

## EL DERECHO (PROCESAL) PENAL EN EL PROCESO DE INTEGRACION EUROPEA

Prof. dr. J.A.E. Vervaele, Universidad de Utrecht, Holanda  
Catedrático de derecho penal económico y tributario.

### I. Introducción

El primer enfoque es el del rol y el de la posición del derecho represivo en general, y del derecho penal y penal procesal nacional en especial, en el proceso de integración europea. O sea vinculado al concepto de mercado común y de mercado interior sin fronteras.

El segundo enfoque será el de la cooperación internacional en materia penal, en relación con la Unión Europea.

Si el primer enfoque es comunitario, el segundo enfoque, como van a ver, es mucho más intergubernamental. Ya que en Europa también hay estas dos vías.

### II. Mercado Común y derecho penal

Ustedes tienen, al menos creo yo, desde la perspectiva de América Latina, la visión de que la integración europea está muy avanzada y que ésta ha sido y sigue siendo un camino que yo diría se impone, por lógica.

Eso es verdad y no es verdad. Es verdad porque, en los años 40, en Europa, se ha conseguido mucho. Pero debemos constatar que el derecho ha jugado en este proceso, en este proceso de integración europea, un papel preponderante, en inglés se dice *integration through law*, integración a través del derecho. Normalmente el derecho tiene un papel de instrumentalización de la política. En ese contexto de integración europea, el derecho ha sido y sigue siendo, el motor de la integración.

Está claro que el Tribunal de Justicia, la Corte de Justicia, ha sido el *conditio sine qua non* para todo eso. La supremacía, la aplicabilidad directa, la cooperación entre judicatura, europea y nacional, son los puntos fundamentales de la estructura constitucional del derecho comunitario.

Sin embargo, la integración europea es muy diferente del modelo federal de integración que conocemos, por ejemplo, en Estados Unidos. No por nada, muchos norteamericanos, han calificado al Mercado Común Europeo como un *bebé precoz*, que necesita una incubadora. Y la incubadora, por supuesto, es norteamericana. Hoy en día, en Norte América, ya son un poquito más prudentes y hablan de un *bebé*. Solamente. ¿Por qué hago esta comparación con los Estados Unidos? Porque esta comparación para el tema de hoy es bastante interesante.

En la comunidad europea, hay la tríada política, el poder legal, legislativo, el poder ejecutivo y el poder jurisdiccional a nivel europeo. Esto es muy importante. Pero también es muy importante ver que esta tríada política europea es una tríada política limitada. Limitada por los tratados, por los Tratados de Roma y de Maastricht. A diferencia de Estados Unidos, estos tratados no otorgan a las autoridades europeas, competencias en materia penal.

Al Mercado Común no le han otorgado ni la competencia legislativa penal, ni la ejecutiva penal, ni la jurisdiccional penal. A diferencia de Estados Unidos, en la Comunidad no hay legislación penal europea. No hay delitos comunitarios. No hay policía comunitaria. No hay un sistema judicial europeo y tampoco la Corte de Justicia tiene competencia para juzgar acusados de delitos. Todo eso no existe.

En Estados Unidos, la noción constitucional de comercio interior, *the commerce clause*, se puede comparar en el Mercado Común con el mercado común interior. Esta cláusula constitucional norteamericana ha servido en América como justificación para crear una competencia federal penal. No es así en el Mercado Común. Tenemos esta noción de comercio interior, de mercado interior, pero no ha servido para crear esta competencia a nivel europeo, a nivel comunitario.

Esto es todo lo negativo. Ahora voy a lo positivo.

Es muy importante tenerlo claro que en el Mercado Común Europeo, el deber de salvaguardar y aplicar de forma efectiva el derecho comunitario reside, principalmente, en los Estados Miembros. Quiero, por supuesto, decir que los Estados Miembros tienen que utilizar sus autoridades, sus derechos, incluido sus autoridades policiales, judiciales, jurisdiccionales penales y sus derechos penales, para hacer cumplir el derecho comunitario.

El hecho de que la Comunidad no sea competente directamente en materia penal, ha sido utilizado durante todo el proceso de integración europea, por los Estados Miembros para proclamar que la Comunidad tampoco es competente para interferir en lo que se llama la autonomía penal de los Estados Miembros.

Los Estados Miembros argumentaban que el juez nacional penal no puede plantear a la Corte de Justicia cuestiones prejudiciales por el hecho de que la autonomía de lo penal sobrevale. Los Estados Miembros argumentaron que las reglas de la procedura penal tienen primacía sobre el derecho comunitario, etc. Toda una serie de argumentos de los Estados Miembros para defender su autonomía penal.

Pese a ello, pese a esta argumentación de los Estados Miembros, la jurisprudencia de la Corte de Justicia es constante: en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, el derecho comunitario prevalece sobre un supuesto dominio reservado de competencia de los Estados Miembros. Por consiguiente, la eficacia del derecho comunitario no debe variar según el sector de derecho interno afectado en cada caso, sea derecho civil, sea administrativo, o sea penal.

