



# Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA"  
CURRICULUM COMPARAZIONE E SISTEMA PENALE COMUNITARIO

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Daniele Negri

## **HACIA UN PROYECTO DE DERECHO PENAL DEL MERCOSUR A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA UNION EUROPEA**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

**Tutore**  
Prof. Alessandro Bernardi

**Dottoranda**  
Mariela Eva Mazzón

---

*(firma)*

---

*(firma)*

Anni 2010/2012



## INTRODUCCIÓN

### 1. Sobre la necesidad de un Derecho penal mercosureño

Hace años que en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la doctrina debate sobre la posibilidad de desarrollar un “derecho penal mercosureño” que acompañe al proceso de integración regional<sup>1</sup> que prospera en Suramérica<sup>2</sup>. Se afirma que la creación de un derecho penal del MERCOSUR sería apropiado para dar una respuesta eficiente y efectiva al crecimiento de la criminalidad transnacional, que aprovecha los beneficios de la era globalizada para expandir sus redes<sup>3</sup>. Asimismo, éste se propugna para brindar una respuesta punitiva homogénea a la vulneración de los derechos humanos, estableciendo así un estándar común de protección, en una región donde la negación de la dignidad humana ha sido moneda corriente en el siglo pasado<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Según el diccionario de la RAE integración significa aquello que une partes haciéndolas formar un todo. Cohen define la integración como el proceso mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, mediadas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener beneficios mutuos, cfr. I. COHEN ORANTES, *El concepto de integración*, en *Revista de la CEPAL*, n° 15, Santiago de Chile, diciembre de 1981, p. 154. Según Cazar de Zalduendo, en el ámbito del derecho internacional, la integración entre Estados puede implicar desde una simple interacción hasta la interdependencia, la secuencia de dichas acciones conducen a verificar un proceso, cfr. S. CAZAR DE ZALDUENDO, *Integración: Nociones Generales. Integración Económica e integración regional*, en *Derecho de la Integración*, dirigido por S. Negro, B de f, 2010, Buenos Aires, p. 3 ss.

<sup>2</sup> C. PARMA, *Nuevos Paradigmas en la Dogmática Jurídico-Penal y en el Derecho Penal Internacional*, en *Integración Unión Europea y MERCOSUR*, dirigido por M. CIURO CALDANI Y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Revista ECSA-Argentina, Nro. 2, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000, p. 183 ss.; J. DA ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Víctor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 87 ss.; D. BAIGÚN, *La integración progresiva en el MERCOSUR*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, cit., p. 117 ss.; E. BACIGALUPO, *El Derecho y la Integración Económica*, en <http://www.merco-sur.net>; M. CUÑARRO, *De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, <http://www.aapdp.com.ar/archivos/parabajar/cunarro.pdf>; M. RIQUERT, *Estado de la legislación contra la delincuencia informática en el MERCOSUR*, en *Teorías actuales en el derecho penal, 75 aniversario del Código Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998; D. BAIGÚN, *El proceso de armonización Regional. Proyecto de un Corpus Juris del MERCOSUR*, en *Garantías Penales*, dirigido por N. GARCÍA RIVAS, M. RIQUERT, Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 215 ss.; A. SOTO, *La lucha contra la criminalidad en el marco del MERCOSUR*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione europea e del MERCOSUR*, dirigido por M. DI FILIPPO, Giappichelli, Torino, 2012, p. 359 ss.

<sup>3</sup> Sobre la relación existente entre el crecimiento de la criminalidad y el debilitamiento de las fronteras entre los países miembros de los procesos de integración, la globalización económica, el desarrollo de las comunicaciones, la cibernética, la reducción de las distancias por la evolución de los medios de transporte, en definitiva, la fácil y libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales cfr. E. MENDOZA BREMAUNTZ, *Globalización, Intercionalización del delito y seguridad*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1628/16.pdf>; L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada*, La Ley, jueves 6 de febrero de 2014, p. 1; Sobre la revolución del transporte y de las comunicaciones, cfr. E. HOBBSAWM, *América Latina: ¿Integración o fragmentación?*, Edhasa, Buenos Aires, 2008, p. 3; sobre la revolución de la información cfr. M. DERTOUZOS, *What will be?*, Harpers Collins Publisher, New York, 1997, p. 30 ss.

Sabido es que a nivel suramericano se han promovido diferentes instrumentos de derecho internacional penal y de protección de los derechos humanos<sup>5</sup>; existieron, inclusive, tentativas de unificación penal en el pasado reciente (como, por ejemplo, el proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica)<sup>6</sup>. Por su parte, en el mismo MERCOSUR se han implementado medidas encaminadas a la cooperación penal entre los países miembros y para fomentar protección de los derechos humanos<sup>7</sup>. Ello demuestra que, en Suramérica, el camino hacia el desarrollo de un derecho penal regional ya ha comenzado a ser trazado y nada indica que se haya fijado un punto final.

Desde dicha perspectiva y teniendo en cuenta la importancia que el MERCOSUR adquiere en el ámbito regional<sup>8</sup>, sería válido suponer que el Mercado Común del Sur se presenta como un centro de experimentación apropiado para ensayar un sistema de integración penal regional más profundo, que busque dar solución a las problemáticas que actualmente se plantean. De este modo sería posible verificar los costos y beneficios de dicho sistema y tal vez en un futuro proyectar, a partir de los resultados obtenidos en un laboratorio montado en el centro mismo de la región, un sistema de integración penal regional de más amplio alcance.

Pero ¿cómo se podría profundizar el proceso de integración penal entre los países miembros del MERCOSUR?

## **2.Sobre las ventajas del proceso de armonización de las legislaciones penales**

Los procesos de interacción estatal, según cual sea el grado de aproximación que se pretenda entre los sujetos involucrados, pueden desarrollarse mediante sistemas de cooperación, armonización o unificación<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Se afirma que la integración penal basada en una unión democrática establece las bases para que se continúe la lucha contra una repetición de los sistemas autoritarios que se vivieron en el siglo pasado en el ámbito regional del MERCOSUR, cfr. D. ERBETTA, *Introducción*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, cit., p. 26 ss.; C. Parma, *Nuevos Paradigmas en la Dogmática Jurídico-Penal y en el Derecho Penal Internacional*, cit., p. 184.

<sup>5</sup> Cfr. Normativa y declaraciones promovidas por la Organización de Estados Americanos (OEA) y Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) en materia penal.

<sup>6</sup> Iniciativa del Prof. Novoa Monreal de Chile en 1963. Sobre éste se profundizará en el capítulo VI de este trabajo.

<sup>7</sup> A modo de ejemplo es posible citar la siguiente normativa: la CMC/ DEC. N° 2/96 que aprueba el protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales y CMC/DEC. N° 17/05 que aprueba el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR.

<sup>8</sup> El MERCOSUR tiene un PBI de 2.810.891 millones de dólares. Cubre un territorio de casi 14 millones de kilómetros cuadrados y cuenta con más de 276 millones de habitantes (cerca del 70% de América del Sur). Siete de cada diez sudamericanos son ciudadanos del MERCOSUR. Por otro lado, el MERCOSUR se constituye como el área económica y plataforma industrial, más dinámica, competitiva y desarrollada, no sólo de Latinoamérica, sino de todo el hemisferio sur. Está considerado como el cuarto bloque económico del mundo, en importancia y volumen de negocios, y la quinta economía mundial, si se considera el PBI nominal producido por todo el bloque, cfr. [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4657/1/folleto\\_institucional\\_septiembre\\_es.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4657/1/folleto_institucional_septiembre_es.pdf)

<sup>9</sup> Debe tenerse en cuenta que estos procesos no suelen darse en forma pura sino que suelen mezclar muchas veces sus características. Cfr. M. DELMAS- MARTY, M. PIETH, U. SIEBER, *Los caminos de la armonización penal*, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009. p. 36 y ss.; M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER, *Les chemins de l'harmonisation pénale - Harmonising Criminal Law*, Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 373 ss.

En el primer peldaño de la interacción se encuentran los procesos de cooperación, es decir, aquellos que buscan la coordinación de políticas comunes entre los Estados para enfrentar en forma conjunta determinadas problemáticas, sin integrarse en un espacio común. Como se verá más adelante, los mecanismos de cooperación suelen ser aquellos que tradicionalmente han utilizado los Estados para relacionarse a nivel internacional, resignando casi en nada su autonomía y manteniendo intactas sus diferencias<sup>10</sup>. En este orden, la cooperación penal suele manifestarse en la asistencia judicial, la cual es definida como aquella que “se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción jurídica de territorio que le pertenece recurre al auxilio, a la asistencia que pueden prestar otros Estados, por medio de su actividad jurisdiccional”<sup>11</sup>.

En el peldaño más alto de la integración, se encuentran los procesos de unificación, es decir, los sistemas donde todo se funde en uno solo y desaparecen las diferencias entre temáticas que son su objeto. Se adopta una única normativa, mediante una autoridad común, que se aplica en todos los Estados miembros de manera uniforme y generalmente vertical. Los sectores unificados suelen contar con una autoridad que vela por la aplicación correcta de la normativa unificada y sanciona su incumplimiento<sup>12</sup>. En el ámbito penal podría encontrar su expresión, por ejemplo, en la instauración de un cuerpo de normas comunes, por parte de un órgano supranacional, que gocen de primacía y aplicación directa en los Estados miembros.

En un peldaño intermedio, se presentan los procesos de armonización de los ordenamientos jurídicos, donde si bien se mantienen las diferencias entre cada uno de éstos, se busca hacerlas compatibles mediante la aproximación de las legislaciones. Se manifiestan, generalmente, en la creación de normativas que establecen pautas comunes y deben ser transpuestas por cada país miembro a través de la adecuación de su propio sistema jurídico<sup>13</sup>. Lo interesante de la armonización penal es que es un instrumento que facilita la cooperación y podría convertirse en la antesala de una unificación<sup>14</sup>. Pero, por su parte, cuenta con autonomía respecto de aquellas ya que la armonización es una herramienta eficaz para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad transnacional y para asegurar la protección de los derechos humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. M. SOTO, F. GONZÁLEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 12.

<sup>11</sup> Cervini y Araujo la califican como la vedette de nuestros días, cfr. R. CERVINI, J. DE ARAUJO JUNIOR, *Cooperación internacional en el Mercosur. Concepto y límites*, en AAVV, *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, coordinado por D. BAIGÚN, E. ZAFFARONI y otros, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 102.

<sup>12</sup> M. SOTO, F. FLOREAL GONZÁLEZ, *Manual de derecho de la integración*, p. 13 s.

<sup>13</sup> M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, cit., p. 36 y 37.

<sup>14</sup> Muchas veces estos sistemas interactúan y se cruzan, Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, cit., p. 28; González opina que no suelen darse nunca en forma pura F. González, Marco Conceptual y terminológico, en *Manual de derecho de la integración* dirigido por M. SOTO, F. GONZÁLEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 11; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* dirigido por T. RAFARACI, Giuffrè, Milano, 2007, p. 197 ss.

<sup>15</sup> A. BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, Torino, p. 37 ss.

En efecto, se afirma que los procesos de armonización de las legislaciones penales son hoy una tendencia mundial. La causa de dicha tendencia a armonizar es la confluencia de dos factores: por un lado, el universalismo, que sirve de fundamento para la protección de los derechos humanos y a la noción de crímenes de lesa humanidad y, por otro lado, la globalización (económica y de las comunicaciones), los avances tecnológicos y los acuerdos políticos de integración, que terminan por facilitar el desarrollo de la delincuencia transnacional en menoscabo de los sistemas punitivos estatales<sup>16</sup>. Así es que la preocupación por la seguridad internacional, la creciente influencia de diferentes actores (Estados, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales e internacionales) y la multiplicación de mecanismos jurídicos de integración, impulsan a variada intensidad y velocidad la armonización de las legislaciones penales, exponiéndola como si fuese la única “vía real de integración”<sup>17</sup> penal.

En el ámbito del MERCOSUR se han implementado sólo normativas de cooperación judicial y asistencia policial. Por lo tanto, la armonización de las legislaciones penales significaría dar un paso más en el proceso de integración regional en un todo de acuerdo con lo expresamente establecido en el Tratado fundacional “Este Mercado Común implica: ...El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”<sup>18</sup>.

Ahora bien, dando por sentado que el camino a seguir, para profundizar el sistema de integración penal en el MERCOSUR es el de la armonización ¿cuáles serían las herramientas adecuadas a utilizar y los pasos a seguir para llevarlo a cabo?

### **3. Sobre el interés en analizar el proceso de armonización penal de la Unión Europea**

La Prof. Delmas-Marty nos enseña “la comparación es un instrumento necesario para la armonización del derecho penal”<sup>19</sup>. Por ello es que a fin de planificar un derecho penal mercosureño, resulta de interés estudiar los modelos de armonización penal que se plantean en el ámbito internacional. Entre éstos, se presenta como particularmente interesante, para reflexionar en este ámbito regional, el proceso de armonización del derecho penal de la Unión Europea. Ello es así, por las razones que seguidamente se expondrán: La originalidad de la integración europea y de su armonización penal (A); la evolución progresiva que ha tenido en el tiempo y en el espacio (B); los problemas que se le han planteado y las soluciones que ha brindado (C); los vínculos históricos con América y como modelo del derecho del MERCOSUR (D).

#### **A) La originalidad de la integración europea y de su armonización penal**

<sup>16</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, cit., p. 27; U. SIEBER, *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, cit., p. 481 ss.

<sup>17</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Los procesos de interacción*, cit., p. 532.

<sup>18</sup> Cfr. Art. 1 Tratado de Asunción.

