

FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA ARMONIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL DE LOS
ESTADOS MIEMBROS

Frank Höpfel

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

Función y límites de la armonización en el derecho penal de los Estados miembros de la CE¹

Frank HÖPFEL

La importancia de la Constitución Europea para el desarrollo del Derecho penal en la Unión Europea es crucial. Los más diversos textos dentro del ámbito de la Unión se han encargado de ir impulsando esta aproximación y desarrollo del Derecho penal europeo entre los Estados miembros; textos tales como el Tratado de Ámsterdam², los Consejos Europeos de Viena³ y Tampere⁴ y el Corpus Iuris⁵, entre otros. La Constitución Europea supone además un nuevo impulso para continuar con esta corriente⁶. Este proyecto tendrá relevancia en los aspectos legales no sólo de la Unión Europea, si no de todos los Estados miembros.

En el ámbito penal del procedimiento legislativo encontramos diferencias significativas al comparar el art. 29 del Tratado de la Unión Europea con el texto del art. III-257 de la Constitución Europea. El art. 29 promueve la idea de un espacio de libertad, seguridad y justicia y establece los medios para garantizar a los ciudadanos un alto nivel de seguridad *“elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”*, mientras que el art. III-257 destaca por afianzar con más firmeza el espacio de libertad, seguridad y justicia, recogido en el art. I-3 apdo. 2, y al mismo tiempo establecer una doble cláusula preventiva: el *“respeto de los derechos fundamentales”* y de *“los diferentes sistemas legales y tradiciones de los Estados miembros”*. Ambos aspectos señalan importantes puntos de partida, pues dirigen la atención hacia el procedimiento debido y los derechos fundamentales, así como hacia las diferentes culturas legales, o al menos parte de ellas.

Desde este punto inicial parece repetir el art. 3 el espíritu del art. 29, tomando la idea de la aproximación en los medios para lograr dicho espacio de justicia *“y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”*.

¹ Ponencia realizada en el marco del II. Seminario Internacional de Estudios de Derecho Penal: Constitución Europea y Derecho Penal: una primera aproximación, organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha los días 1 y 2 de Julio de 2005 en Cuenca. Dejo constancia aquí de mi agradecimiento a mi alumna de doctorado Verónica CORDOBÉS VILLALVILLA por su ayuda en la recopilación de los materiales y por la traducción del texto al castellano.

² Aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam, 16 y 17 de Junio de 1997, firmado el 2 de Octubre de 1997.

³ Consejo Europeo de Viena, 11 y 12 de Diciembre de 1998 – Conclusiones de la Presidencia, 11/12/1998 N^o 00300/1/98.

⁴ Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de Octubre de 1999 - Conclusiones de la Presidencia, Documento 200/1/99.

⁵ BACIGALUPO, Enrique / SILVA CASTAÑO, María Luisa, Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000. Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios, DELMAS-MARTY, Mireille / VERVAELE, J.A.E. (editores), Madrid 2004.

⁶ La relevancia del Tratado para el establecimiento de una Constitución Europea se analizó anteriormente en mi ponencia „Las características generales del Tratado de la Constitución Europea para un sistema de justicia penal europeo” en el marco de la Conferencia “European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU” que tuvo lugar a finales de 2004 en Utrecht, Holanda. El texto de dicha conferencia se publicó en VERVAELE, J.A.E. (coord.), European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU, Antwerpen – Oxford 2005, págs. 159 ss.

En ambos aspectos, tanto del reconocimiento mutuo como de la armonización, resulta prometedor el texto del art. III-260 al otorgarle al Consejo la competencia de dictar *“a propuesta de la Comisión, reglamentos o decisiones europeos que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el presente Capítulo, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio del reconocimiento mutuo”*.

Si se tomase como “principio”, se podría rebatir que en el sentido del art. III-257 habrá realmente una necesidad de aproximación. La Sección 4º del Capítulo 4º de la Parte III trata más detenidamente la cooperación judicial en materia penal. El artículo III-270 basa la cooperación judicial en materia penal en el principio del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, y, en este mismo sentido, estipula que esta cooperación debe incluir *“la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo III-271”*.