Se podría decir que la influencia, el impacto del derecho comunitario no se para a la puerta del derecho penal. En otras palabras, el derecho procesal penal, el derecho penal, es la competencia de los Estados Miembros, esto sí, no es la competencia del Mercado Común, pero el derecho comunitario puede imponer ciertos requisitos, respecto a la interpretación y a la ejecución de dicha competencia, en el marco de la aplicación del derecho comunitario. No solo debe suspenderse la aplicación del derecho interno, en caso de conflicto con el derecho comunitario, a esto se le llama integración negativa, sino que además, el derecho comunitario impone ciertas exigencias a la reglamentación penal estatal. Esto es la integración positiva.

Ahora me gustaría ilustrar esta influencia, que es bastante masiva, bastante importante, del derecho comunitario sobre el derecho penal y penal procesal nacional, a través de una serie de enfoques.

El primer enfoque que quisiera desarrollar, es un enfoque a través de la vía jurisprudencial, es decir, los principios, muy importantes, que la Corte de Justicia ha elaborado para esta influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal. En su jurisprudencia la Corte ha dedicado muchísimos trabajos sobre la cuestión.

Pues si miramos esta vía jurisprudencial, tengo que, con toda la composición del tratado, hacer una diferencia entre la integración negativa y la integración positiva.

Empiezo por la integración negativa, y por supuesto voy a ser muy breve sobre eso. Piensen en las cuatro libertades: libre circulación de bienes, de personas, de capital y de servicios; los principios generales del derecho comunitario, que son fuente del derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad, por ejemplo. Tanto las cuatro libertades como los principios generales de derecho comunitario pueden tener como consecuencia que aspectos del derecho penal, procesal también, no pueden aplicarse en casos comunitarios.

Les decía que el juez penal nacional decide que en este caso el derecho comunitario impide la aplicación del derecho penal. Les voy a hablar de dos ejemplos que proceden directamente de la jurisprudencia de la Corte. Un ejemplo está vinculado con una de las cuatro libertades: la libre circulación de capital en el Mercado Común. Libre circulación, quiere decir que no hay obstáculos, que no hay impedimentos, que puede circular libremente en todo el Mercado Común.

Pues España, en un caso reciente, caso Bordesca, tenía en su legislación nacional, todavía, la obligación de cuando uno exporta una cierta cantidad de pesetas a otros estados del Mercado

Común, pedir una autorización, autorización que se puede negar. Cuando uno no pide la autorización, o la pide pero no la obtiene y exporta igualmente esta cantidad de dinero a otros países del Mercado Común, esta infracción está sancionada en España por el derecho penal nacional, quiere decir, está sancionada penalmente.

Pues, unas personas se vieron confrontados con procedimientos penales por haber exportado dinero a Francia. Estas personas dijeron: Pero, Señor Juez nosotros tenemos el derecho, derecho derivado del derecho comunitario, de exportar libremente capital. Entonces toda la cuestión es saber si el derecho comunitario, en este caso, prevalece sobre este sistema penal español nacional. Y la Corte decidió que exactamente, en este caso, la libre circulación es libre circulación en todas las circunstancias y que las autoridades ya no pueden intervenir con un sistema de licencia, autorización, etc, etc. Y tampoco, por supuesto, imponer sanciones ni sanciones civiles, ni administrativas ni tampoco penales, en caso de no cumplimiento de una obligación que ya no se puede imponer. El derecho penal tiene que ajustarse al derecho comunitario, lo que implica la no aplicación del derecho penal nacional en este caso.

Otro ejemplo, recogí ejemplos muy diferentes para dibujar la influencia del derecho comunitario. Es un ejemplo que tiene que ver con un principio general del derecho comunitario que está codificado, también, en el Tratado de Roma, el tratado del Mercado Común, el principio de no discriminación, basado en el principio de no discriminación de nacionalidad. Me refiero al caso Pastoors. Un reglamento comunitario prescribe medidas para la seguridad en materia de tráfico. Es un reglamento establecido específicamente para el tráfico de camiones. Entonces, obliga a los Estados Miembros y también a las compañías de camiones, de transporte, prever en los camiones un sistema de registración. Es un tacógrafo, que va dentro del camión, donde se puede ver la velocidad del camión y se puede ver cuanto tiempo el camionero, el chofer, no ha conducido, porque está obligado, por el derecho comunitario, a conducir 3 horas y descansar una hora.

Este reglamento obliga a los Estados Miembros a tomar medidas en materia de control, en materia de sanciones, sin decir nada más. Y se refiere al derecho interno, doméstico.

Pues un camionero alemán llega al puerto de Amberes, en Bélgica, y se ve confrontado con un control de la policía. La policía controla su tacógrafo y ve que el hombre ha conducido en muchos sitios, demasiado rápido, y ha pasado la velocidad máxima permitida para camiones y no se ha quedado en la autopista para descansar. La policía constata once infracciones.