<sup>19</sup> M. DELMAS-MARTY, *Del derecho penal a la política criminal*, en *Revista del ILANUD*, año 11, nro. 26, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, p. 71.

La Unión Europea no sólo ha sido parte de la tendencia mundial a la armonización de las legislaciones penales sino que ha marcado este proceso con su originalidad.

Es el ente internacional que ha puesto más profundamente en crisis el concepto de “soberanía estatal absoluta e indivisible”, atento el grado de desarrollo que ha alcanzado su sistema de integración jurídico e institucional. Suele ser definido como un ente sui generis que se ubica a mitad de camino entre los Estados y las organizaciones internacionales; una unión económica, monetaria y política de amplio espectro<sup>20</sup>, casi federal, que se encuentra en pleno proceso de “constitucionalización” supranacional<sup>21</sup>.

A partir de las reformas incorporadas por el Tratado de Lisboa, se ha reconocido a los órganos de la Unión competencia para definir delitos y sanciones penales, mediante instrumentos jurídicos vinculantes cuya correcta aplicación será controlada (y, eventualmente, sancionada) por órganos de la Unión. Este poder de armonización penal ha sido acompañado por el reconocimiento en los Tratados, como parte del ordenamiento jurídico de la Unión, de varios catálogos de derechos humanos y principios fundamentales que legitiman y enmarcan al modelo penal de la Unión en un sistema del tipo constitucional que actuará como límite y guía de interpretación<sup>22</sup>. En definitiva, es evidente que este “*primo germe di vero e proprio diritto penale dell’Unione Europea*”<sup>23</sup> no encuentra parangón en ningún otro sistema de integración penal internacional ni regional.

## **B) La evolución progresiva en el tiempo y en el espacio**

A esta altura debe señalarse que el grado de integración europeo descrito se ha producido en una sucesión de fases caracterizadas por el progresivo incremento de las competencias de la Unión y por un igualmente progresivo refuerzo de su estructura. La Unión Europea comenzó siendo un proyecto de seis estados que era “poco più di un’entità amministrativa a sfondo intergovernativo, gestita da organi a carattere prevalentemente esecutivo”<sup>24</sup>. Al tiempo, progresó en la instauración de un

---

<sup>20</sup> Cfr. entre otros, M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell’Unione Europea*, op. Cit., p. XI; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010, pp. 5 ss; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell’unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 21.

<sup>21</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 15 ss.

<sup>22</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, en *L’evoluzione del diritto penal nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, p. 212 ss; A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, cit., p. 23 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Eppur si muove alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell’Unione Europea*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2008, p. 283.

<sup>24</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Le Qualità della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, en *L’evoluzione del diritto penal nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 340.



mercado común y luego fue avanzando hacia la consolidación de un ente activo en todos los frentes políticos, aún en aquellos de mayor sensibilidad.

Al igual que el proceso de integración europeo, el modelo supranacional de armonización penal alcanzado actualmente por la Unión, no se ha gestado de un día para el otro, sino que es el resultado de un proceso que viene evolucionando hace largo tiempo atrás. A pesar del inicial silencio de los Tratados respecto a cuestiones de naturaleza penal, a lo largo de la historia de la Unión, se han ido verificando e instrumentando diferentes formas de armonización de las legislaciones penales nacionales, impulsados por factores de variada naturaleza y envergadura, pero siempre signados por su particularidad<sup>25</sup>.

### **C) Los problemas que se le han planteados y las soluciones que ha brindado**

Sin perjuicio del desarrollo alcanzado por el proceso de armonización europeo, cabe considerar que el camino transitado por la Unión no ha sido fácil. La Unión ha debido lidiar con resistencias de diferente tipo<sup>26</sup> que aún hoy no pueden considerarse superadas. En efecto, las múltiples razones que evidencian la necesidad de fomentar el derecho penal de la Unión Europea<sup>27</sup>, no parecen haber sido suficientes, hasta la actualidad, para convencer a los países que forman parte de ella de ceder con plenitud la competencia penal<sup>28</sup>. Es que, claro, la armonización supranacional del derecho penal sustancial y procesal, choca con postulados desde siempre considerados esenciales para el Estado nacional: el poder punitivo como expresión de la soberanía estatal<sup>29</sup>; la concepción según la cual los derechos y los

---

<sup>25</sup> Sobre la armonización penal en Europa cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 197 ss.; id, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 787; M. DELMAS MARTY, M PIETH, U SIEBER, *Los caminos de la armonización penal*, cit; J. VERVAELE, *La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea*, en *Revista penal*, CISS/Praxis, nro. 9, 2002, A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law*, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, Amsterdam, p 23 s.; A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 23 ss; A WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, HeinOnline ,12 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2005, p. 148 ss.; J. TERRADILLO BOSOCO, *Política y derecho penal en Europa*, en *Empresa y Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, p. 55; J.M. SILVA SANCHEZ, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Abaco, Buenos Aires, 1998, p. 21.

<sup>26</sup> Cfr. críticas efectuadas al proceso de armonización en el capítulo V y bibliografía allí citada. Asimismo, entre otros, Cfr. L. FERRAJOLI, *Stato di diritto fra passato e futuro*, en *Lo stato di diritto*, dirigido por Costazolo, Feltrinelli, Milano, 2002; H. ALBRECHT, J. SIMON; U. SIEBER, *Reformas del Derecho Penal en México: Sistemas penales e Integración desde una Perspectiva Comparada*, en *Hacia la unificación del derecho Penal. Logros y Desafíos de la Armonización y Homologación Legislativa en México y en el Mundo*, Max-Planck-institut für ausländisches und internationales strafrechtl e Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.

<sup>27</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, p. 27 ss.; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 197 ss.

<sup>28</sup> Cfr. capítulo IV y M. MAZZÒN, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como laboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, en *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXII, Fasc. 6, 2012, p. 1129 ss.

<sup>29</sup> Resistencia a ceder su poder punitivo a los órganos supranacionales ya que éste se considera expresión de la soberanía estatal y manifestación de la tradición cultural de cada país cfr. TJUE, sentencia del 23 de octubre de 2007, c-440/05, *Comission vs. Consejo*, párr. 42.

procesos penales se colocan en el núcleo de las tradiciones de los Estados<sup>30</sup> y reflejan las fundamentales diferencias históricas, sociales, políticas, científicas y constitucionales de los países<sup>31</sup>.

Según afirma el prof. Bernardi para el penalista de formación clásica la idea de un derecho penal regional es una idea difícil de aceptar ya que significa un cambio de perspectiva que pone en dificultad su poca flexibilidad cultural; el derecho penal es una rama del derecho poco abierta a las influencias «externas» y a los rápidos cambios de contenido y estructura del sistema jurídico en su conjunto. Sin embargo en Europa, la reticencia de los penalistas europeos a adoptar una concepción europeísta del derecho penal sólo logró retardar pero no evitar su actual reconocimiento puesto que las exigencias de cooperación y armonización de los sistemas penales viene directamente reclamada por la construcción de una Unión entre países con realidades cada vez más integradas<sup>32</sup>.

#### **D) Vínculos históricos con América y modelo para el derecho mercosureño**

Europa desde siempre ha tenido una fuerte influencia jurídica, social y cultural sobre los ordenamientos jurídicos americanos. La mayoría de los países que conforman Suramérica han sido colonias de España y Portugal y han recibido un gran flujo migratorio de diferentes pueblos europeos durante y después de las guerras mundiales<sup>33</sup>. Ello ha dejado una importante herencia cultural europea (sobre todo ibérica e italiana) en este continente<sup>34</sup>. Por su parte, hasta el siglo XIX seguían rigiendo en las ex-colonias españolas y portuguesas normas jurídicas e instituciones coloniales y con posterioridad, las principales reformas legislativas fueron diseñadas tomando como modelo los ordenamientos jurídicos y la opinión de la doctrina de Francia, España, Bélgica, Alemania e Italia<sup>35</sup>.

Asimismo, luego de la Segunda guerra mundial, teniendo presente la experiencia de integración que se estaba desarrollando en Europa, los Estados americanos dieron impulso a diferentes procesos de integración regional en América. Éstos se idearon a semejanza del modelo europeo y pretendían reproducir el éxito

---

<sup>30</sup> Cfr. HOUSE OF LORDS, European Union Committee, 42nd Report with Evidence of Session 2006/2007, The Criminal law Competence of the European Community, p. 10 y 48.

<sup>31</sup> A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, en *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, dirigido por L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 335 ss. ; id, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 240 y 241.

<sup>32</sup> A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 3.

<sup>33</sup> Cfr. J.M. RICO, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, p. 75.

<sup>34</sup> J. DA ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, cit., p. 91

<sup>35</sup> E. BACIGALUPO, *El Derecho y la Integración Económica*, MERCOSUR opinión, en <http://www.mercos-sur.net>; S. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tea, p. 109 y ss.; J GONZÁLEZ MACCHI, *La reforma del Código Penal en Paraguay (1998)*, en *Reforma penal y política criminal*, cit., p. 38 y ss.; J. CARBALLA, *Prólogo*, en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 8 citado por G. ALLER, *Reseña histórica de la ley penal uruguaya*, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/ley-penal-uruguay.pdf>

que aquél estaba teniendo (entre estos, es posible mencionar el ALCA<sup>36</sup>, el ALADI<sup>37</sup>, de donde surgieron con posterioridad, el CAN<sup>38</sup> y el MERCOSUR<sup>39</sup>). En el ámbito del MERCOSUR se suele afirmar “los actores del MERCOSUR miramos siempre hacia la Unión Europea porque es el modelo que muestra mayores concreciones tanto en su afianzamiento cuanto en el logro de sus objetivos”<sup>40</sup>.

Por su parte, si bien es claro que el MERCOSUR todavía se encuentra lejos de alcanzar el grado de integración europeo, al igual que éste, es un proceso que se caracteriza por su progresiva y gradual evolución; ciertamente, se sostiene “comenzó siendo un proceso de integración fundamentalmente comercial y hoy es una experiencia que también avanzó sobre aspectos políticos, sociales, productivos”<sup>41</sup>. Inclusive con vistas al futuro, debe señalarse que forma parte del proceso de integración impulsado por la Unión de Naciones Suramericanas<sup>42</sup>, el cual promueve un proyecto todavía más amplio para la aproximación de los pueblos, ya sea por la cantidad de países miembros que involucra, ya sea por los objetivos que se propone.

En función de todo ello, no es desacertado suponer que el rol de piloto que históricamente ha representado Europa para Suramérica siga encontrando correspondencia en la evolución del proceso de integración del MERCOSUR y particularmente, en el progreso que éste haga en pos de lograr una mayor integración penal.

Este trabajo tiene por objeto proponer un sistema de armonización penal para los países del MERCOSUR, a partir del análisis del proceso de armonización penal de la Unión Europea. A continuación se profundizará en el estudio de los mecanismos utilizados, sus efectos en los sistemas jurídicos nacionales, los impulsos que ha recibido de los diferentes factores y los límites que se le han impuesto durante su acontecer histórico. Para lograr la cabal comprensión de dicho fenómeno se realizará un estudio en paralelo de la evolución política, jurídica e institucional de la Unión europea, haciendo especial hincapié en la configuración de su sistema actual. Posteriormente, se procederá a analizar el desarrollo institucional y jurídico del MERCOSUR, en el marco de su contexto regional pasado y futuro, para así determinar los puntos fuertes y débiles de este proceso de integración regional.

---

<sup>36</sup> Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) fue un organismo regional latinoamericano existente entre 1960-1980. Creado el 18 de febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo. Reemplazado posteriormente por la ALADI.

<sup>37</sup> Asociación Latinoamericana de Integración, constituida en 1980 por el Tratado de Montevideo y conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>38</sup> Comunidad Andina de Naciones constituida con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Hoy se encuentra conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

<sup>39</sup> A. SOTO y F. FLOREAL GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 185

<sup>40</sup> A. DREYZIN DE KLOR, A. PEROTTI, *El rol de los Tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 41.

<sup>41</sup> A. SOTO y F. FLOREAL GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, p. 226 ss.

<sup>42</sup> La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la cual se constituye por el tratado del 23 de mayo de 2008, firmado en la ciudad de Brasilia donde se estructuró y oficializó la Organización conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, República cooperativa de Guyana, Paraguay, Perú, República de Surinam, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, se establecerán las ventajas, desventajas y real posibilidad de desarrollar un proceso de armonización penal acorde a las características de los sistemas penales del MERCOSUR, a partir de una reflexión sobre el proceso de armonización de la Unión Europea.

Cabe aquí aclarar, que atento el objetivo fijado, el desarrollo que se efectuará en este trabajo de la evolución política, histórica y jurídica del proceso de integración Europeo como así también del MERCOSUR tienen como única finalidad lograr la cabal comprensión del desarrollo del proceso de armonización penal. No se pretende ni resulta aquí posible abarcar todas las complejas y múltiples cuestiones políticas, económicas, sociales y jurídicas involucradas en dichos proceso de integración regional ya que ello excedería ampliamente la finalidad de esta exposición.



## CAPÍTULO I: UNION EUROPEA COMO ENTE SUI GENERIS

### I.¿Qué es la Unión Europea?

La Unión Europea es un ente internacional conformado por 28 países europeos, que remonta sus orígenes al año 1951 cuando se crea la primera de las tres Comunidades que la anteceden. Hace más de sesenta años que se encuentra en permanente evolución y no tiene establecida una fecha de terminación. Es un fenómeno jurídico “*sui generis che si colloca a mezza via tra uno Stato e una organizzazione internazionale*”<sup>43</sup>. Se trata, en efecto, de una estructura jurídica nueva que no encuadra en ninguna de las categorías clásicas.

