha es lo menos importante, la estructura que implique la consagración de todos los aspectos señalados deberá estar "formada". Alcanzar este objetivo, a un año vista, parece poco probable. Los plazos seguramente se ampliarán, y es de esperar que frente a fracasos transitorios, a los que habrá que acostumbrarse en una empresa tan compleja como la que se emprenden

ción sobre lo anterior. Es que la estructura definitiva del sistema deberá decidirse a partir de que decidamos si realmente queremos un mercado común o un sistema de integración más modesto en sus pretensiones (como una zona de libre comercio o una unión aduanera) y la gestión de atribuciones soberanas a una superestructura que las administre, previa habilitación constitucional.

²⁴ Diccionario del uso del español de María Moliner, Gredos, 1991, p. 720.

de, el ímpetu de nuestros países, su compromiso y las esperanzas depositadas en la improbable tarea, no decaigan, palidezcan o desaparezcan.

9. Veamos qué pueden, a nuestro criterio, hacer los penalistas en aras de colaborar con este sueño integrador, cuya necesidad pocos discuten. El Mercosur necesita consolidarse para que nuestros países se inserten en el mundo, no ya futuro sino actual, en condiciones aceptables de competencia.

10. Armonizar, es una de las palabras clave. A medida que el "tren" de la integración vaya adquiriendo velocidad, la estructura que se proyecte, cualquiera sea su forma, adquirirá cada vez mayores competencias, conforme lo señala la experiencia comunitaria europea. Y ello, cuando se integra "desde" lo económico, es indiscutible por los efectos que tiene la economía sobre todo lo demás. Pero, tal como lo venimos sosteniendo, no se trata de armonizar "todo" el sistema penal en los Estados parte, sino de individualizar y atacar las diferencias concretas que se vayan detectando y puedan afectar el normal desenvolvimiento del Mercado Común.

11. Parece más prudente prepararse, antes que esperar que las exigencias de la propia evolución del proceso indiquen la necesidad de tomar apuradas medidas urgentes.

12. Mientras se consagra en el Tratado un instrumento de armonización apto y el sistema se pone en marcha, podemos ocuparnos de relevar las asimetrías jurídico penales que puedan eventualmente obstaculizar el funcionamiento del Mercado Común y plantearnos estrategias de armonización de las mismas. Evidentemente entre las áreas más importantes en el campo del Derecho penal económico estarán la de la competencia, la del Derecho penal fiscal y la de los delitos aduaneros. Muchos de los trabajos presentados en estas Jornadas encaran esta importantísima tarea.

13. El T.A. habla de la necesidad de eliminar "cualquier otra medida de efecto equivalente" a restricciones arancelarias o no arancelarias (artículo 1º). Pero, a semejanza del T.CEE, tampoco el T.A. define qué es lo que debe entenderse por "medida de efecto equivalente". Seguramente, a la hora de definir esta expresión (¿será un tribunal del Mercosur quien lo haga?) se tendrá en cuenta lo que han adoptado el Tribunal y la Comisión de las Comunidades Europeas: "es toda medida de los Estados parte susceptible de entorpecer directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio

intracomunitario". Las leyes penales capaces de entorpecerlo u obstaculizarlo quedan incluidas en esta definición.

14. Nuestros países ya han asumido en el T.A., como vimos, el compromiso de armonizar las legislaciones en las "áreas pertinentes" para lograr el fortalecimiento del proceso. La evolución del sistema mostrará, en algún momento, que el Derecho penal, que hoy no es la prioridad para la construcción del Mercado Común, puede constituirse en un obstáculo a las libertades que el Tratado consagra o provocar serias perturbaciones en términos de competencia comunitaria.

15. Aunque la obligación de colaborar activamente y de no obstaculizar la acción de las instituciones, no está consagrada tan claramente como en el artículo 5º del T.CEE, el T.A. funda la Comunidad en el principio de "reciprocidad" de derechos y obligaciones entre los Estados parte. Volvamos por un momento a las Comunidades Europeas y recordemos que el TJCE dijo en "Costa-Enel", donde se consagra el principio de primacía, que "el tenor literal y el espíritu del Tratado" tienen por corolario "la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, en contra de un ordenamiento jurídico aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que, por consiguiente, no se puede oponer a dicho ordenamiento". El artículo 2º del T.A. puede ser una buena base para la consagración entre nosotros de la primacía de las normas comunitarias sobre las internas, si es que no recibe una consagración expresa en su texto.

16. Pero veamos qué instrumentos tenemos por ahora consagrados en el T.A. para el llamado "período transitorio". El Grupo Mercado Común es el encargado de "velar por el cumplimiento del Tratado" aunque no se lo dota de ningún mecanismo disuasorio o potestad sancionatoria para el caso de que los Estados lo incumplan. Conforme lo marca la estructura actual, le corresponderá también al Grupo Mercado Común fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común (art. 13, T.A.) y al Consejo implementarlo por medio de "decisiones" (art. 10, T.A.), cuyo alcance y efectos no se explicitan.

17. Creemos necesaria una activa participación de los penalistas en los estudios que están realizando los diferentes Subgrupos de Trabajo dependientes del Grupo Mercado Común (merced a los acuerdos de Las Leñas del 22 de mayo de 1992) para relevar asimetrías y armonizar legislaciones en

los sectores señalados, con el fin de presentar propuestas concretas al Grupo para su elevación al Consejo.

18. El desafío a la imaginación es muy grande y todo está por hacerse. Pero que empecemos a plantearnos los problemas que la integración plantea para principios fundamentales como los de legalidad y territorialidad, entre otros; o la necesidad de armonizar leyes penales relevantes para el Mercado Común en países con diferentes historias, culturas, ideologías y necesidades es, sin dudas, avanzar.