Como estas infracciones en el derecho belga son infracciones penales, Bélgica ha decidido en su derecho interno que va a sancionar a este conductor a través del derecho penal. Hasta ahí no hay ningún problema. El problema es que el inculcado, el jefe del camionero puede, en un caso así, según el sistema belga, elegir dos sistemas. O él paga directamente una suma de dinero, por la infracción, es una posibilidad que nosotros llamamos: la transacción directa con la policía. Y si no quiere eso, el caso va al juez penal. Entonces hay un reglamento belga, en el derecho interno, que dice que si el camionero no quiere la transacción, en el caso que va al juez penal, cuando él no tiene la residencia en Bélgica, tiene que pagar una cautio, una cierta suma, porque, es claro que si no el camionero desaparece, el camión desaparece y será muy difícil, después si hay multas penales, por ejemplo, de hacerlas ejecutar. Si no quiere pagar la suma, confiscan el camión. Este es el sistema belga.

Entonces toda la polémica fue que la exigencia de pagar una cierta suma de dinero, el cautio, estaba vinculada, en el derecho interno belga, con el principio de residencia o no. Por el hecho de que casi siempre son extranjeros que no tienen residencia, la Corte habla en este caso de discriminación indirecta: el resultado es la discriminación por nacionalidad. Un principio general de derecho comunitario es la no discriminación, codificado en el artículo 6 del Tratado, impide la aplicación de estas normas penales en un caso comunitario.

Bien, me limito a eso para la integración negativa y voy a la integración positiva. Como hemos dicho, el deber de salvaguardar y aplicar de forma efectiva el derecho comunitario es obligación, principalmente, de los Estados miembros. Son los Estados Miembros los que tienen que estructurar sus mecanismos de aplicación, de salvaguardia, y elegir los instrumentos y mecanismos disponibles en el derecho interno para aplicar el derecho comunitario. Esto quiere decir que el Estado miembro

tiene a su disposición, para aplicar este derecho comunitario toda una gama de posibilidades en el derecho interno, desde el derecho civil, derecho privado, hasta las penas privativas de libertad del derecho penal.

Voy a dar un ejemplo. Hay un reglamento comunitario sobre transporte de residuos industriales, una materia muy sensible políticamente. Pues, este reglamento prohíbe una serie de cosas y obliga a los Estados Miembros a hacer una serie de cosas, pero en materia de control y sanciones se limita a decir que los Estados Miembros tienen que tomar todas las medidas. No habla de lo civil, no habla de lo administrativo, no habla de lo penal. Son los Estados Miembros los que eligen sus sistemas de salvaguardia. Esto sí que es autonomía de los Estados Miembros.

Tienen que hacer, tienen el deber de la salvaguardia, pero pueden elegir el sistema de salvaguardia. O sea, esta autonomía de los Estados Miembros fue, en el pasado, muchas veces, equivalente a no hacer nada. Porque los Estados Miembros no estaban muy a favor de controlar y sancionar, de una manera eficaz, a sus propios ciudadanos ni muchas veces en el derecho comunitario a sus propias empresas y a menudo decían: nosotros no vamos a sancionar muy eficazmente porque el vecino, el otro Estado miembro, tampoco lo hace. Esto se llama competitividad negativa.

Pues esta letárgica de los Estados Miembros fue el motivo por el cual la Corte de Justicia, la vía jurisprudencial siempre, *law make judge*, ha ido imponiendo condiciones, requisitos instrumentales a esta autonomía de los Estados Miembros, digo ha ido imponiendo. Esto quiere decir, es muy importante, no es una transferencia de soberanía de lo penal al nivel comunitario, no. Es una interferencia, una injerencia del Mercado Común, del derecho comunitario, en el derecho doméstico. Aquí no se habla de transferencia de soberanía.

Estos requisitos, estas condiciones: ¿cuáles son? La Corte de Justicia ha obligado a los Estados Miembros a que adopten procedimientos y sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias, este es el texto literal de la Corte. Y lo que es más, dice la Corte, se deben sancionar las infracciones, las disposiciones de derecho comunitario, del mismo modo que se sancionan las infracciones de igual gravedad a las disposiciones de derecho interno. Este último principio se conoce como el principio de asimilación, de asimilación entre intereses nacionales y la comunidad. Y todos estos requisitos, no sólo se tienen que observar en el código, en la legislación, porque el texto de vez en cuando es muy bonito, pero también se tienen que observar en la práctica. Si la Comisión Europea constata que un Estado, en la práctica, no observa estos principios, puede hasta empezar la procedura por no cumplimiento del derecho comunitario (art. 169 del Tratado).

Entonces, a través de criterios y requisitos, la Corte de Justicia supervisa los esfuerzos de los Estados Miembros también en materia penal. Y la Comisión Europea, como decía, si el Estado Miembro no cumple, puede empezar un procedimiento de no cumplimiento.

Toda esta doctrina jurisprudencial ha sido elaborada gracias a un caso muy conocido, al menos en la Europa: es un caso griego, de finales de los años ochenta. Voy a contarlo muy rápido para ilustrar la materia. En Europa hay una Unión Aduanera. Quiere decir, que dentro de la Unión Europea no hay derechos aduaneros. Sólo hay que pagar derechos cuando los productos vienen de fuera, de otros países. Pues, en este caso griego, había transferencia, había circulación, de maíz de Grecia a Bélgica. Esto es dentro del Mercado Común, había libre circulación de bienes. Pero el caso fue, que este maíz venía de Yugoslavia, lo habían ido a buscar fuera del Mercado Común y no se habían pagado los derechos aduaneros en el momento de la importación, al Mercado Común. Después voy a ilustrar que este tipo de evasión de derechos aduaneros es fraude comunitario, porque todos los derechos aduaneros van al presupuesto del Mercado Común.