Tras la regulación en el apartado 1 del artículo III-270 del ámbito de aplicación de la ley o ley marco europea, el apartado 2 recoge la armonización del derecho procesal, mientras que el art. III-271 contempla el establecimiento de normas mínimas para definir las infracciones penales y las sanciones en determinados ámbitos. A pesar de que dichas normas mínimas se limitan dentro derecho procesal a los ámbitos delictivos que tengan una dimensión transfronteriza y destacando que *“tales normas deberán tomar en cuenta las diferencias entre las tradiciones y sistemas legales de los Estados miembros”*, estas medidas conducen a un efecto armonizador, que no debe ser subestimado. No debemos olvidar el importante papel que juegan los expertos en derecho penal en todo este proceso armonizador⁷, esencialmente para evitar que se impongan la voluntad y necesidades del ejecutivo dejando de lado las diferentes *tradiciones europeas*.

Tal y como se recoge en el art. III-270.2 las normas mínimas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos. Con el consentimiento del Parlamento y en unanimidad, podrá el Consejo determinar *“otros elementos específicos del procedimiento penal”*.

A continuación se especifica que el nivel de protección de las personas sólo puede ser la base, pero no el nivel más elevado de garantías que deba instaurarse. Se refiere aquí a los estándares que deben mantener los Estados miembros. Sin embargo, cuando nos encontremos frente a los derechos procesales, no sólo del acusado, si no también de la víctima, este principio podrá ser fácilmente malentendido o invertido.

Otro problema surge de la naturaleza sistemática de las leyes procesales, como conjunto de normas sobre la manera de proceder para conseguir un determinado fin. Por esta naturaleza sistemática el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como es bien sabido, considera el principio de justicia del art. 6.1 como una regla general para todo

⁷ TIEDEMANN, Klaus, Die Europäisierung des Strafrechts, en KREUZER, Karl F. / SCHEUING, Dieter H. / SIEBER, Ulrich (editores), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997, 134 ss.

procedimiento. Un elemento procesal aislado no puede considerarse como justo o no, sin embargo la definición de los derechos mínimos es una cuestión fundamental. Además, la relación de garantías de los apartados 2 y 3 del artículo 6 debería desarrollarse teniendo en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo.

En el caso de que la regla mínima contenida en el apartado 2 del artículo III-270 afecte a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, no será necesario que cumplan los requisitos de la minoría de veto. El apartado 3 del artículo III-270 establece que: *“cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley marco europea contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento establecido en el artículo III-396. Previa deliberación, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión: a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento establecido en el artículo III-396, o bien, b) pedirá a la Comisión o al grupo de Estados miembros del que emane el proyecto, que presente un nuevo proyecto, en cuyo caso se considerará que no ha sido adoptado el acto propuesto inicialmente.”*

En caso de que al final de este período de cuatro meses el Consejo Europeo no haya tomado medida alguna o si, en doce meses desde la presentación de un nuevo proyecto según el apartado 3 b), la ley marco europea no haya sido adoptada, y al menos un tercio de los Estados miembros quiera establecer una cooperación reforzada, deberán comunicarlo así (Art. I-44).

Este sistema de una “Europa de dos velocidades” debe ser, de cualquier modo, considerado sólo con precaución, pues conlleva una fragmentación agravada y puede disminuir la certeza legal o al menos el futuro desarrollo de la cooperación en materia penal.

Sobre el derecho penal material, el artículo III-271 permite las leyes marco para la definición de las infracciones penales en dos aspectos:

- El apartado 1 trata los “ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”. A continuación se enumeran los ámbitos delictivos; dicha relación nos recuerda a las enumeraciones de infracciones contenidas en las decisiones marco sobre la Orden de detención europea y la orden europea de entrega de pruebas. En realidad es más apropiado hablar de determinados “ámbitos delictivos”. La regla adicional de unanimidad que contiene dicho precepto permite una identificación más certera de tales ámbitos; este método también resulta familiar, por la orden de detención europea. Una novedad que nos presenta la Constitución Europea es la separación de la protección de los intereses financieros del ámbito de la cooperación judicial en materia penal (Título III, Capítulo IV, Sección 4); el precepto se encuentra regulado en el Art. III-415, incluido dentro del Título VI “Funcionamiento de la Unión”, Capítulo II, Sección 5 “Lucha contra el fraude”. En este sentido la protección de los intereses financieros se ha extraído del ámbito de cooperación de los Estados miembros, formando ahora parte de las competencias de la Unión y permitiéndose el establecimiento de las medidas necesarias para asegurar dicha protección a través de leyes europeas o de leyes marco. En el ámbito de la cooperación judicial el

establecimiento de leyes europeas o leyes marco se limita a las normas mínimas para impulsar o apoyar la actuación de los Estados miembros.

- Más centrado en las políticas de la Unión, establece el apartado 2 que: “cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de las medidas de armonización, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate.” ¿Están incluidas también las leyes para la lucha contra el fraude?

Aunque sería plausible establecer siempre la protección de los intereses financieros como elemento esencial para asegurar una implementación efectiva de cualquier política de la Unión, pues los medios financieros son presupuestos indispensables de éstas y junto a la confianza de los ciudadanos en la administración son fundamentos indispensables, su importancia no debe sacarse de contexto. El apartado 2 tiene que ser entendido estrictamente en relación con el apartado 1, puesto que es indiscutible que no afecta a ninguno de los ámbitos enumerados en éste. En este sentido, la armonización no debe llevarse a cabo en ningún ámbito sin que sea tomado en cuenta el conjunto especial de previsiones del Capítulo 2 Sección 5 de la misma parte del Tratado.

La extensión de soberanía que los Estados miembros están cediendo no es comparable al caso de Tratado de Ámsterdam. Por tanto, prevé el artículo III-271 apartado 3 que cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley marco podría afectar a cualquier aspecto de su sistema de justicia penal, deberá requerir que tal proyecto sea remitido al Consejo. No sería sorprendente que algún Estado miembro intentase igualar las nociones de “aspectos fundamentales de su justicia penal” y de “tradiciones legales” a que se refieren los artículos III-257.1 y III-270. 2. La disparidad entre ambas se observará tan pronto como un solo elemento de un sistema legal nacional sea un impedimento para la armonización, mientras tantas tradiciones resultan afectadas.

La referencia a estas tradiciones legales diferentes no debe, sin embargo, considerarse como un impedimento a la armonización, si no más bien como un refuerzo. ¿Cómo se llevará a cabo la armonización? El proceso de aproximación de los ordenamientos jurídicos se viene entendiendo como una *simplificación de la cooperación operativa* en los casos concretos⁸. Sin embargo, la armonización, especialmente en temas esenciales, supone también la *adopción de conclusiones comunes* para la adopción de un tratamiento adecuado para determinados fenómenos. En los textos de las directivas, con las que podemos comparar las decisiones marco o las futuras leyes marco, se aprecia que: *Tenemos un objetivo común, pero el camino para alcanzarlo sólo depende de cada Estado miembro*. El método de comparación de máximas tiene defectos, aunque esta técnica podría resultar adecuada para cuestiones de extradición o similares. De todos modos se ha ido imponiendo entre los estudiosos y profesionales del Derecho penal, que dicha técnica no es aplicable a la aproximación de las mentalidades nacionales sobre cómo definir y responder a los comportamientos criminales. Cualesquiera “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales de las sanciones” deben considerar las grandes diferencias de la parte general (desde la definición del intento hasta la

⁸ Véase HÖPFEL, Frank, Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal, en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, El derecho penal internacional, Madrid 2001, 227 ss.