#### 1.Unión europea y Estados nacionales: Soberanía nacional y Federación

Se afirma que la Unión Europea invoca la idea de un “súper estado” ya que cuenta con ciertas prerrogativas que, por mucho tiempo, han identificado a los Estados soberanos<sup>44</sup>.

La noción de soberanía<sup>45</sup> se incorpora a la de Estado en la modernidad y se considera que la soberanía es la potestad de imperio suprema, exclusiva y sin condiciones, aquello que hace que el Estado sea precisamente un Estado y no otra sociedad civil<sup>46</sup>. Con la firma de la Paz de Westfalia, se crea una comunidad de Estados donde todos son iguales, independientes y soberanos en sus propios territorios: el Estado soberano es aquella entidad con exclusivo poder dentro de sus límites geográficos<sup>47</sup>. La soberanía como atributo del poder estatal se manifiesta, a su vez, en: la soberanía interna, la cual atiene a la relación de superioridad y

---

<sup>43</sup> Cf. M. FRAGOLA, *Nozioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. XI y XII; S. RIONDATO, *Competenza Penale della Comunità Europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1996, p. 3 y 4 ; M. P. CHITI, *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o « monstro simile »?*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 591 ss.

<sup>44</sup> Expresión utilizada por el Prof. Borghi en una de sus lecciones del curso de grado del año 2010, que tiene a cargo sobre Derecho de la Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara, Italia.

<sup>45</sup> En 1576 Jean Bodin publica su doctrina sobre la soberanía y la define como el poder absoluto y perpetuo de la República, cfr. J. BODIN, *Los seis libros de la República*, Aguilar, Madrid, 1972, p. 48.

<sup>46</sup> G. Jellinek expresó que el poder soberano de un Estado es aquél que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente, cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 327 y ss; S. KAISER, *El ejercicio de la soberanía de los Estados*, en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 86, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2790/6.pdf>.

<sup>47</sup> Los tratados que se firman con motivo a la Paz de Westfalia, tratados de Münster y de Osnabrück, sientan las bases para la definición que luego se tomará de Estado en el art. 1 de la Convención de Montevideo sobre los derechos y obligaciones de los Estados, en la que se afirma que un estado es una entidad que tiene un territorio, una población asentada en dicho territorio, un gobierno y capacidad para relacionarse con otros estados. cf. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 36. Según de las Carreras, las firma de estos tratados marcan el nacimiento de una comunidad de estados que reemplaza el sistema verticalista que regía en Europa, por un sistema horizontal, de equilibrio e igualdad, cfr. A. M. DE LAS CARRERAS, *El desarrollo de la Comunidad internacional como introducción al Estudio del Derecho internacional público*, en *Revista Prudentia Iuris*, nro. 41, Argentina, p. 11; MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 1990, tomo I, p. 3; S. KAISER, *El ejercicio de la soberanía de los Estados*, cit., p 85 y 88.

exclusividad del Estado con respecto a los sujetos que residen en su territorio y la soberanía externa, que hace referencia a la independencia y autonomía del Estado con relación a otros Estados y organismos internacionales<sup>48</sup>. Entonces, la soberanía es concebida como el poder supremo del Estado de legislar y hacer cumplir las normas en su territorio, sin sujeción a otros entes internos y externos<sup>49</sup>, en efecto, es “independencia en el exterior y superioridad en el interior del Estado”<sup>50</sup>.

Si bien ya con el desarrollo de la Comunidad Internacional, a fines del siglo XIX y principios de XX, el concepto de soberanía se flexibiliza<sup>51</sup> -por cuanto los Estados se auto-limitan en pos de lograr mayor armonía y perseguir intereses comunes- con el nacimiento de las Comunidades Europeas<sup>52</sup> esta concepción de la soberanía como cualidad exclusiva y excluyente del Estado en el territorio nacional se ve profundamente limitada<sup>53</sup>. Estas primeras Comunidades ya se conciben con poderes supranacionales, es decir, con capacidad para regular determinadas materias<sup>54</sup> por voluntad propia, surtiendo su normativa efecto directamente en los territorios estatales, generando derechos y obligaciones para los Estados y sus ciudadanos. Se da vida a un ordenamiento jurídico supranacional, que se integra con el derecho interno de los países miembros<sup>55</sup> e impone a los Estados adecuar su ordenamiento jurídico nacional a los postulados de la normativa comunitaria<sup>56</sup>.

Las Comunidades se crean por la voluntad espontánea de los Estados parte y conforme lo afirmaba el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “con la creación de una Comunidad sin limitación temporal, dotada de sus propias instituciones...y sobre todo...de auténtico derecho de soberanía, los Estados, bien que

<sup>48</sup> Hacia finales del siglo XVII, las nociones de independencia y soberanía de los Estados eran tenidos como un solo y único conceptos, en concordancia con las ideas de J. Bodin, cfr. A. M. de las Carreras, *El desarrollo de la Comunidad internacional como introducción al Estudio del Derecho internacional público*, cit., p. 15.

<sup>49</sup> Cfr. M. SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 63.

<sup>50</sup> Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, versión en español trad. de José Lión Depetre, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998.

<sup>51</sup> Según Calogero Pizzolo, con el desarrollo del derecho internacional público, la transformación de las monarquías absolutas en constitucionales, la aparición de estados federales y confederaciones el concepto de soberanía sufre una fuerte flexibilización. Asimismo, según este autor, ha colaborado a la limitación de este concepto la aparición del capitalismo y, sobre todo, del fenómeno de la globalización, cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, Ediar, 2010, Buenos Aires, p. 188 y 193.

<sup>52</sup> Ver capítulo II.

<sup>53</sup> Cf. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., nota 112, p. 36.

<sup>54</sup> Ello se basa en la atribución que los Estados espontáneamente deciden realizar del ejercicio de competencias que les son propias. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya en la sentencia “Van Gend Loos” hace justamente referencia a esta limitación que los Estados han hecho de su propia soberanía cuando reconoce, por primera vez, el efecto directo de las normas de los Tratados, cf. TJCE, sentencia del 5 de febrero de 1963, causa 26/62.

<sup>55</sup> En este sentido, el Prof. Bernardi afirma “*Diritto comunitario può dirsi essenzialmente un diritto che sorge dalla spontanea rinuncia degli Stati al mantenimento del monopolio assoluto delle proprie prerogative sovrane, dando così vita ad un ordinamento) il quale si integra col diritto interno e prevale su di esso*” cf. A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”, en Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea*, dirigido por L. Picotti, Milano, 1999, p. 334.

<sup>56</sup> El principio de supremacía del derecho comunitario, fue establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la famosa sentencia Costa vs Enel del 15 de julio de 1964 y la sentencia Simmenthal del 9 de marzo de 1978, ver capítulo III y IV.

dentro de unos ámbitos determinados, han restringido sus soberanía y han creado un corpus jurídico vinculante tanto para ellos mismos como para sus ciudadanos<sup>57</sup>.

Ahora bien, no obstante se hayan creado Comunidades (hoy convertidas en una Unión) con prerrogativas propias de los Estados ello no implica que se haya dado nacimiento a un gran Estado Europeo, es decir, a aquella federación europea que algunos pretendían realizar al idearse el proceso de integración<sup>58</sup>. En efecto, según Schuman, la supranacionalidad de Europa se sitúa a igual distancia del individualismo nacional que considera como intangible la soberanía Estatal, que del federalismo de los Estados que se subordinan a un súper-Estado dotado de una soberanía territorial propia<sup>59</sup>. Si bien mediante las sucesivas reformas a los Tratados fundacionales cada vez han sido mayores los sectores de gestión y las atribuciones que se le han cedido a la Unión, lo cual ha llevado a sostener que se encamina hacia un modelo federal<sup>60</sup>, la mayoría de los autores niegan que inclusive hoy pueda realizarse tal identificación. Ello encuentra su fundamento en diversas razones (cuya completa exposición excedería el objetivo del presente trabajo) pero a modo de

---

<sup>57</sup> TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa vs. Enel*, causa 6/64, trp. 1964, p. 1129.

<sup>58</sup> En 1929, sobre la base del movimiento “Unión Pan-europa” inspirado en los ideales federalistas de Coudenhove-Kalergise, se crea la Sociedad de las Naciones en la que se pretende establecer un régimen federal entre los Estados europeos, sin menoscabar las soberanías nacionales. Luego, en 1948, se constituye un Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea y se convoca a un comité en el Consejo de Europa donde se ven representadas tres tendencias: los partidarios de la confederación, los federalistas y los funcionalistas. Los federalista sostenían que sólo una federación de estados era capaz de garantizar la unificación de europa occidental. Sobre estos movimientos cf. S. PISTONE, *Il contributo del MFE al dibattito sull'unità europea durante la seconda guerra mondiale*, en *Trent'anni di storia del Movimento Federalista Europeo*, dirigido por S. Pistone, L. Levi, Angeli, Milano, 1973. El mismo Shuman en su discurso afirma “La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne” en la Declaración de Schuman, 9 de mayo de 1950, cfr. M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 216 ss; Nuffield European Studies, *Federalizing Europe?*, dirigido por J.J. Hesse, Oxford, 1995; M. ALBERTINI, *Storia del federalismo europeo*, Torino, 1973; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 40 ss.

<sup>59</sup> Citado por C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., cita nro. 5.

<sup>60</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010, p. 10. Según el prof. Bin “la Union Europea es un algo que camina vendado, en el sentido que no sabe exactamente donde esta yendo pero es empujada en un dirección que la lleva hacia una organizacion de tipo federal”. cfr. R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, en *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali* dirigido por A. Pugiotto citado por A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina. Asimismo, el prof. Bernardi afirma “l'Europa, pur non essendo ancora uno Stato federale, sotto il profilo penale pone però sin d'ora tutti i problemi propri degli Stati federali; problemi per la soluzione dei quali appare necessario un radicale mutamento di prospettiva, vale a dire una ferma volontà di superare quei particolarismi nazionalistici che sono di ostacolo al “dialogo” tra gli ordinamenti e alla loro progressiva integrazione”, cf. A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 5. Según el Prof. A. Nieto Martín las características actuales de la Unión europea como la conformación de los procesos legislativos; el papel de la comisión como incipiente ejecutivo comunitario; las similitudes entre el papel del TJCE y la justicia constitucional, etcétera, permiten una lectura en clave federal de la Unión Europea, cf. A. NIETO MARTÍN, *El Derecho penal europeo a la espera de una constitución*, en *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Cuenca Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 13 ss.



ejemplo es posible enunciar: que la Unión no cuenta con plenos poderes soberanos en cuestiones de importancia como la política exterior, defensa y derecho penal -todos ellos poderes de coerción cuya posesión permitiría a la Unión asumir responsabilidades propias de un Estado y resolver los problemas de una sociedad global-<sup>61</sup>; que no habría un pueblo que se identifique a si mismo como europeo y que sea capaz de asumir la decisión fundamental de su modo de existencia política<sup>62</sup>, etc.<sup>63</sup>.

En definitiva, tal como se afirmara inicialmente, la Unión Europea no encuadra en ninguna tipología de organización estatal pre-existente, siendo un ente conformado por Estados soberanos e independientes, que han decidido compartir porciones de su soberanía con la Unión, a fin de hacerse más fuertes y ejercer mayor influencia en ciertos sectores (económicos, políticos y sociales) que pasaron a ser gestionados por instituciones supranacionales. El principal objetivo de los Estados que crearon las Comunidades que antecedieron a la Unión, no fue formar un gran Estado Europeo sino un sistema que evitara nuevos conflictos bélicos<sup>64</sup> y realizara políticas comunes que fuesen conforme al mundo globalizado que comenzaba a gestarse. Si bien las últimas reformas introducidas por el Tratado de Lisboa han profundizado la integración, creando un ordenamiento jurídico autosuficiente y capaz de expresarse “*materialmente attraverso organi con competenze assimilabili all’esercizio di poteri tradizionalmente considerati sovrani*”<sup>65</sup>, ello no revela más que la estructura quasi-federal de la Unión<sup>66</sup>.

## 2.Unión Europea y las organizaciones internacionales clásicas

Se afirma que la Unión Europea tiene características de una organización internacional del tipo regional pero que no puede identificarse plenamente con estas porque es un “nuevo tipo de organización internacional”<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> Cf. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., p. 37.

<sup>62</sup> Cf. P. CRAIG, *Constitutions, Constitutionalism and the European Union*, en *European Law Journal*, 2001, 7, 2, p. 136 a 139; F. PIZZETTI, *Trattato «costituzionale» europeo e ordinamenti costituzionali nazionali: profili di un rapporto circolare di continua e reciproca «relazione-integrazione»*, Filangieri, [http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti\\_05-1.pdf](http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti_05-1.pdf).

<sup>63</sup> Cfr. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., p. 37 ss; M. FRAGOLA, *Azori, Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, p. XI ss; S. HIX, B. HOYLAND, *The Political System of the European Union*, Palgrave, Londres, 2011, p. 12 ss; M. P. CHITI, *La meta dell’integrazione europea: Stato, unione internazionale o « monstro simile »?*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, cit., p. 591 ss. En el mismo sitio web de la Unión Europea se afirma que la Unión Europea es más que una mera confederación de Estados pero que no es equiparable a un Estado federal, cfr. [http://europa.eu/abc/12lessons/lesson\\_4/index\\_es.htm](http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_4/index_es.htm).

<sup>64</sup> Cf. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 5, A. BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 8.