Además, estaban involucradas las autoridades griegas en el asunto. Algunos ministros estaban implicados en el caso, porque evitando derechos aduaneros uno puede ganar muchísimo dinero. Grecia fue condenada. La Comisión empezó un procedimiento contra Grecia por no cumplimiento del derecho comunitario, exactamente en materia penal, porque Grecia tenía previsto procedimientos penales, sanciones penales en un caso así, sólo que no las aplicaba. Por el hecho que había implicación estatal, tenían casi que castigarse a sí mismos. Entonces Grecia fue condenada por este no cumplimiento y fue en este caso que la Corte dibujó de manera extremadamente clara estas condiciones, estos requisitos en materia de salvaguardia también a través del derecho penal.

El último punto en la materia de influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal a través de la vía jurisprudencial es que la Corte de Justicia, como decía, desarrolla principios generales de derecho. Y por eso, se refiere, se inspira, en la Convención Europea de Derechos Humanos, que no es comunitaria pero que tiene su origen en el Consejo de Europa. Se inspira en lo que se llama la tradición común de las constituciones de los países miembros, de los Estados Miembros, y a través de estos principios generales de derecho comunitario, la Corte de Justicia también reconoce ciertos principios de derecho penal como principio general del derecho comunitario.

Por ejemplo, ha reconocido que el principio de legalidad en el derecho penal *nullum crimen nulla poena sine lege*, cuando se aplica en el derecho comunitario, cuando se sancionen el derecho comunitario, se tiene que, en el derecho interno, respetar. Se tiene que respetar el principio de la no retroactividad de la ley penal. Todos estos principios que son principios comunes a muchos países de la Unión Política son considerados también como principios generales del derecho comunitario.

Ahora paso a la influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal nacional a través de la vía legislativa. Como he dicho, el Tratado no da competencia a la Comunidad para imponer sanciones penales. Pero esto es sólo una parte de la cuestión: la Comunidad podría, a través de reglamentos, obligar a los Estados Miembros a utilizar su derecho penal. Decir a los Estados Miembros: ustedes tienen que utilizar el derecho penal de esta y de esta manera. Ustedes tienen que prever este procedimiento penal. Ustedes tienen que prever sanciones de este y de este tipo. ¿Sería posible eso? , esta es mi pregunta.

Y la respuesta es que por el momento, hasta ahora, no existe ninguna reglamentación, ningún reglamento comunitario que exija la adopción, la aplicación, de sanciones penales. Y el motivo es solamente político, ya que una gran parte de los Estados Miembros no lo quieren. En mi opinión, jurídicamente, sería posible. Lo que existen son ciertas disposiciones, sobre los criterios que deben aplicarse. Lo que se llama norma *agendi*, norma *proibendi*, o sobre las características de las sanciones. Así, por ejemplo, algunos reglamentos obligan a los Estados Miembros a adoptar y aplicar sanciones punitivas, y los textos dicen, de tipo administrativo o penal. Los Estados Miembros están desde luego obligados a prever sanciones de derecho público, pero pueden elegir entre sanciones administrativas o penales.

Aún no está claro si la comunidad tiene competencia para exigir a los Estados Miembros que consideren como delitos las infracciones a los reglamentos comunitarios, o para fijar los criterios sobre la naturaleza de la gravedad de las sanciones, sobre los aspectos *ratione materiae*, *ratione loci* o sobre aspectos procesales. Esta falta de claridad que existe, debido al silencio del Tratado, y debido también a la no disponibilidad de la jurisprudencia.

Es particularmente un problema en materia de finanzas de la Comunidad. Porque desde 1970, la Comunidad dispone de lo que se llama sus recursos propios.

La Comunidad Económica Europea ya no funciona con donaciones de los Estados Miembros, como funcionan las Naciones Unidas, por ejemplo. Tiene un presupuesto propio. Este presupuesto viene de una parte de los derechos aduaneros, todos los derechos sobre importación van al presupuesto comunitario, y una parte del Impuesto sobre Valor Añadido, el IVA. Una parte de este impuesto va al presupuesto comunitario. Quiere decir que todo fraude al derecho aduanero, y todo fraude al IVA, todo el mercado negro que tenemos en Europa, es directamente fraude comunitario.