determinación de la tentativa punible y la participación en el delito, todo ello independientemente de los modelos legales dentro de las provisiones estatutarias, case law o los modelos doctrinales), así como del sistema sancionador, en su totalidad o en parte, de los principios de procedimiento criminal, particularmente el apunte básico de la discreción procesal. Para un Estado con normas flexibles sobre el momento de la acusación de un sospechoso, las leyes armonizadoras de Derecho penal material tendrán una menor relevancia que para un ordenamiento jurídico basado en el principio de legalidad. Además, la idea de establecer normas mínimas para aproximar la parte especial del sistema penal de los diversos ordenamientos puede presentar efectos negativos, ya que no sólo conduciría a una limitación más estricta de la definición de tipos penales o de las sanciones, sino que afecta a aspectos tradicionales de los diferentes sistemas penales⁹. La armonización del derecho penal material deberá tener sus límites¹⁰; ciertamente, es importante llamar la atención sobre la circunstancia de que los fines que cumplen las sanciones y las normas sobre su aplicación no serán iguales en todos los Estados miembros, de tal manera que, el fin político que cumplen las penas contra el terrorismo en España o contra la apología del nacionalsocialismo en Alemania y Austria no es transferible al resto de Estados miembros.

La sugerencia del Programa de la Haya¹¹ para determinar el significado de la función del Derecho me resulta sorprendente. Supone nada menos que un desafío para el desarrollo de los métodos de estudio del derecho comparado. Además de tomar en cuenta las normas en su dimensión “dinámica”, propone la consideración del conjunto, incluyendo la base cultural y social, y no sólo en el contexto del derecho procesal, al cual se refiere el artículo III-270 expresamente. Ha llegado el momento de consolidar el derecho. Por ello nosotros debemos intentar encarecidamente replantearnos el concepto de las “normas mínimas relativas a las sanciones”.

En resumen de lo expuesto, me gustaría destacar la diferencia fundamental entre la armonización en el Derecho procesal y en el Derecho penal material: en el ámbito del Derecho procesal, la función de la armonización se traduce en el principio de reconocimiento mutuo y en la necesidad de determinar las normas mínimas; ambos aspectos son interdependientes: las normas mínimas son condición indispensable para una confianza mutua. La armonización se revela así como expresión de los valores comunes del estado de derecho en la Unión. En relación al Derecho penal material, la importancia recae en la determinación de las sanciones mediante dichas normas mínimas, así como en su implantación en el ámbito nacional, conjugando este proceso con las tradiciones y sistema legales de cada Estado miembro de la Unión.

En este sentido aparecen nuevos problemas a tomar en consideración: la armonización de las sanciones sólo se llevara a cabo cuando las propias normas generales de responsabilidad penal sean uniformes, o mejor dicho, cuando éstas sean aplicadas de manera uniforme. Hay que resaltar que las normas generales de responsabilidad penal operan

⁹ Véase BLASCO LOZANO, Ignacio, Armonización del derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea, en GALGO PECO, Ángel, Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Madrid 2004, 275 ss.

¹⁰ En este sentido WEIGEND, Thomas, Mindestanforderungen an ein europaweit geltendes harmonisiertes Strafrecht, Ponencia en 8. Würzburger Europarechtstage 2002.

¹¹ El Programa de la Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01). Véase especialmente el punto III.3.

directamente modificando el alcance de las infracciones particulares así como la gravedad de las penas establecidas. Por ello, una armonización de la definición de las infracciones en los Estados miembros no será base suficiente para lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia europeo, si no cuenta a su vez con una regulación común de la responsabilidad penal¹². En este proceso la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia juega un papel tan importante como la propia norma. Ya en 1953 señaló JESCHECK tal relevancia: “Cuando una comunidad supranacional tiene competencia penal requiere desde un principio bien de un derecho material, penal y de jurisdicción constitucional, o bien habrá de conformarse durante un período transitorio con la aplicación del derecho de los Estados miembros. En ambos casos se necesitará el trabajo en común de los juristas de los Estados miembros, ya que, aunque se escoja el camino más sencillo y se aplique temporalmente sólo el derecho nacional, habrá mucho que adaptar y armonizar a las nuevas relaciones”¹³.