<sup>65</sup> S. GAMBINO, *Prospettive e limiti del processo di costituzionalizzazione europeo*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200510/gambino.html>.

<sup>66</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 15 ss.

<sup>67</sup> S. HEREDIA, DIEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, 8 ed, Tecnos, Madrid, 1994, cap. I, p. 46 ss.

Las organizaciones internacionales, definidas como “todo grupo o asociación que se extiende por encima de las fronteras de un Estado y que adopta una estructura orgánica permanente”<sup>68</sup>, son sujetos del derecho internacional público<sup>69</sup> y por lo tanto, se encuentran reguladas por las normas y principios que informan este derecho<sup>70</sup>. A partir del siglo XIX, nacen para desenvolverse en un ámbito exclusivamente técnico<sup>71</sup> pero luego, con el desarrollo del proceso de institucionalización de las convenciones multilaterales entre Estados, se establecen organizaciones políticas con vocación universal, tales como la Organización de Naciones Unidas<sup>72</sup>. Junto con las organizaciones de tipo mundial, van surgiendo, también, organizaciones del tipo regional donde se agrupan varios Estados independientes pertenecientes a entidades geográficas precisas para alcanzar de diversos objetivos económicos, políticos, sociales, etc.<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> M. MEDINA, *Las organizaciones internacionales*, Alianza Universidad, 2 ed. Madrid, 1979, p. 151. Según Calduch de esta definición de Medina se desprenden los dos caracteres esenciales que concurren en toda organización internacional: la internacionalidad: que los miembros que integran una organización de este género tienen que proceder o formar parte de distintos estados, lo que les diferencia de aquellos grupos o colectividades integradas por miembros pertenecientes a un solo Estado; la estructura orgánica permanente: las organizaciones internacionales vienen singularizadas también, frente a otras formas de relación internacional de carácter esporádico o transitorio, por el hecho de que poseen una serie de órganos, de medios humanos y de recursos financieros y jurídicos de una cierta permanencia temporal, cf. R. CALDUCH, *Relaciones Internacionales. Editorial Ediciones Ciencias Sociales*. Madrid, 1991, p. 1, cf. <http://www.ucm.es/info/sdrelint/lib1cap8.pdf>.

<sup>69</sup> En el siglo XIX, los organismos adquieren personalidad jurídica internacional, razón por la cual, al igual que los Estados, comienzan a ser considerados como sujetos de derecho público internacional. Cfr. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, tomo I, p. 15.

<sup>70</sup> El derecho internacional público se compone por las normas y actos jurídicos que regulan las conductas de los Estados entre sí, de éstos con organismos internacionales, y de estos últimos entre sí. Estas normas generalmente tienen origen convencional o nacen dentro de las organización internacional pero también pueden estar constituidas por el *ius cogens*, cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, p. 5, 23 y 27; L. A. PODESTÁ COSTA, J. M. RUDA, *Derecho internacional público*, Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1988, p. 3.

<sup>71</sup> Como es el caso de la Unión Telegráfica Internacional, la Unión Postal Universal, etc.

<sup>72</sup> La Organización de las Naciones Unidas, fue fundada el 26 de junio de 1945 en San Francisco mediante la firma por 50 países de la Carta de Naciones Unidas; comenzó a existir en octubre de ese año cuando dicho documento fue ratificado por la mayoría de los firmantes y hoy es, la organización intergubernamental más importante del mundo, ya que se encuentra integrada por 193 Estados, cfr. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit, p. 95 y 96.

<sup>73</sup> J. SCHUTTE afirma que el derecho regional es “*le développement de modalités de collaboration internationale qui lient au moins trois Etats indépendants appartenant à une entité géographique bien précise*” cf. Informe de la asociación internacional de derecho penal de septiembre 1992 en Helsinki, *Régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale*, RID pén. 1994, p. 21.

Las organizaciones internacionales suelen basarse en normas de origen convencional, es decir, nacen por la firma de tratados entre Estados, los cuales son concebidos como acuerdos entre pares. Mediante dichos tratados se establecen las bases para desarrollar procesos de cooperación<sup>74</sup> a fin de satisfacer intereses comunes y se crean estructuras (con o sin personalidad jurídica) que guiarán el desarrollo de dicha cooperación. Generalmente, las organizaciones internacionales se crean bajo el modelo intergubernamental<sup>75</sup>, es decir, donde cada Estado se compromete a colaborar con el resto pero manteniendo su autonomía e independencia, sin ceder porciones esenciales de su soberanía estatal, evitando así que su interés individual pueda quedar sometido a merced del interés de la organización.

---

<sup>74</sup> Molina del Pozo manifiesta que el orden jurídico internacional se basa en la idea de cooperación, a diferencia del orden jurídico comunitario que se basa en desarrollar un proceso de integración Cfr. F. MOLINA DEL POZO, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, Trivium S.A., Madrid, 1997, p. 451. Encontraría su antecedente en el nacimiento de una Comunidad de estados, con la firma de la Paz de Westfalia, donde se establece una política de equilibrio de fuerzas entre Estados iguales entre sí, la cual se retoma en el Congreso de Viena (1815) pero bajo el signo de la cooperación, la solidaridad y la concertación entre las cuatro grandes potencias europeas que se reúnen en dicho Congreso, cfr. A. M. DE LAS CARRERAS, *El desarrollo de la Comunidad internacional como introducción al Estudio del Derecho internacional público*, cit., p. 18.

<sup>75</sup> Debe tenerse en cuenta que el modelo intergubernamental no se da siempre en forma pura ya que suele tener diferentes grados de intensidad y puede mezclarse con la supranacionalidad, por ejemplo, el SICA es un organismo esencialmente intergubernamental con rasgos de supranacionalidad, asimismo la UE cuando se encontraba compuesta de tres pilares mezclaba supranacionalidad e intergubernamentalidad.

Las instituciones de la organización son ámbitos que facilitan la colaboración entre los países miembros (es decir, se establecen órganos intergubernamentales donde se encuentran representados los intereses estatales<sup>76</sup>) donde se genera un derecho de coordinación<sup>77</sup>, diferente al derecho de subordinación de los ordenamientos internos o los ordenamientos supranacionales<sup>78</sup> puesto que, en principio, es adoptado y hecho cumplir por los mismos Estados miembros<sup>79</sup>. El derecho de carácter vinculante<sup>80</sup> que nace a partir de dichas organizaciones internacionales, por lo general, requiere del consentimiento de cada Estado miembro tanto para su adopción como para surtir efectos jurídicos en el territorio nacional. Cada Estado debe aceptar, espontáneamente, firmar los tratados constitutivos o convenciones que nacen en el seno de las organizaciones<sup>81</sup> y las normas propuestas por las organizaciones internacionales, en su gran mayoría, requieren del voto unánime<sup>82</sup> o del consenso de todos los Estados miembros para su aprobación<sup>83</sup>.

Por su parte, luego de ser adoptado el texto definitivo de las normas en cuestión, deben ser consentidas<sup>84</sup> mediante actos internos en los Estado partes para generar derechos y obligaciones en el territorio nacional<sup>85</sup> e, inclusive, cuando dichas

---

<sup>76</sup> No hay un legislador por afuera de la voluntad de los estados cfr. S. NEGRO, *Derecho de la Integración Manual*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 47; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 523 ss.

<sup>77</sup> El hecho de que los Estados —al igual que los organismos internacionales— sean a la vez sujetos de derecho y sus agentes generadores, solamente, puede llevar a la existencia de un sistema de coordinación de voluntades soberanas, MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 25.

<sup>78</sup> Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 10.

<sup>79</sup> Lo cual no afecta en nada el carácter obligatorio de la norma jurídica internacional, cfr MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 25.

<sup>80</sup> Aquí debe aclararse que también existe una normativa no vinculante dentro de las organización internacionales, las cuales suelen ser recomendaciones, comunmente denominadas fuentes de “soft law”, que se adoptan por funcionarios y expertos. No obstante, no sean obligatorias, en algunas organizaciones ejercen tal peso político o generan tales consecuencias económicas que ejercen una importante influencia en las decisiones normativas y políticas de los estados, Cfr. U. SIEBER, *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, en *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 514; A. BERNARDI, *Soft law e diritto penal: Antinomie, convergenze, intersezioni, en Sof law e hard law nelle società postmoderne*, dirigido por A. Somma, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1 ss.

<sup>81</sup> Y en el caso de que sean tratados constitutivos, se debe unánimemente votar a favor de la adopción del texto que las constituyen, cf. art. 9 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

<sup>82</sup> Tiene como principal inconveniente que todos los estados deben votar a favor, por lo que cuentan derecho a veto frente a cada normativa.

<sup>83</sup> Cuando una decisión se toma por consenso es porque no existe votación y tampoco abstención al respecto: es simplemente que ninguna parte se opone a la decisión. Es una forma moderada de unanimidad que busca suavizar el rigorismo de ésta y suele ser muy utilizada en las organizaciones de integración regional por ejemplo: las decisiones que se adoptan en la Reunión de presidentes y el Consejo de Ministros del SICA; las decisiones adoptadas por Conferencia con valor jurídicamente vinculante en CARICOM son adoptadas por consenso, etc.

<sup>84</sup> De conformidad al derecho público argentino, en el proceso de conclusión de los tratados en buena y debida forma corresponde "distinguir varias etapas: la negociación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo; la firma, también por este Poder; la aprobación por el Congreso; y la ratificación por el Poder Ejecutivo, cfr. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 54 y 65

<sup>85</sup> A veces basta con el acto de ratificación y otras veces es necesario que el Estado emita una norma interna que acoja la norma internacional. Cf. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 9 y ss.

normativas son elaboradas como convenios o tratados, los Estados suelen contar con la facultad de hacer reservas al momento de su ratificación<sup>86</sup>. Un claro ejemplo de lo expresado, son las Convenciones de la ONU, las cuales son consideradas tratados internacionales que requieren de la ratificación y aprobación interna de cada Estado parte para que sean aplicables en el ordenamiento nacional dado que la ONU no cuenta con la facultad de emanar normas que se apliquen directamente en el derecho interno de los estados miembros.

Ahora bien, una vez que las normas con carácter vinculante de las organizaciones internacionales entran en vigor, los Estados quedan obligados por el derecho internacional y no pueden invocar disposiciones de derecho interno como justificación de la falta de cumplimiento de las normas internacionales<sup>87</sup>. Ello implica, por un lado, que las normas internacionales tienen primacía frente a las normas nacionales, lo que significa que el Estado debe adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales<sup>88</sup>. Por otro lado, comporta que el incumplimiento o violación de un Estado de las obligaciones internacionales asumidas traerá aparejada

---

<sup>86</sup> Las reservas son las declaraciones unilaterales que hacen los Estados, en el momento de obligarse por el tratado, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de éste en su aplicación al reservante. Obedecen, generalmente, a la oposición que encuentran algunas cláusulas del tratado en el órgano interno del Estado encargado de autorizar el consentimiento. La Convención de Viena, en el art. 19, consagra el derecho a realizar reservas como principio general. Cfr. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 112

<sup>87</sup> Cf. art. 13 de la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados (1949) ONU; art. 26 y 27 del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969); art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969); capítulo III y IV del Tratado de Cartagena; art. 1 del Tratado de Asunción y art. 38 del Tratado de Ouro Preto. Cf. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 58 y C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 17 ss.

<sup>88</sup> En los laudos arbitrales, en los casos *Alabama* de 1872 y *Montijo* de 1875, ya se sostiene la primacía del derecho internacional cf. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 17 y 18. La Corte Permanente de Justicia Internacional ha afirmado el principio de primacía en el caso *Winbledon*, 17/8/1923, y en la opinión consultiva sobre el *Canje de poblaciones griegas y turca*, cf. CPJI, 1925, Serie B, n 10, p. 20, etc. Tal criterio jurisprudencial ha sido reiterado por la C.J.I. en el caso de las *Pesquerías- (Reino Unido-Noruega) y Nacionales de Estados Unidos en Marruecos (Francia-Estados Unidos)*, cf. CIJ, Recueil, 1951 Y Kecueil, 1952; fue reconocido, también, por Corte Interamericana de Derechos Humanos, cfr. CIDH, op. consultiva, del 9/12/1994; caso *Velazquez Rodriguez s/indemnizacion compensatoria*, 21/7/1998; caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26/9/2006. Cf. C. Botassi, *Lesas humanidad, responsabilidad del Estado y prescripción*, LL, Buenos Aires, martes 23 de abril de 2013, p. 1 y ss; J. DOBOVSEK, *Derecho Internacional Penal –Derecho Penal Internacional*, LL, Buenos Aires, martes 28 de enero de 2014, p. 1.

su responsabilidad internacional<sup>89</sup> y conllevará, en determinadas circunstancias<sup>90</sup>, el deber de reparar<sup>91</sup>.

Sin embargo, debe advertirse que la primacía del derecho de los tratados y del derecho nacido de las instituciones de las organizaciones intergubernamentales, no ha sido aceptada pacíficamente ni en la teoría<sup>92</sup> ni en la práctica, sobre todo, cuando dicha primacía se conjuga con normas de carácter constitucional<sup>93</sup>. Por su parte la responsabilidad internacional de los Estados y su obligación de reparar la violación o incumplimiento de la normativa internacional ha sido desarrollada, principalmente, por vía jurisprudencial<sup>94</sup>, no existiendo generalmente disposiciones específicas al respecto en el seno de las organizaciones<sup>95</sup>. Si bien varias de estas organizaciones

---

<sup>89</sup> Se afirma que así como los Estados tienen facultad de actuar en la esfera internacional, adquiriendo derechos, también adquieren obligaciones cuyo incumplimiento determina su responsabilidad internacional. A excepción, según el art. 46 de la Convención de Viena, que el consentimiento del Estado haya sido dado en violación de las normas internas y que ello afecte a una norma de importancia fundamental para el derecho interno, cf. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, cit., p. 14 ss.