Y lo mismo pasa, por supuesto, con los gastos de la comunidad. La comunidad da altísimas subvenciones, más o menos la mitad en materia de agricultura. Pues el fraude a las subvenciones también es fraude comunitario. Podemos decir que la Comunidad, por supuesto, siempre ha querido proteger sus intereses financieros de una manera eficaz, como los pueden proteger los Estados. Los Estados utilizan su derecho penal para proteger sus finanzas. Pensemos en el derecho penal fiscal, el Mercado Común no tiene competencia. Desde los años 60, el Mercado Común ha querido añadir al Tratado de Roma, el Tratado de Mercado Común con un protocolo, un protocolo comunitario, previendo protección penal en materia de sus finanzas, pues este protocolo nunca fue adoptado por el Consejo de Ministros. Nunca hubo unanimidad en esta materia. En el fondo por dos motivos: un motivo fue que los Estados Miembros, al menos algunos de los Estados Miembros, no querían dar competencia penal a la Comunidad. Eso es un tabú político; y cuando hablo de finanzas, hablo de

dinero, hablo de fiscalidad, materia de hacienda. Eso para algunos de los Estados Miembros es materia muy delicada, para no pensar, por ejemplo, en Luxemburgo que es un *off-shore*, es una pequeña isla de inmunidad fiscal. Decía pues, que dentro del Mercado Común, para este problema, no se encontró una solución adecuada para proteger las finanzas de la comunidad. Y como vamos a ver, se encontró una solución fuera del Tratado de Roma, en el Tratado de Maastricht, en un pilar diverso del pilar de la comunidad. Eso voy a tratarlo en mi segunda parte que habla de la cooperación.

Por eso el tema de la armonización del derecho penal, dentro del contexto del Mercado Común, sigue siendo de gran actualidad. Sobre todo, en relación con la lucha contra este fraude comunitario, pero también en materia aduanera.

Si la unión aduanera es un hecho existente desde hace muchos años, y todo el derecho aduanero está en un Código Aduanero Comunitario, las reglas de control y las reglas de sanciones, que en muchos países miembros son reglas penales, un derecho penal aduanero, no están armonizadas. Si tenemos una unión aduanera, ya no tenemos fronteras internas. Las infracciones sólo pueden ser infracciones con las fronteras externas. Sin embargo cada Estado Miembro preve sus sistemas jurídicos de control y de sanción, sus normas substantivas y procesales penales. Conclusión: hay una sistema común aduanero, pero quince sistemas de control y sanción. Los viejos códigos aduaneros penales han sobrevivido a la integración europea.

Ahí hay una inigualdad increíble. Las normas substantivas se unifican, pero las normas de control y sanciones dependen del país, del Estado miembro. De ahí la gran necesidad de armonización en esta materia, pero por motivos políticos es un asunto muy, muy delicado. Yo me refiero, para ilustrar esta necesidad, a un pasaje del abogado general de la Corte de Justicia, que en un caso muy ilustrativo, decía: Efectivamente, el derecho comunitario, en su estado actual, no confiere la función, ni al Tribunal de 1ª instancia, ni a la Corte de Justicia, la función de un órgano jurisdiccional penal. No obstante, hay que señalar que ello no excluye a la Comunidad el ejercicio de, por ejemplo, la facultad de armonizar la legislación penal de los Estados Miembros. Si ello fuera necesario para alcanzar algunos de los objetivos de la Comunidad, si hay la necesidad de armonizar, se puede hacer, dice el abogado general de la Corte claramente. Sólo que políticamente, el Consejo de Ministros nunca lo ha querido hacer, nunca ha querido utilizar, hasta ahora, esta vía.

Pues antes de pasar a la segunda parte, de cooperación, me gustaría dar dos puntos sin elaborarlos, porque son importantes. Primero la Comisión tiene una competencia bien definida de control y de inspección en materias comunitarias. Y sabemos todos que a Comisión Europea puede hacer control de las empresas y también imponer sanciones administrativas, multas muy elevadas en materia de la libre competencia. En los otros campos de política comunitaria, agricultura, pesca, aduanas, transporte, medio ambiente, salud, etc, la Comisión depende en gran medida de los sistemas jurídicos y de los esfuerzos de los Estados Miembros. El poder de la Comisión se limita a controlar la actitud de los Estados Miembros, de las autoridades públicas, y en algunos casos

de las empresas. La Comisión no tiene poder de imponer sanciones, tampoco sanciones administrativas. Así son los Estados miembros los que tienen que sancionar las empresas que no respeten las normas en materia de la enfermedad BSE (vacas locas) por ejemplo.

La Comisión ha querido desarrollar su competencia de control. Nuevos reglamentos prevén ya la posibilidad para funcionarios de la Comisión de realizar inspecciones administrativas en los Estados Miembros. En la mayor parte de los casos, la Comisión realiza estas inspecciones junto con autoridades nacionales. En muchos países estas autoridades nacionales tienen competencia administrativa y competencia judicial. La Comisión muchas veces participa en las investigaciones judiciales. La Comisión recoge pruebas y datos, que después se utilizan en los procesos penales. Esto ilustra que a pesar de competencias administrativas limitadas de inspección, puede haber influencia sobre la práctica procesal penal en los Estados Miembros.

El segundo punto: la Comisión tiene la competencia de obligar a los Estados Miembros a imponer sanciones administrativas. He dicho que nunca se ha impuesto en el reglamento la obligación de imponer sanciones penales, pero sanciones administrativas sí. Ahí no hay el mismo tabú.

### III. Mercado Común y cooperación internacional en materia penal

He dibujado la influencia masiva del derecho comunitario sobre el derecho penal nacional, en el contexto del Mercado Común, ahora paso al segundo tema, al tema de la cooperación.