Ya en los, con frecuencia, diferentes grados de determinación legal se pueden apreciar las divergencias culturales y las diversas mentalidades legales. Tanto la ley positiva como la ley aplicada juegan un importante papel en la determinación de la punibilidad así como en el marco legal de la tentativa y de las formas de participación en el delito. Cuando un Estado, como Austria, sigue la teoría unitaria del delito¹⁴, se tiene en cuenta para la determinación de la pena concreta la importancia de la propia aportación a la comisión del delito. Este ejemplo nos muestra que en la comparación de los sistemas de derecho sujetos a la armonización, la calificación de la pena no puede quedar excluida. Y esto afecta también al Derecho penal en sentido amplio, a saber, la posible reconsideración condicional de la pena (y en concreto en relación a cada tipo de pena) y la puesta en libertad condicional.

Como expuse anteriormente, el derecho formal también juega su papel. Con ello no me refiero tanto a las garantías para un proceso justo, sino sobre todo a la cuestión de si debe llegarse a la constitución de un procedimiento en sí: así la legitimidad de la acusación (desde la acción pública hasta la acción privada) y dentro de la acción pública la determinación dentro del ámbito de actuación y la potestad discrecional del fiscal. Debe observarse, que los países con supuestos de hecho poco concretos o indeterminados disponen con frecuencia del principio de oportunidad. Todo ello debe someterse a consideración en el campo del derecho comparado.

A estas alturas creo conveniente hacer una breve referencia a las teorías estática y dinámica del derecho de Hans Kelsen: la primera tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, es derecho en su movimiento. Con todo debe tenerse presente que una peculiaridad altamente significativa del derecho es que *regula su propia producción y aplicación*. Hoy en día se describiría como carácter auto-referencial (auto-poiético).

En la Europa actual deben tenerse en cuenta estas importantes referencias en el sistema así como, *ab initio*, también la aportación del primer pilar. Concretamente, la

¹² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Intervención en la Audición Pública en Parlamento Europeo, Bruselas 16 y 17 de Septiembre de 2002, punto II.

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich, Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, ZStW 1953, 497.

¹⁴ Véase KIENAPFEL – HÖPFEL, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 11 edición, Viena 2005, 197 ss. También DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en el derecho penal, Barcelona 1991, 43 ss.

extensiva armonización del supuesto de hecho en determinados ámbitos, como el Derecho alimentario, nos proporciona una interpretación consecuente de la armonización de la sanción penal. No se debe, como sucede, por ejemplo, en el derecho de la competencia, evitar con empeño la palabra pena o el concepto de derecho penal, sino que en el sentido de la dinámica aplicada, se puede hablar de los poderes implícitos. De este modo nos dirigimos hacia un verdadero derecho penal europeo.

Sin embargo, aquí se nos plantea otra cuestión: ¿No se debería desarrollar un sistema de justicia penal federal, incluyendo la figura del fiscal europeo y también de los tribunales, incluidos los tribunales de recurso? No pretendo decidir, si para dicha función es adecuado un alto tribunal o una sala especial dentro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No se debe confundir la cuestión de la culminación del sistema federal con el control de los estándares comunes de garantías que quedan sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo; un control que no convierte los sistemas nacionales de tutela judicial en superfluos, y, como ya quedó señalado (y esto también es aplicable a la Convención Europea de los Derechos Humanos), el derecho europeo sólo puede definir la base y nunca el tope de la tutela judicial. El Art. III-175 prevé la creación de una Fiscalía Europea a partir del Eurojust para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros. La creación de un Ministerio Público europeo es uno de los temas de cooperación judicial penal más discutidos. Anteriormente fue objeto de estudio en el Corpus Juris y en el Libro verde para la protección penal de los intereses financieros de la UE y la creación de un Fiscal Europeo¹⁵, entre otros. Realmente me parece necesaria la figura del Ministerio Público europeo, no sólo para conseguir una lucha más eficaz contra el fraude y la criminalidad organizada, sino para alcanzar el grado necesario de coordinación entre las Fiscalías de los Estados miembros; sin esta base resulta cuestionable el futuro desarrollo de la cooperación judicial en materia penal.

El futuro desarrollo del proceso de armonización depende de una intensiva comunicación no sólo entre las instituciones europeas nacionales, sino también en el espacio académico y entre la doctrina y la práctica. Por ello alabo la puesta en marcha de estos encuentros entre juristas europeos.

¹⁵ COM (2001) 715, diciembre de 2001.