<sup>90</sup> Que la conducta sea atribuible a un Estado, inclusive por los actos de sus agentes o particulares cuando no se llevaron a cabo medidas necesarias para impedirlo o no se sancionó a los responsables y que haya habido un violación de una obligación internacional. N. A. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, *La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 12, 2012, México, p. 7.

<sup>91</sup> La Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha expresado que tanto la violación como el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de un Estado genera responsabilidad porque ya de por sí genera un perjuicio. Una vez constatada la responsabilidad del Estado debe comprometerse a cesar con dicho accionar y comprometerse a no repetirlo. Asimismo, deberá restituir o reparar el daño si es que existió y además deberá otorgar una indemnización como forma de compensación y satisfacción por el perjuicio causado. Cfr. Resolución de Asamblea General de la ONU, A/Res/56/83/ del 28/01/2002. Cfr. bibliografía sobre este tema en nota 45 de A. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, *La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*, cit..

<sup>92</sup> Recuerdese en este orden la discusión en derecho internacional público entre los Monistas y Dualistas. Asimismo, dentro de los mismos monistas, por ejemplo, Welzel afirmaba que no había supremacía de la norma internacional sobre la nacional, cfr. F. WENZEL, *Juristische Grundprobleme*, 1920, citado por MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p.54; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, p. 260 ss.

<sup>93</sup> En general, salvo contadas excepciones, las autoridades de los países miembros de las organizaciones internacionales no aceptan que las normas internacionales ocupen un lugar jerárquicamente superior a las normas constitucionales. Las constituciones más modernas tienden a asignar prioridad a los tratados y convenciones sobre las leyes internas, mientras que en otros sistemas constitucionales se les otorga igual jerarquía que las leyes dictadas por el Congreso en consecuencia de aquélla, cfr. MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 59; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, cit., p. 150 ss y 300 ss.

<sup>94</sup> Una de las primeras sentencias en este sentido fue de la Corte Internacional de Justicia, cfr. CPIJ sentencia del 26 de junio de 1927, *Fabrica de Chorzow*, en CPIJ, serie A Nro. 9 1928, p. 33, posteriormente en CIJ, caso *del Canal de Corfú (fondo)*, cfr. ICJ, Reports 1949; CIJ, caso *Nicaragua c/EEUU*, ICJ, Reports 1986. También se ha expedido en este sentido la CIDH, opinión consultiva nro 1/1982; sentencia del 21 de julio de 1989, *Velazquez Rodriguez vs. Honduras*, en serie C, num. 7; sentencia del 31 de enero del 2006, caso de la Masacre de Pueblo Vello vs. Colombia, en serie C, num. 140, sentencia del 27 de noviembre del 2008, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, serie C, num. 192; asimismo la CEDH, en sentencia del 28 de octubre de 1998, *caso Osman vs. United Kingdom*; sentencia del 28 de marzo del 2000, *Kiliç vs. Turkey*.

<sup>95</sup> Debe señalarse que hubo algunas tentativas de crear una convención que establezca la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de las normas internacionales: en 1930, por la

internacionales establecen órganos facultados para dirimir cuestiones entre los Estados (con motivo a la interpretación y aplicación de la normativa de la organización<sup>96</sup>), se observa que no suelen prever sanciones para el Estado incumplidor (salvo alguna excepción<sup>97</sup>) ni existen mecanismos que aseguren el cumplimiento de las sentencias que dictan (a pesar de que se haya expresamente establecido la obligatoriedad de sus decisiones)<sup>98</sup>. En definitiva, sus sentencias se traducen en una especie de sanción política para el Estado que ha puesto en duda la efectividad y la estabilidad de las instituciones de la organización<sup>99</sup> -incumpliendo o violando sus normas- como así también en guías de interpretación para los órganos estatales encargados de aplicarlas.

A diferencia de los sujetos de derecho público internacional, la Unión Europea evoluciona con el carácter innovador de ser una “comunidad supranacional”<sup>100</sup>. Si bien tiene origen convencional, los tratados que la han creado y modificado, han tenido por objeto desarrollar una Comunidad (luego Unión) diferente al modelo intergubernamental existente ya que en la base de ésta se encuentra la voluntad de los Estados de renunciar a porciones de soberanía estatal, a favor de un ente autónomo con poder para gestionar –independientemente- ciertas materias<sup>101</sup>. El nivel de integración alcanzado por la Unión hoy, ha sido de tal profundidad que no puede compararse con otras iniciativas internacionales de cooperación organizada<sup>102</sup>, en este sentido, se afirma “*l’ Europa comunitaria presenta il livello di realizzazioni concrete ed in definitiva di integrazione reale di gran lunga più elevato, soprattutto quanto alla posizione giuridica ed agli interessi dei singoli, dei cittadini*”<sup>103</sup>.

La Unión Europea, ha establecido un sistema institucional, con participación democrática, inspirado en la complejidad de los sistemas estatales más que en la

---

Sociedad de la Naciones, en 1956 y 2001, por la Comisión de la ONU pero hasta la actualidad no han dejado de ser sólo proyectos cf. N. A. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, *La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*, cit., p. 21.

<sup>96</sup> Como por ejemplo la Corte Internacional de Justicia, con sede en la Haya, órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

<sup>97</sup> Por ejemplo, en la ONU el Consejo de Seguridad se encuentra facultado para imponer sanciones en los casos de “amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” como así también para asegurar el cumplimiento de ciertas resoluciones, cfr. capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en doctrina S. TALMON, *The Security Council as World Legislature*, en *99 American Journal of International Law*, 2005, p. 175 ss. Como se verá más adelante, ciertas excepciones a lo expuesto se verifica en la CADH y el CEDH.

<sup>98</sup> Cfr. L. BENINCASA VARNIER, *La Corte Penal Internacional como sistema global, cooperación de los Estados en su funcionamiento*, en *La Ley*, 2012-F, p. 718 ss.

<sup>99</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 321 ss.

<sup>100</sup> M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 4.

<sup>101</sup> Cf. TJCE, dictamen del 14 de diciembre de 1991, causa 1/91 donde se afirma “los estados han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también, sus nacionales”.

<sup>102</sup> M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 7 ss..

<sup>103</sup> G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 2 y 3.

simplicidad de los sistemas internacionales<sup>104</sup>. Se sustenta con fondos propios (a diferencia de la generalidad de las organizaciones internacionales) y en su interior se encuentran representados los diferentes intereses estatales, regionales, privados y de la misma Unión. Su creciente complejidad institucional es el reflejo de la pluralidad de competencias (exclusivas, compartidas y de apoyo) y poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que progresivamente ha ido adquiriendo.

Mediante la Unión se genera un ordenamiento jurídico de “*nuovo genere*” que introduce normas de diversa naturaleza. Su sistema jurídico se compone principalmente de tres tipos de normas: 1) internacionales-constitucionales: los tratados y sus revisiones; 2) de la unión: los actos adoptados por las instituciones de la Unión; 3) nacionales: las normas adoptadas por los estados para implementar y ejecutar el derecho de la Unión<sup>105</sup>. Los tratados fundacionales y modificatorios -derecho originario- tienen las características de una “Carta constitucional”<sup>106</sup> y junto con el derecho emanado de los órganos de la Unión -el derecho derivado- tienen efecto directo y primacía sobre todas las normas nacionales<sup>107</sup>. Los reglamentos que emite la Unión se aplican directamente en los estados miembros sin necesidad de una norma nacional que los ratifique o incorpore y las directivas, si bien deben ser transpuestas en el ámbito interno de cada Estado, en caso de incumplimiento o insuficiencia en su transposición, pueden gozar de efecto directo en la legislación nacional y el Estado incumplidor ser sometido a sanciones<sup>108</sup>.

El procedimiento legislativo de la Unión, tiene características que no se conciben con el método de la cooperación intergubernamental. El poder de iniciativa descansa en la Comisión (órgano que representa los intereses de la Unión) y la aprobación de los actos normativos en la decisión conjunta del Parlamento (representa a los ciudadanos) y el Consejo (representa a los Estados). En el Consejo suele bastar la mayoría simple o cualificada<sup>109</sup> para aprobar las normas UE y en el ámbito de las competencias compartidas toman intervención, también, los parlamentos nacionales como guardianes del principio de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>110</sup>. Luego de aprobadas las normas la Comisión ejecuta el derecho de la Unión y vigila su efectiva transposición, pudiendo activar el procedimiento de infracción contra el Estado incumplidor<sup>111</sup>.

---

<sup>104</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 54.

<sup>105</sup> Con relación a las diferentes categorías de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Unión, Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 2 ss.; R. MONACO, *Diritto della Comunità Europea e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 111 ss; M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell'Unione europea*, p. XI s; asimismo el Tribunal de Justicia lo afirma en la sentencia del 5 de febrero de 1963, causa 26/92 y la sentencia del 15 de julio de 1964, caso 6/64.

<sup>106</sup> Provocadas además por la jurisprudencia del TJUE que ha tenido “il ruolo di motore costituzionale della costruzione europea”, cfr. A. BERNARDI, *Le qualità della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, en *L'evoluzione del diritto penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 341.

<sup>107</sup> Son principios establecidos por la jurisprudencia a partir de TJCE, sentencia del 5 febrero de 1962, causa 26/62, *Van Gend en Loos* y TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, causa 6/64, *Costa*.

<sup>108</sup> Cf. art. 288 y 289 TFUE.

<sup>109</sup> Cf. art. 294 TFUE y ss.

<sup>110</sup> Cf. Protocolo nro. 2 sobre la aplicación del principio de proporcionalidad y de proporcionalidad.

<sup>111</sup> Cf. art. 258 TFUE y ss.



Si bien los Estados miembros son responsables de garantizar la oportuna y exacta transposición de las directivas, así como la correcta aplicación de la totalidad del derecho UE, mediante los jueces nacionales, el Tribunal de Justicia actúa como último intérprete del derecho UE<sup>112</sup>. A diferencia de los otros organismos internacionales, en caso de dudas sobre la interpretación y validez de una norma UE, los jueces nacionales pueden recurrir ante el Tribunal (recurso por cuestión prejudicial<sup>113</sup>), quien emite opiniones obligatorias para todos los estados miembros<sup>114</sup>. Otra nota distintiva y de relevancia, es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede imponer sanciones pecuniarias a los Estados, en determinados casos, cuando se verifique el incumplimiento de sus obligaciones para con la Unión<sup>115</sup>.

Finalmente, debe señalarse que la diferencia de las organizaciones intergubernamentales, el status particular que el ordenamiento jurídico de la Unión da a las personas (físicas y jurídicas) ubicándolas a la par de los Estados miembros y las instituciones. Los sujetos particulares pueden hacer requerimientos directamente a la Unión, cuestionar la legalidad de los actos y omisiones de sus órganos y presentar ante el Tribunal de Justicia un recurso para la reparación de los daños que hayan sufrido como resultado de la acción u omisión de la Unión o de sus agentes<sup>116</sup>. Por su parte, también podrán estar sujetos a sanciones por parte de la Comisión por el incumplimiento, en ciertos casos, del derecho Unión<sup>117</sup>.

En definitiva, todo lo expuesto demuestra aquello que ya muy tempranamente afirmara el Tribunal de Justicia “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”<sup>118</sup>.

## **II. Derecho penal UE: derecho internacional penal sui generis**

En el ámbito de la Unión Europea nace el derecho penal de la UE, el cual si bien forma parte del derecho internacional penal y, más particularmente, del derecho penal europeo, como ya es posible presumir de lo anteriormente expuesto, cuenta con características que lo distinguen, sobre todo en lo que hace a su poder de influencia en los sistemas jurídicos nacionales.

El derecho internacional penal es la rama de derecho que regula los problemas penales que se plantean a nivel internacional<sup>119</sup> y según el Prof. Pradel se

---

<sup>112</sup> G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 3 señala que la jurisprudencia de los órganos nacionales y del Tribunal de Justicia relativa al derecho de la Unión, ha tenido un valor esencial en el desarrollo del ordenamiento jurídico de ésta, lo cual también hace a su distinción con otras formas de cooperación intergubernamental.

<sup>113</sup> Cf. art. 267 TFUE; ver cap. IV.

<sup>114</sup> G. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2010, p. 148.

<sup>115</sup> Cf. Art. 258, 259 y 260 TFUE.

<sup>116</sup> Cf. art. 263, art. 265, 268, 340 TFUE.

<sup>117</sup> Cf. arts. 101 a 106 TFUE.

<sup>118</sup> Así lo sostuvo el Tribunal de Justicia en la citada sentencia *Van Gend en Loos* cfr. supra. 65.

<sup>119</sup> A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2005, p. 1: “droit pénal international est la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent

integra de tres tipos de derechos<sup>120</sup>: en primer lugar, el derecho penal nacional o derecho penal nacido de acuerdos bilaterales, que regula el juez competente en los delitos cometidos en el extranjero por un nacional o por un extranjero en el territorio nacional; en segundo lugar, el derecho penal internacional mundial, desarrollado en el marco de una comunidad internacional para tutelar los intereses jurídicos internacionales<sup>121</sup>; en tercer lugar, el derecho penal regional el cual se vincula con las modalidades de cooperación y armonización penal acordadas, entre al menos a tres Estados independientes, pertenecientes a una entidad geográfica precisa<sup>122</sup>.

---

au plan international”.