Es bastante obvio que la obligación comunitaria de aplicación no se detiene en las fronteras nacionales. El mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales conlleva a que muchas infracciones del derecho comunitario sean transfronterizas. Pues el derecho comunitario, también la Corte de Justicia, ha creado obligaciones en materia de cooperación mutua entre los Estados Miembros, entre las autoridades de los Estados Miembros y también en materia de cooperación entre los Estados Miembros y la Comisión.

Voy a darles, también para ilustrarlo, dos ejemplos. La materia de pesca es una materia exclusivamente comunitaria. Todas las normas, en materia de pesca son comunitarias. Los pescadores, por su naturaleza propia, no pescan solamente en las aguas de su propio Estado. Las aguas comunitarias son accesibles, bajo ciertas condiciones, para todos los pescadores. Esto quiere decir que los pescadores pueden cometer infracciones, pueden cometer delitos, en todas las aguas comunitarias. Estos delitos pueden ser constatados tanto por servicios de inspección, por servicios judiciales de otros Estados Miembros, como por los del Estado donde el pescador vive.

Esto obliga a las autoridades de los países miembros, a cooperar en esta materia. Cooperar significa recoger pruebas, comunicar las pruebas, hacer sancionar las infracciones, etc. Voy a referirme aquí a otro caso concreto de la Unión Europea. Hay importación de cigarrillos, a través del puerto de Rotterdam. Estos cigarrillos se importan sin derechos aduaneros, porque el destino final son los países árabes del Norte de Africa. Se trata solo de tránsito. En cuestión de tránsito no se pagan derechos aduaneros. ¿Pero qué pasa?

La empresa que transporta, del Puerto de Rotterdam, estos camiones de cigarrillos están? en contacto con una serie de personas. Algunas personas viven en Francia, en Suiza, también utilizan los bancos suizos, y el destino no es el Norte de Africa, sino el Sur de Europa, por ejemplo el Sur de Italia, donde se venden en la calle muchísimos cigarrillos en el mercado negro. Se desvía el tránsito, así, al mercado interior, y no a fuera. Es decir, no es tránsito, es importación. Sin pagar los derechos de importación, sin pagar IVA y sin pagar impuestos especiales sobre tabaco. Se puede decir que transportando unos camiones con cigarrillos, evadiendo impuestos y derechos, uno gana más dinero que con el transporte de drogas. Del precio del cigarrillo en Europa, más o menos 80 a 85% representa impuestos. Es un negocio muy, muy lucrativo.

Pues cuando la justicia penal, holandesa, belga o francesa, se ve confrontada con un caso así, es un caso muy complicado internacionalmente, porque es una compañía de transporte holandesa que ha pasado por Bélgica, están implicadas personas francesas, suizas, el sistema bancario y el destino, es la mafia italiana del Sur. Toda esta cooperación exige mucho más que sólo quince derechos nacionales. De ahí la necesidad, también, dentro del derecho comunitario, de que exista un sistema de cooperación.

Pues qué hay y qué no hay en el derecho comunitario. Dentro del Mercado Común hay una batería, hay muchísimos instrumentos de cooperación administrativos. De cooperación entre entidades, autoridades administrativas, en materia de hacienda, materia de impuestos, materia de aduanas. Pero la cooperación en materia jurisdiccional y judicial, por desgracia, es un tabú político, dentro del Mercado Común. Esto a pesar de que el Tratado de Maastricht, el nuevo tratado de 1993 preve, en un artículo propio, por primera vez, la obligación de cooperar, también en materia penal, de cooperar generalmente, cuando hay problemas de fraude comunitario, cuando hay problemas con las finanzas de la comunidad. Este caso de los cigarrillos, por ejemplo, es un caso claro, con consecuencias para el presupuesto de la comunidad.

Digo que es un tabú, entonces déjenme dibujar la historia de esta cooperación penal en Europa. Porque cooperación hay. No dentro del Mercado Común, pero con influencia y con importancia para el Mercado Común. Pues, voy a dibujar muy sistemáticamente algunas etapas. La primera etapa, desde los años 50, se ha elaborado en el marco del Consejo de Europa toda una serie de tratados de cooperación internacional en materia penal. El Consejo de Europa es otro organismo. No es el

Mercado Común, no es el Consejo de Ministros. Es un organismo europeo de cooperación en materia cultural, educacional y también tiene competencia en materia de tratados. Una competencia muy conocida en Europa es la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto es el Consejo de Europa. Hoy en día, el Consejo de Europa tiene más de 30 miembros.

Pues en este contexto del Consejo de Europa se ha elaborado, a partir de los años 50, un tratado sobre asistencia mutua en materia penal, extradición, transferencia de detenidos, transferencia de condenados. Un tratado sobre ejecución de penas en general, de multas penales. Hay toda una batería de tratados. El último y muy importante es un tratado sobre el decomiso y confiscación de productos y ganancias de drogas, que está vinculado también al tratado de Viena (Naciones Unidas) en esta materia.

Es decir, hay una muy rica y muy amplia tradición en materia de cooperación, en materia penal, pero con una serie de problemas. Un primer problema es que no todos estos tratados fueron ratificados por los Estados. Un segundo problema es que muchos Estados han formulado reservas a artículos. Reservas muy conocidas son las reservas en materia política, materia de extradición, por ejemplo, y muy común, también, reservas en materia fiscal, cuando está implicado dinero del Estado. Otros problemas con estos tratados es que son tratados tradicionales. Toda la cooperación pasa a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. No es una cooperación directa, entre policías, entre fiscales, entre jueces penales. Siempre pasa por la vía diplomática. Que es una vía larga y complicada y no muy eficaz. Esto al menos en Europa. Otro problema es que estos tratados no están conceptualizados para la realidad del Mercado Común. Fueron pensados en otra temática. Y son tratados clásicos. Se trata de cooperación entre Estados. No da derechos a ciudadanos directamente, como en el caso del Mercado Común. Es decir, sólo de Estado a Estado, y no más.

Por ese motivo, nació en los años 80, ahora voy a la segunda etapa, nació la idea de crear con los Estados Miembros del Mercado Común, lo que se llamaba, entonces, un espacio judicial europeo. Limitado a los miembros del Mercado Común. Esto conlleva dos aspectos. El primer aspecto es que los ministros de justicia, y los ministros de interior del Mercado Común elaboraron y hacen elaborar por sus grupos de trabajo de expertos, toda una serie de tratados de cooperación en materia penal. Estos tratados no fueron elaborados en el contexto comunitario, sino en un contexto estrictamente intergubernamental, que se la llamaba, entonces, la Cooperación Política Europea. Eran los mismos ministros del Mercado Común, pero hacían una cosa aparte. Pues elaboraron tratados, otra vez, de extradición, de asistencia mutua. Gran problema, la idea fue que con menos Estados, pero vinculados al contexto del Mercado Común serían más eficaces que el Consejo de Europa. Infelizmente, no fue así. De estos tratados, hay muy pocos ratificados por los Estados Miembros hoy en día. Es decir, no ha sido un sistema muy eficaz.

El segundo aspecto de esta cooperación intergubernamental es que se instalaron en Europa diversos grupos técnicos de trabajo sobre materias penales: la lucha contra el terrorismo, nacieron algunos grupos de trabajo de técnicos en materia de la lucha contra drogas. Fueron todos grupos de expertos de gobiernos nacionales que colaboraban, pero esto de una manera operacional, sin tratados. Tengo que decir que estos grupos trabajaron bien. Pero cada uno por su lado, sin mucha coordinación.

La tercera etapa fue estimulada por la entrada en vigor de fecha única, 87, fecha del Tratado de Roma, y con entrada en vigor del mercado interior para la libre circulación de personas, sin fronteras internas. Pues los Estados Miembros estaban convencidos de que había necesidad de elaborar medidas compensatorias. Sin fronteras no hay control, ni policial, ni aduanero, nada. Se circula libre. Necesitaban medidas compensatorias. Medidas compensatorias en el campo de cooperación policial y cooperación judicial. Pues normalmente esto se tenía que haber hecho dentro del Mercado Común, porque el mercado interior es un concepto de Mercado Común. Medidas compensatorias tenían que estar dentro del derecho comunitario. Pues no fue así. Porque un pequeño grupo de los Estados Miembros, que fueron BENELUX, Bélgica, Luxemburgo, Alemania y Francia, elaboraron dos tratados (tratados de SCHENGEN), en materia de cooperación policial y judicial. Esto se hizo fuera del Mercado Común, fuera de la Cooperación Política Europea. Lo hicieron en un contexto de derecho internacional. Un tratado multilateral. Son tratados extremadamente importantes. Porque, por primera vez, codifican, en Europa, la cooperación policial. Y también policial judicial. Es una cooperación directa. Las autoridades cooperan de manera directa. Ya no tienen que pasar por asuntos exteriores. Es decir, se llaman, establecen comunicación por fax, todo de manera informal y también realizan

investigaciones conjuntas. Se forman equipos que son activos en toda Europa. No se trata sólo de la clásica asistencia mutua de enviar documentos.

Pero hay también problemas por el hecho de que no todos los Estados Miembros quieren participar. Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, no quieren participar del mismo.

Entonces ya pasamos a la penúltima etapa. La cuarta etapa es la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en 93. Hasta el 93, tenemos el Tratado de Roma con una estructura única. Con el Tratado de Maastricht ya no hay una estructura única, hay lo que se califica como un templo griego, con tres pilares. El primer pilar es relativo al Mercado Común, con todos los textos del Tratado de Roma; el segundo es la cooperación en materia de asuntos exteriores y defensa; y el tercero es la cooperación en materia de justicia e interior. Juntos, estos tres pilares forman la estructura de la Unión, con conceptos comunes. Pero para el segundo pilar, que aquí no vamos a tratar por supuesto, y el tercer pilar, cooperación en materia de justicia e interior, hay otra infraestructura institucional si la comisión participa, pero no tiene derecho de iniciativa en todas las materias, como la tiene en el Mercado Común. En el Mercado Común, es la comisión la que toma la iniciativa para elaborar reglamentos y directivas. El Consejo de Ministros las aprueba. En el tercer pilar no es así. En muchas materias, especialmente en materias de cooperación penal, son únicamente los Estados Miembros los que pueden tomar iniciativas. Significa que hay una gran diferencia con el derecho comunitario. Además, en el tercer pilar, la competencia de la Corte de Justicia es facultativa. No es obligatoria como en el derecho comunitario.