<sup>120</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, Dalloz, Paris, 2009, p. 1.

<sup>121</sup> Sobre las problemáticas que este derecho genera para los postulados clásicos del derecho penal cfr. L. TASSARA, *Algunas consideraciones distintivas del derecho penal internacional*, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos aires, 2008, fasc 8, 1356 ss; E. MALARINO, *Informe sobre la Argentina*, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, dirigido por K. Ambos, E Malarino, Montevideo, 2003; K. AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Temis, Bogotá, 2006, p. 85.

<sup>122</sup> J. SCHUTTE, *The regionalization of international criminal law and the protection of human rights in International cooperation in criminal proceedings*, en *Review in Penal Law*, Vol 65, cit., p. 21.

Siendo claro que el primero no tiene mayor relevancia a los fines de la armonización de las legislaciones penales, aquí se pasará a describir brevemente las otras dos expresiones del derecho internacional penal a fin de trazar las notas distintivas, respecto de estos, del derecho penal de la UE.

### **1.Derecho penal mundial**

Este derecho, principalmente, se conforma por normas de origen convencional<sup>123</sup> que tienen por objeto: 1) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir los delitos de relevancia transnacional como así también facilitar la cooperación interestatal y asistencia técnica<sup>124</sup>; 2) garantizar el respeto de los derechos fundamentales, limitando y utilizando como herramienta al derecho procesal penal y penal sustancial; 3) garantizar el juzgamiento y sanción de los responsables de crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> En verdad, también se encuentra conformado por normas consuetudinarias que no pocas problemáticas genera la actuación de éstas en el ámbito penal pero esta cuestión excede los fines de esta exposición, cfr. K. AMBOS, *La construcción de una parte general*, en *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional* dirigido por K. AMBOS, E. Malarino, J. Woischnik, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2005, p. 13

<sup>124</sup> Cfr. C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Hacia la internacionalización del Derecho penal*, en *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad Pública*, dirigido por V. Gómez de la Torre, N. Sanz Mulas, Comare, Granada, 2005, p. 33 ss; J SCHUTTE, *The regionalization of international criminal law and the protection of human rights in International cooperation in criminal proceedings*, cit., p. 30 ss.

<sup>125</sup> Estos Tribunales se encargan de sancionar a las personas físicas, ya que la responsabilidad del Estado por los crímenes internacionales no es penal. Ello es así, no obstante varios autores propugnan que también éstos deberían ser responsabilizados penalmente. Sobre responsabilidad del estado por crímenes internacionales, cf. N. A. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, *La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos*, cit., p. 10 ss.

A partir del siglo XX, y sobre todo luego de que irrumpe la globalización, los Estados deciden encarar en forma conjunta la lucha contra “la criminalidad organizada transnacional” mediante la firma de diversas convenciones<sup>126</sup>. Stiglitz indica “la globalización es la integración más estrecha de los países y pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menos grado) personas a través de las fronteras”<sup>127</sup>. Este fenómeno hace que la delincuencia se vuelva cada vez más compleja y transnacional por lo que nace el derecho internacional penal, basado en la idea de cooperación, con el objeto, por un lado, establecer diferentes formas de asistencia entre los Estados para lograr mayor eficacia y efectividad en la prevención, investigación y sanción de los delitos y, por otro lado, aproximar las legislaciones penales nacionales en materia de delitos de tráfico de drogas, trata de personas, lavado de dinero, terrorismo, etc. para así asegurar su persecución internacional<sup>128</sup>.

Por su parte, con el propósito de establecer un marco común de protección de los derechos fundamentales y asegurar su respeto a nivel internacional, se firman, también, diversas convenciones internacionales que reconocen los derechos humanos, las libertades fundamentales y las garantías esenciales de los ciudadanos<sup>129</sup>. Si bien muchas de éstas van más allá del derecho penal, generan vínculos para el legislador y juez penal nacional en la fase de creación y aplicación de las normas, las

---

<sup>126</sup> Así lo hace notar, entre otros, M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, en *Los caminos de la armonización penal*, dirigida por M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber, UCLM, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 27; U. SIEBER, *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, en *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 481 ss; L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada, La Ley*, jueves 6 de febrero de 2014, p 1.

<sup>127</sup> Cfr. J. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2006, p. 37. La globalización es definida también como la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil, y, relacionada básicamente con todo esto, aparece como un fenómeno que es al mismo tiempo algo familiar e inasible, que modifica la vida cotidiana y que fuerza a todos a adaptarse y a responder, cf. U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, p. 42.

<sup>128</sup> Ejemplo de éstas son las Convenciones de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; para la Represión de la Financiación del Terrorismo; para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas; contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional); etc.. Schutte afirma que en ambito global hay más instrumentos internacionales relativos al derecho penal sustancial que en los ámbitos regionales. Donde hay organizaciones regionales hay más convenciones de cooperación que de armonización cf. J SCHUTTE, *The regionalization of international criminal law and the protection of human rights in International cooperation in criminal proceedings*, cit., p. 31.

<sup>129</sup> Son ejemplo de éstas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada en 1989), etc..

cuales muchas veces se traducen en obligaciones de incriminación y desincriminación<sup>130</sup>.

Después de la segunda guerra mundial y a causa de las graves violaciones de derechos humanos que ponen en evidencia, se comienzan a crear tribunales internacionales para juzgar y sancionar delitos de naturaleza internacional. En este orden, se creó el Tribunal de Núremberg, el cual fue un Tribunal Penal Internacional, de naturaleza militar, que juzgó los crímenes contra el derecho de gentes y contra la humanidad<sup>131</sup> cometidos por los partícipes del régimen nacional-socialista entre el 1 de septiembre de 1939 y mayo de 1945<sup>132</sup>. Con posterioridad, tomando dicho modelo, la ONU ha creado diferentes tribunales internacionales para juzgar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos constatadas en diferentes países, tal fue el caso del Tribunal de la ex-Yugoslavia, Tribunal de Ruanda, etc.<sup>133</sup>.

En consonancia con esta tendencia, en 1998, se constituyó la Corte Penal Internacional Permanente, con el objetivo de perseguir y sancionar a los individuos que cometan crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y de agresión. Fue creada por una convención de carácter internacional (el Estatuto de Roma), la cual define los tres delitos mencionados en primer término, establece las penas con las que podrán ser sancionados, enuncia principios y garantías para los imputados y regula el procedimiento que se llevará a cabo para su juzgamiento y sanción. El mencionado estatuto limita la intervención de la Corte a la constatación de que dichos crímenes no hayan sido suficientemente sancionados en el ámbito nacional de los países miembros (principio de complementariedad)<sup>134</sup> y si bien

<sup>130</sup> Como por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,(1984), La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), La Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

<sup>131</sup> Según el Art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar Anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, son los crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad

<sup>132</sup> El acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, impulsado por las naciones aliadas, estableció el Tribunal que condenó a varios acusados a pena capital. Cfr. E. WASHINGTON, *The Nuremberg Trials: The Death of the Rule of Law*, en *Loyola Law Review*, Vol. 49, 2003, p. 471 ss.; M FLORES, *Crimini contro l'umanità e crimine di genocidio: contraddizioni e problemi da Norimberga a oggi*, en *Quaderni fiorentini XXXVIII*, 2009, p. 1505 ss; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 1978.

<sup>133</sup> Resolución nro. 808 (1993) del 22/02/1993, cfr. B. GOY, *Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court*, en *International Criminal Law Review*, 2012, 12, p. 1ss.; C. APTEL, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, en *International Review of the Red Cross*, 1997, Vol. 37, p. 675 ss.; J.GETC, I. LESCURE, *Histoire du fonctionnement du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, en *RID pén*, 1996, p. 233 ss; C. RYNGAERT, *State Cooperation with the International Criminal Tribunal for Rwanda*, en *International Criminal Law Review*, 2013, 13, p.125 ss.

<sup>134</sup> Es creada por el Tratado de Roma de 1998, firmado hoy por 120 Estados. Para profundizar sobre esta temática cfr. D. CARO CORIA, *La garantía del tribunal imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos. análisis desde el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, dirigido por Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2010, p. 295; C. GRAMMER, *El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina*, en Temas Actuales del Derecho Penal Internacional dirigido por K. Ambos, E. Malarino, J. Woischnik, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2005, p. 43; K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Cooperación y asistencia judicial*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2007; J. LELIEUR, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional: un derecho represivo de nueva generación*,

establece que sus decisiones serán obligatorias, la ejecución de la condena se deja en mando de uno de los Estados miembros que la misma Corte elija. En el caso de que éste no cumpla con su obligación, se podrá disponer que intervenga otro pero no se establece algún tipo de sanción para el incumplidor<sup>135</sup>.

Conforme es posible advertir de lo expuesto, las normas del derecho penal mundial son normas de derecho internacional público y como tales gozan de las características de éstas: nacen de la celebración de convenios multilaterales, donde cada Estado cuenta con plena libertad para adherirse, obligarse a través de su ratificación y hacer las reservas que crea pertinentes<sup>136</sup>. Una vez que los Estados las incorporan a sus ordenamientos, éstas gozan de primacía y generan la obligación de adaptar el derecho penal interno a las disposiciones allí contenidas (incriminando lo que éstas prohíben y desincriminando aquello que éstas aceptan), pero no suelen establecer plazos ni sanciones específicas por la falta de su transposición. Todo ello limita su poder armonizador ya que debiendo llegarse a acuerdos entre Estados con sistemas jurídicos heterogéneos, generalmente, se establecen conceptos amplios e imprecisos que no aproximan en la práctica las legislaciones, cuya implementación e interpretación quedará librada a la buena voluntad y los tiempos de los Estados, que muchas veces se muestran prontos para la firma pero no tanto para su ratificación y verdadera transposición.

Si bien el Estatuto de Roma contaría con mayores aptitudes para ejercer influencia en los sistemas nacionales ya que sus definiciones podrían conllevar a una especie de unificación de los derecho penales nacionales mediante la actuación de la Corte, se entiende que la introducción del principio de complementariedad ha implicado la subsidiariedad del sistema allí establecido debilitando tal carácter unificador<sup>137</sup>. Por su parte la imposibilidad de establecer sanciones efectivas al Estado incumplidor de sus sentencias, también ha sido señalada como una marca de debilidad en cuanto a su poder armonizador<sup>138</sup>.

---

p.43; E. FRONZA, E. MALARINO, *El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en Los caminos de la armonización penal, cit., p.79; V. VARGAS, *Agotamiento de recursos internos y principio de complementariedad: ¿dos caras de la misma moneda?*, en Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, cit., p. 517 ss.

<sup>135</sup> En el Estatuto de Roma se establece que la Asamblea de los Estados Partes examinará y resolverá cuestiones relativas a la falta de cooperación entre los Estados y la CPI de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87 del Estatuto. Sin embargo, en el artículo 112-2-f no hace referencia al tipo de medidas que la Asamblea de los Estados Partes podría adoptar al recibir una remisión de este tipo. Si un Estado que no es parte omite cooperar con la Corte, la Asamblea de los Estados Partes de la CPI carece de la autoridad o la capacidad para censurar a ese Estado o exigirle que asuma su responsabilidad como Estado. Carece de autoridad para imponer a los Estados soberanos sanciones por incumplimiento. Cfr. L. BENINCASA VARNIER, *La Corte Penal Internacional como sistema global, cooperación de los Estados en su funcionamiento*. La Ley, 2012-F, p. 718 ss.

<sup>136</sup> Debe aquí aclararse que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no permite hacer reservas.

<sup>137</sup> Cfr. M. DELMAS MARTY, Los procesos de interacción, en Los caminos de la armonización penal, cit., p. 532. A ello se suma el hecho de que varias normas deben ser complementadas por disposiciones nacionales a las cuales el Estatuto renvía para su precisión, cfr. S. RIONDATO, *Effettività e idealità del diritto penale internazionale*, Intervento alla Conferenza Crimini di guerra e giurisdizione internazionale 11 giugno 1999, Biblioteca Comunale Ariosteia, Ferrara.

<sup>138</sup> Cf. D. CARO CORIA, *La garantía del tribunal imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos. análisis desde el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*, cit., p.

## 2. Derecho penal regional: el derecho penal europeo

Dentro del derecho penal regional, se encuentra el derecho penal europeo, el cual es definido por el profesor Pradel como “*un ensemble de normes pénales (substantielles, procédurales, pénitentiaires) communes à divers Etats d'Europe dans le souci de mieux lutter contre la criminalité, notamment contre la criminalité transnationale organisée*”<sup>139</sup>. En este ámbito se ubica el derecho penal desarrollado, principalmente, por el Consejo de Europa<sup>140</sup> ya que, conforme afirma el Prof. Bernardi, el proceso de erosión del carácter meramente estatal de los sistemas penales europeos y de la relativa ciencia penal coincide con el nacimiento de éste<sup>141</sup>.

El Consejo de Europa es una organización internacional<sup>142</sup>, creada en 1949<sup>143</sup>, con la finalidad de “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común ... (entre ellos) la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>144</sup>. Actualmente lo conforman 47 Estados europeos<sup>145</sup>, se rige por su propio Estatuto y sus instituciones principales son: el Comité de Ministros (donde se encuentran representados todos los países miembros del Consejo de Europa), la Asamblea Parlamentaria, el Secretario General y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el cual es el más relevante, por la trascendencia política y jurídica de su labor).