No voy a desarrollar aquí todo el tercer pilar. Sólo voy a indicar lo que se ha realizado en materia de cooperación penal en el tercer pilar. Porque la cooperación penal está indicada como un punto de interés común, en la que los países, los Estados Miembros, tienen que cooperar.

Se ha elaborado un nuevo tratado de extradición, porque ha habido en el pasado, pasado reciente, conflictos muy graves entre los países por no extraditar. Hay ciertas personas, sobre todo en materia de terrorismo, que solían evocar la excepción política para evitar una extradición. Este fue el caso en un conflicto muy grave entre Bélgica y España, un conflicto sobre no extradición de un supuesto miembro de la ETA. Pues en el nuevo tratado de extradición, que es un tratado importante, ya no está prevista, por primera vez en la historia europea, la clásica excepción política y, tampoco la clásica excepción fiscal.

Segundo, elaboraron un tratado de protección penal de los intereses financieros de la comunidad. Se acuerda lo que no se puede hacer dentro de lo Mercado Común, se ha hecho ahora en el tercer pilar, es decir obligar a los Estados Miembros a través de esta estructura semi-intergubernamental, semi-comunitaria a sancionar penalmente el fraude comunitario. También se están negociando en esta materia protocolos sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas, sistema que no existe en todos los países de la Unión Europea.

Un tercer tratado muy importante, es un tratado de la convención sobre Europol. Europol es una institución nueva, que está en la Haya (Holanda) y que ha tomado las funciones de Interpol dentro del contexto europeo. Es una creación del tercer pilar.

Están muchísimos temas, diría, entrelazados. Temas no sólo de cooperación, sino también de armonización penal. Sólo voy a dar dos ejemplos. Hay un proyecto de armonización de la política penal en materia de drogas. Una materia muy sensible, visto las diferencias entre las políticas de drogas en Europa, y sobre este tema hay un gran conflicto político y hasta diplomático entre Francia y Holanda. Y hay también un proyecto sobre armonización del derecho penal en materia de abuso sexual. Ustedes, quizá todos piensen que ciertos casos actuales, recientes del Estado belga, sean el origen de esta iniciativa de armonización.

La ventaja de este tercer pilar es que por primera vez, se ha creado una infraestructura única, dentro de un pilar, incorporado dentro de la Unión Europea, que es importante, porque la Comisión participa en los trabajos, aunque no tenga derecho de iniciativa. Entonces se ha creado una infra estructura única, en la cual se han integrado todas las iniciativas intergubernamentales de antes, todos estos grupos de trabajo, todos estos grupos de expertos, están bajo la Unión Europea. Esto es una ventaja muy grande.

Lo negativo de este sistema es claro, la problemática de la competencia de la Corte de Justicia. La posible competencia de la Corte de Justicia fue el origen de un gran conflicto sobre la convención de Europol. Este conflicto duró un año porque algunos Estados miembros no quieren, absolutamente, esta competencia. Por ejemplo, Inglaterra y Francia tienen muchas reticencias. Y se ha previsto en un protocolo que los estados miembros que la quieran, que quieran esta competencia en la Corte de Justicia, la puedan tener, cuando ratifiquen estos tratados; y los que no la quieran pues no la tienen.

Esto es problemático, porque quiere decir que en algunos estados, va a estar prevista la competencia de la Corte y en otros no, cuando cooperen o colaboren. Otro punto negativo ha sido que con esta estructura de pilares, ha habido un movimiento de transferencia de materias del primer pilar, comunitario, al tercer pilar, semi-comunitario o semi-intergubernamental. Esto es muy problemático. Y hay gente que ve eso como un paso atrás en la integración europea. Hay gente que habla de renacionalización en materia comunitaria. Hay gente que habla de renacimiento de la soberanía nacional, vista la no competencia de la Corte. Es decir, se teme que se refuerce la cooperación intergubernamental disminuyendo todo lo que se ha conseguido en Europa y en el Mercado Común.

#### **IV. Conclusión**

No se puede hablar en absoluto de una verdadera integración del derecho penal en la integración europea, en el sentido que se haya otorgado competencias penales directas, propias a las instituciones comunitarias. Sin embargo, la influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal y procesal penal es notable y el derecho penal nacional cumple una función muy importante en la salvaguardia del derecho comunitario.

Se está realizando un proceso de creciente armonización en materia penal y en materia de cooperación internacional en materia penal. La noción de mercado común y la protección de los intereses financieros de la Comunidad funcionan para estos procesos como los bienes jurídicos de legitimación. Algunos estados, sin embargo, quieren proteger su soberanía nacional y hacen de todo para romper el modelo de mercado común para reemplazarlo por un modelo de zona de libre comercio con cooperación intergubernamental en lugar de la realización de un mercado común integrado. El actual tratado de Maastricht y el futuro tratado de Amsterdam son ambos una combinación de las dos tendencias, y lo penal sigue siendo el campo de batalla simbólico de la lucha por la soberanía. Un sistema penal integrado en la Unión Política de Europa suena como música para un futuro muy lejano.