---

297 ss.; U. SIEBER, Los factores que guían la armonización del Derecho penal, en Los caminos de la armonización penal, cit., p. 516; L. BENINCASA VARNIER, *La Corte Penal Internacional como sistema global, cooperación de los Estados en su funcionamiento*. La Ley, 2012-F, p. 718 ss; cfr. también se expide por la falta de poder del Corte para imponer sus sentencias, S. RIONDATO, *Effettività e idealità del diritto penale internazionale*, Intervento alla Conferenza Crimini di guerra e giurisdizione internazionale 11 giugno 1999, Biblioteca Comunale Ariostea, Ferrara; M. DELMAS-MARTY, *Chances et risques d'une justice pénale internationale*, en *Arch. Phil.droit*, 53, 2010, p. 118 ss.

<sup>139</sup> El prof. Pradel indica que su definición es voluntariamente amplia y sin una toma de posición sobre la naturaleza de las normas ni sobre qué es Europa. Cf. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 2.

<sup>140</sup> También forma parte del derecho penal europeo otras iniciativas en materia penal, tales como: el derecho penal de Schengen que es el derecho que nace a partir del Acuerdo de Shengen, el cual preveía intensificar la cooperación judicial y policial entre ciertos países; este derecho pasó a integrar el derecho de la Unión a partir de su incorporación por el Tratado de Amsterdam, razón por la cual será tratado con posterioridad, cf. capítulo III. Asimismo, se encuentra el Derecho penal de los países nórdicos, el cual nace después de 1960, mediante la creación de un Comité nórdico de derecho penal, órgano permanente que comprende un representante de cada uno de los cinco Estados (Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia y Suecia) y tiene por misión preparar la cooperación en materia penal. cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 12; J. SCHUTTE, *The regionalization of international criminal law and the protection of human rights in International cooperation in criminal proceedings*, cit., p. 31; V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, North America, 2009, p. 14.

<sup>141</sup> Cf. A. BERNARDI, *La europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 7 y ss.

<sup>142</sup> Debe aquí precisarse que el Consejo de Europa no es lo mismo que el Consejo Europeo o el Consejo de la Unión Europea; el primero es un organismo diferente e independiente de la Unión mientras que los dos últimos son órganos que forman parte de ésta, Ver capítulo IV

<sup>143</sup> Creado por el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1945. El Consejo de Europa es la más antigua de las organizaciones que persiguen los ideales de la integración europea.

<sup>144</sup> Cfr. art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949.

<sup>145</sup> Lo integran todos los Estados europeos (28 son los que conforman la UE), salvo Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano, por ser sus regímenes políticos incompatibles con los principios que sustentan la pertenencia al Consejo.

La normativa del Consejo se traduce en resoluciones, recomendaciones y convenciones del tipo internacionales, las cuales, en gran número, se encuentran vinculadas con el derecho penal<sup>146</sup>. Las Convenciones son las únicas normas con efecto vinculante para los Estados partes, sin embargo, el resto de su normativa también ha muchas veces incentivado a los Estados a tomar medidas comunes<sup>147</sup>. Entre la década del 50' y 60' del siglo pasado, las convenciones penales del Consejo de Europa eran principalmente de cooperación y asistencia judicial<sup>148</sup>. Luego, comenzaron a promoverse convenciones de derecho penal sustancial con el objeto de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales y las respuestas punitivas otorgadas a la criminalidad transnacional<sup>149</sup>.

Entre los instrumentos normativos del Consejo, se destaca el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>150</sup>, el cual estableció principios y reglas esenciales<sup>151</sup> para proteger los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, ámbitos donde “la materia

---

<sup>146</sup> Del sitio web del Consejo surge que se han realizado aproximadamente 60 convenciones y protocolos adicionales en materia penal cf. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/1Conventions.asp>. Asimismo, ha sido importante la labor de su “European Committee on Criminal Problems” el cual ha incentivado la investigación en criminología y justicia penal, controlando y proponiendo medidas para la lucha y prevención del delito, cfr. publicaciones en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/4Collected\\_studies.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/4Collected_studies.asp)

<sup>147</sup> Así lo afirman. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 11; en el mismo sentido U. SIEBER, *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, en *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 513 ss. Entre otras resoluciones en materia penal, cabe citar: CM/Rec(2012)12E / 10 October 2012 Recommendation of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners (Adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2012 at the 1152nd meeting of the Ministers' Deputies); CM/Rec(2012)11E / 19 September 2012 Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system (Adopted by the Committee of Ministers on 19 September 2012 at the 1151st meeting of the Ministers' Deputies), etc.

<sup>148</sup> A modo de ejemplo corresponde citar: Convention on the Transfer of Sentenced Persons (1983); European Convention on the Control of the Acquisition and Possession of Firearms by Individuals (1978); Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (1978); European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (1972); European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (1970) European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders (1964); European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (1959); European Convention on Extradition (1957).

<sup>149</sup> Por ejemplo: Criminal Law Convention on Corruption (2000); Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law (1998); Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (1990 y 2004); European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1987); European Convention on the Suppression of Terrorism (1977); Convention on the Prevention of Terrorism y Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (2005); Convention on Cybercrime (2001); Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005), Cf. otras en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/1Conventions.asp>

<sup>150</sup> Esta fue firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los Estados fundadores del Consejo de Europa. Ella se complementa con 11 Protocolos adicionales.

<sup>151</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 14 ss. Conforme establece el art. 1, el convenio reconoce ciertos derechos y libertades fundamentales, derechos civiles y políticos universales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y penas o tratamientos inhumanos o degradantes; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derechos a la familia, derecho a un juicio justo, etc. Es un catálogo similar al Pacto de New York y a la CIDH.



penal<sup>152</sup> se encuentra a menudo involucrada<sup>153</sup>. En efecto, a partir de esta Convención surgen diversas exigencias para el legislador, a saber: 1) prohibición de violar derechos fundamentales mediante la pena; 2) prohibición de incriminar conductas que impliquen un ejercicio de derechos fundamentales; 3) obligación de incriminar conductas lesivas a los derechos fundamentales<sup>154</sup>. Este convenio, también genera obligaciones para el juez nacional ya que sus normas son consideradas directamente aplicables y requieren que la norma nacional sea interpretada conforme a lo estipulado por ésta. En el ámbito europeo, ha adquirido tal relevancia que ha sido considerado como una *lex superior*, como una especie de “justicia constitucional supranacional”<sup>155</sup> que prevalece sobre las normas penales nacionales precedentes y sucesivas, integrando las formas de control constitucional eventualmente previstas en cada Estado<sup>156</sup>.

En el mencionado Convenio se establece un control jurisdiccional para asegurar el respeto de sus disposiciones. A tal fin se crea el Tribunal Europeo de

---

<sup>152</sup> Cabe precisar que el Convenio, en el art. 6, preve diferentes derechos y garantías en “materia penal”. En un famoso caso, donde Inglaterra había pretendido escapar de las disposiciones de la Convención definiendo como “administrativas” las detenciones efectuadas a terroristas del IRA, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido lo que debía entenderse por “materia penal” sosteniendo que no importaba cuál fuese el título que el Estado le pusiese a las sanciones ya que siempre que estas fuesen aflictivas (y previstas en otros estados miembros como sanciones penales) deben ser consideradas penales y el sujeto debe gozar de la garantías penales previstas en las convenciones de derechos humanos, cfr. TEDH, sentencia del 21 de febrero de 1984, Ozturk, en *Rev. it. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 894. Respecto a esta cuestión cfr. DELMAS-MARTY, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, coordinado por Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, en *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 819 ss; A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, en *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, dirigido por S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, CEDAM, 2001, p. 270ss; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, p. 227 y ss.

<sup>153</sup> Se afirma que de cada tres juicios ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo, dos son vinculados con el derecho penal, cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 14.

<sup>154</sup> Para profundizar sobre estas exigencias al legislador, cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea di diritti dell'Uomo*, en *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2007, p. 46 ss.

<sup>155</sup> Cfr. M. Cappelletti, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, en *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss; id, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, en *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p. 625 s. y bibliografía citada por A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 9.

<sup>156</sup> Cabe tener presente que el Convenio tiene valor supraconstitucional en los Países Bajos y el mismo valor que la constitución en Austria y Suiza. Se ubica entre la ley y la Constitución en Bélgica e Italia (conforme lo ha establecido la jurisprudencia) y en Chypre, España, Francia, Grecia y Portugal (conforme surge de la Constitución). Ello implica que frente a un conflicto entre una norma de la Convención y el derecho interno, el juez debe hacer prevalecer el Convenio y no aplicar la ley nacional contraria a la norma y el legislador debería modificar la ley nacional. Cf. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 9. Para un estudio comparativo detallado en cuanto a la implementación de la CEDH y las sentencias del TEDH en los países europeos véase el trabajo colectivo dirigido por H. KELLER, A. SWEET, *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford University Press, 2008. Sobre Italia y las sentencias nro. 348 y 349 del 22 octubre 2007 y sentencia nro. 230 del 12 octubre 2012, del Tribunal Costituzionale, cfr. S. NOVELLI, *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, en *Diritto e giurisprudenza*, 2012, 2, p. 100; F. PALAZZO, A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, en *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, p. 33 ss.

Derechos Humanos (TEDH)<sup>157</sup>, como una forma de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las normas del Convenio. Los Estados partes cuentan con la facultad de recurrir ante dicho órgano cuando consideren que otro Estado miembro no cumple con sus disposiciones; asimismo, pueden recurrir los particulares cuando se hayan visto afectados la violación de las normas del Convenio por uno de sus miembros y luego, de haber agotado todos los recursos internos posibles<sup>158</sup>. En este último caso, si el Tribunal entiende que un Estado ha violado el Convenio y que el derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, podría condenarlo a pagar a la víctima una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH)<sup>159</sup>. Sus sentencias son obligatorias y la ejecución de éstas es controlada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, quien puede llegar a tomar medidas (no especificadas) conforme lo establecido por el art. 46 del Convenio, en el caso de constatar incumplimientos<sup>160</sup>.

Ahora bien, claro es que la única Convención del Consejo que se diferencia por su mayor capacidad de armonización, respecto de las clásicas normas del derecho internacional público, es el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con facultades para establecer a favor del particular afectado una indemnización equitativa ante la violación de sus normas, ha implicado un avance hacia la armonización de las legislaciones en materia de derechos humanos y un mayor límite al monopolio penal Estatal.

Sin embargo, debe hacerse notar que en muchos casos los Estados han encontrado diversas formas de neutralizar la influencia de éste en su legislación penal nacional; así algunos le otorga un rango simplemente legislativo<sup>161</sup>, no le conceden efecto self-executing a sus disposiciones<sup>162</sup>, interpretan restrictivamente los

---

<sup>157</sup> Ver art. 19 y ss CEDH. En verdad, el Convenio establece diversos órganos de control de los principios y derechos previstos, pero el gran número de causas abiertas ante el Tribunal Europeo conllevó a una reforma y todos los órganos de control fueron sustituidos en 1998 por un único Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, lo que posibilitó la simplificación del procedimiento, acortar su duración y acentuar la naturaleza jurisdiccional del sistema. Cfr. A. Gil Gil, las aportaciones del Tribunal Europeo De Derechos Humanos al derecho penal internacional. coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, cit., p. 311 ss.

<sup>158</sup> Cfr. art. 34 y 35 CEDH; W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., p. 11. cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea di diritti dell'Uomo*, cit., p. 68 ss.

<sup>159</sup> Cfr. por ejemplo la sanción impuesta al gobierno francés en TEDH, sentencia del 4 de noviembre de 2010, *Darraj vs. France*, donde se condena a Francia a pagar 15000 euros.

<sup>160</sup> Cf. Reportes anuales del Comité en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/documents/publications\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/documents/publications_EN.asp)? Cfr. *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, del 10 de mayo de 2006. Hace referencia a estas, F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea di diritti dell'Uomo*, cit., p. 69.

<sup>161</sup> Tiene el mismo valor que la ley en Alemania (art. 59 de la ley fundamental) y en Suecia (ver ley del 5 de mayo de 1994) Cf. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 29.

<sup>162</sup> Como sucedió en Irlanda y Noruega (en los que existen sistemas dualistas que consideran que el derecho nacional e internacional constituyen sistemas de derechos distintos que coexisten separadamente. El derecho internacional no se puede aplicar en el ámbito interno a menos que exista una ley nacional que lo recepte o que modifique el sistema dualista en monista) donde el Convenio no se incorpora al ordenamiento jurídico interno y en la práctica tiene el rol de autoridad moral, utilizado

derechos reconocidos en el Convenio o pone a resguardo la ley nacional ante cualquier conflicto con sus disposiciones<sup>163</sup>. Por su parte, el hecho de que el TEDH no cuente con instrumentos para obligar al Estado a ejecutar sus sentencias ni pueda imponerle una determinada forma de ejecución, son señalados como signos de debilidad en cuanto a su poder de influencia en los derechos nacionales<sup>164</sup>. Finalmente, la noción del “margen nacional de apreciación” (noción desarrollada por el mismo Tribunal para los asuntos en los que las medidas restrictivas o derogatorias de los derechos reconocidos en el Convenio son admitidas por las autoridades nacionales por razones de orden público)<sup>165</sup>, no es propio para el desarrollo de unificación penal<sup>166</sup>.

### 3. Derecho penal de la Unión Europea

La armonización penal de la Unión Europea, se ha diferenciado desde un principio de la armonización penal mundial y regional del Consejo de Europa, y sin lugar a dudas ello se vincula con su estructura y sistema particular.

En un principio, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no se proponían ingresar en el ámbito de los derechos penales nacionales. En función de ello, se le otorgaron poderes supranacionales a los órganos de las Comunidades<sup>167</sup>, a sus normas se les reconocieron efectos penetrantes y no se hizo referencia alguna al derecho penal ni la tutela de los derechos humanos<sup>168</sup> en el texto de los Tratados en cuestión. Sin embargo, por las características penetrantes de las normas de las

---

como guía de interpretación jurisprudencial, cf. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p 28; G. ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, en *Riv. intern. dir. uomo*, 1991, p. 719.

<sup>163</sup> En el Reino Unido ocupa un lugar particular porque si bien en un principio este fue parte de los países mencionados anteriormente, la Human Rights Act 1998 integró la Conv. EDH al ordenamiento jurídico de una manera especial: por un lado existen dos disposiciones favorable a la supremacía del texto del Convenio al derecho nacional (art. 6 y art. 2). pero, por otro lado, en caso de conflicto entre el derecho nacional y el Convenio, se obliga a los jueces ingleses a salvaguardar el derecho inglés y no considerarlo implícitamente derogado. Asimismo, entre otras particularidades, esta no permite proclamar los derechos por el CEDH previsto en forma horizontal (entre particulares) J.R. SPENCER, *English criminal procedure and the Human Rights Act 1998*, en *Israel Law Review*, 33, 1999, párrafo 664; F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di Diritto penal comparato*, Giappichelli, Torino, 2005. p. 186 ss; L. LEIGH, *The influence of European Convention of Human Rights on English Criminal Law and Procedure*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1993-1, p. 3 ss.

<sup>164</sup> J. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, cit., p. 16 y 17. Por estas razones y por el hecho de no tener efecto casatorio sino sólo entre las partes, se califican de “limitados” los efectos de sus sentencias, cf. K. Ambos, M. Böhm, *Tribunal Europeo De Derechos Humanos y Corte Interamericana De Derechos Humanos: ¿Tribunal Timido y Tribunal Audaz?*, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlin, 2011, p. 49 y 52. A modo de ejemplo se citan TEDH sentencia del 22 de marzo de 1983, *Campbell et al. v. the United Kingdom*, párrafo 38; TEDH, sentencia del 27 de agosto de 1991, *Demicoli v. Malta*, párrafo 45.

<sup>165</sup> El TEDH incorpora la doctrina del margen de apreciación nacional, a sus resoluciones a partir de los casos *Lawless vs. Irlanda*, de 7 de abril y 1 de julio de 1961, *Lingüístico Belga c. Bélgica*, de 23 de julio de 1968, *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*, de 18 de junio de 1971, *Engel y otros vs. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, *Handyside vs. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978.

<sup>166</sup> M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, p. 543 ss

<sup>167</sup> A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 11.

Comunidades, desde muy temprano, éstas ya comienzan a condicionar la interpretación y aplicación de los derechos penales nacionales, generando una cierta armonización<sup>169</sup>.

Por esos años, el Tribunal de Justicia, advirtió que resultaba necesario asegurar la protección de los intereses financieros de las comunidades, razón por la cual estableció el deber de los Estados de disponer sanciones -inclusive penales- y proporcionadas, para protegerlos. Por su parte, también, afirmó que los derechos fundamentales conformaban el ordenamiento jurídico de la Unión como parte de los principios generales del derecho<sup>170</sup>. De esta forma, el Tribunal de Justicia, se reserva el control sobre la proporcionalidad de las sanciones establecidas por los Estados y el control sobre el respeto de los derechos fundamentales dentro de la Unión, es decir, sin contar con competencia en materia penal, ya tiene poder de armonización en este ámbito y ejerce influencia en las interpretaciones jurisprudenciales.

Con posterioridad, cuando los objetivos de integración se amplían y se incluye expresamente la materia penal dentro del ámbito intergubernamental de la Unión<sup>171</sup>, adoptándose diversas normas de cooperación y armonización que, principalmente, buscan complementar los instrumentos internacionales penales ya existentes<sup>172</sup>. Sin embargo, al poco tiempo, advertida su poca eficacia, se introducen herramientas que profundizan la labor de armonización de la Unión. Entre ellas, cabe aquí mencionar a las decisiones marco que, a diferencia de las clásicas convenciones, no requieren de ratificación, no otorgan la posibilidad de hacer reservas a sus disposiciones, establecían un determinado plazo para su transposición y obligaban a los jueces nacionales a interpretar el derecho nacional de manera conforme a sus disposiciones.

---

<sup>168</sup> El Tribunal de Justicia inclusive sostenía que la salvaguarda de los derechos del hombre no ingresaba en su ámbito de competencias, cfr. la sentencia del 4 de febrero de 1959, causa 1/58, Stork.

<sup>169</sup> A. BERNARDI, *L'européizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 12 ss. Ver desarrollo de esta temática en cap. II.

<sup>170</sup> TJUE, sentencia del 12 de noviembre de 1969, causa 29/1969, *Stauder*; se afirma: “los derechos fundamentales constituyen parte integrante de los principios generales del derecho, de los cuales él mismo garantizará su observancia”; Debe aquí tenerse en cuenta que en la práctica, el texto internacional mas usado ha sido el del CEDH.

<sup>171</sup> Mediante el tratado de Maastricht y su modificatorio, el Tratado de Amsterdam.

<sup>172</sup> Se afirma “*L'Union européenne élabore des instruments dans des domaines sur lesquels le Conseil de l'Europe a déjà statué. Donc ces instruments complètent ceux du Conseil de l'Europe et y font tout naturellement référence*”, cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 26 s. En particular, cfr. G. Grasso, Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 3/1992, p. 835.

Por su parte, los derechos fundamentales se hacen más visibles dentro de la Unión ya que aparecen expresamente mencionados en los Tratados<sup>173</sup> y se adopta la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>174</sup>. Esta Carta complementa el catálogo de derechos del CEDH, ya proclama algunos principios fundamentales en materia penal no previstos por el CEDH<sup>175</sup> y respecto a aquellos ya previstos en dicho Convenio, establece la obligación de darles el mismo sentido y alcance que se les había conferido<sup>176</sup>. La doctrina afirma que no obstante Carta, por varios años mantuvo un carácter meramente político<sup>177</sup>, ejerció importante influencia en el legislador europeo<sup>178</sup> y en la actividad interpretativa de los jueces de Luxemburgo<sup>179</sup>, de los jueces nacionales<sup>180</sup> e inclusive, de los jueces de Estrasburgo<sup>181</sup>.

En efecto se ha afirmado al respecto “Di qui il seguente paradosso: che cioè, nonostante l'assenza di una diretta competenza della Comunità europea in materia penale, all'interno dei sistemi penali (e punitivo-amministrativi) nazionali il diritto comunitario primario (Trattati e principi di diritto non scritto) e soprattutto quello secondario (regolamenti e direttive) hanno sinora comportato processi d'armonizzazione complessivamente non inferiori rispetto a quelli realizzati tramite il ricorso alle Convenzioni”<sup>182</sup>.

---

<sup>173</sup> Donde expresamente se establece la necesidad de respetar los derechos humanos del CEDH y las constituciones nacionales (cfr. art. f y k.1, Tratado de Maastricht y art. 6 del tratado de Amsterdam).

<sup>174</sup> Proclamada por primera vez el 7 de diciembre de 2000 en Niza y por segunda vez el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Sobre la eficacia casi jurídica de la Carta ya antes de su formal equiparación a los Tratados cfr. A. RUGGERI, *La forza della Carta europea dei diritti*, en *Riv. dir. pubbl.comp. europ.*, 2001, p. 184.

<sup>175</sup> Como es el caso del principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas no previsto, por lo menos expresamente, en la mayor parte de las Constituciones europeas y de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 20 ss.

<sup>176</sup> Cfr. art. 52 de la Carta

<sup>177</sup> A raíz de la perplejidad de los Estados miembros frente a las consecuencias de orden constitucional conexas con su eventual e inmediata elevación al rango de derecho primario, cf. A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 673 ss

<sup>178</sup> Cfr. Parlamento europeo, resolución 2001/2022 del 31 de mayo del 2001.

<sup>179</sup> Cfr. A. BARBERA, *La Carta europea de derechos: una fuente de reconocimiento?*, en *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 250 ss.; A. LOIODICE, *La Carta de Niza: un parámetro axiológico*, en *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, dirigido por G. F. Ferrari, Milán, 2001, p. 211; asimismo M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, en *Giornale dir. amm.*, 2010, 3, p. 222.

<sup>180</sup> Para una interesante reseña de los casos en los cuales la Carta ha influenciado en las autoridades jurisdiccionales italianas y de otros países miembros cfr. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 381; F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, cit., p. 2.

<sup>181</sup> Cfr. M. DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la CJCE*, en *RSC*, 1995, p. 23 s; F. SUDRE, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, en *JCP* 1998, 1, 100.

<sup>182</sup> A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, en *Riv. Trim. Dir. Pen Econ*, 2002, p. 807 s.

En el 2009, con el Tratado de Lisboa le otorgó valor supranacional tanto al derecho penal de la Unión como a la Carta de Derechos Fundamentales. Por un lado, se admite la posibilidad de que la Unión emita normas vinculantes en materia penal, con el control de la Comisión sobre su efectiva transposición y, poder de, eventual, sancionar al Estado incumplidor. Por otro lado, se le otorga a la Carta de Derechos Fundamentales valor vinculante y el mismo nivel jerárquico que los Tratados de la Unión. De este modo, los principios y derechos contenidos en la Carta Europea se transforman en parámetros de legitimidad del derecho derivado y las normas nacionales de transposición, generando la obligación de desaplicación ante cualquier contraste<sup>183</sup>. Además, ahora el Tribunal y la Comisión cuenta con poderes plenos de control sobre la transposición de las normas en materia penal y pueden sancionar a los Estados incumplidores.

Surge con claridad que las normas UE y el papel del Tribunal Justicia ha sido más penetrante en el ámbito de la Unión que aquella ejercida oportunamente por los instrumentos del derecho penal mundial y regional del Consejo de Europa. Actualmente, si bien éstos no se encontrarán restringidos en su actuación a ciertos ámbitos delictuales ni la transposición de sus normas presentan conflicto alguno con los corolarios del principio de legalidad<sup>184</sup>, tampoco cuenta con el poder de constreñimiento que genera la posibilidad de una sanción.

---

<sup>183</sup> Cfr. V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 2011, p. 180s.

<sup>184</sup> La necesidad de una ley nacional que ratifique la normativa internacional no genera mayores dificultades para el principio de legalidad ya que en definitiva el Parlamento sigue reservándose el poder de decisión en materia penal.

El avance integracionista de la Unión se ha inmiscuido inclusive en lo que era la materia sobre la que pisaba más fuerte el Consejo de Europa, el ámbito protección de los derechos fundamentales<sup>185</sup>. Teniendo en cuenta que el tratado de Lisboa ha asegurado a la Carta el máximo nivel jerárquico, nivel jerárquico al cual -según el Tribunal de Justicia y la mayoría de la doctrina- no tiene hoy el CEDH (ya que éste no se está integrado todavía al ordenamiento atento la falta de adhesión actual de la Unión<sup>186</sup>), resulta posible deducir que tanto la Carta como el TJUE contarán mayor influencia que aquel y el TEDH en las normas nacionales vinculadas con la competencia UE en materia de derechos fundamentales. Así, en Italia, se ha señalado, por ejemplo, que el gozar de dicha jerarquía les asegura que será desaplicada por parte de cualquier juez nacional toda norma nacional contraria a sus postulados, mientras que si se contraponen a la CEDH sólo podrán ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, cit., p. 8.

<sup>186</sup> TJUE, sentencia del 26 de febrero de 2013, causa 617/10, *Fransson*. Al respecto se señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia había negado previamente que la disposición citada de la Carta haya otorgado valor comunitario al CEDH, Cfr. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, *Rivista Diritto penale contemporaneo*, 3/2013, p. 245 ss; F. RINALDI, *I rapporti tra ordinamento interno e CEDU*, <http://www.filodiritto.com/i-rapporti-tra-ordinamento-interno-e-cedu/#.Ukc1ToY2XCo>; De acuerdo a la Corte Costituzionale Italiana el CEDH tiene carácter subconstitucional (cfr. Corte Costituzionale, sentencia del 12 octubre de 2012, n. 230) por lo que no serviría como parámetro para valorar la legitimidad de normas constituciones y de acuerdo a L. M. DIEZ PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, dirigido por S. Panunzio, Napoles, 2005, p. 279 ss, el control de los jueces de Estrasburgo, hasta ahora no se ha podido ejercitarse directamente sobre los actos aprobados por la Unión, debiendo limitarse al control de sólo las normas nacionales de transposición.

<sup>187</sup> V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 181.

## CAPITULO II: LAS TRES COMUNIDADES Y EL DERECHO PENAL

### I. Las Tres Comunidades

La unión económica, política y jurídica hoy existente, definible como una verdadera comunidad jurídica<sup>188</sup> de 28 países europeos representa el fruto maduro del constante empuje de la Unión hacia el progresivo incremento de sus competencias y refuerzo de su estructura jurídica e institucional. “*L’Unione europea deve, infatti, il suo successo, ma anche i suoi limiti, all’invenzione del metodo funzionalista di Jean Monnet. Debitrice e prigioniera della logica dei piccoli passi*”<sup>189</sup>. Pero no debe perderse de vista que, en verdad, se partió originalmente con una propuesta mucho menos ambiciosa, de sólo seis países, consistente en la creación de una “entità amministrativa a sfondo intergovernativo, privata di ogni ambizione lato sensu federale”<sup>190</sup>, cuyo objetivo era explotar en forma conjunta el carbón y el acero de una zona europea, que representaba un centro de ebullición de posibles conflictos entre dos Estados que con roles esenciales en las dos guerras mundiales.

Obviamente, en aquél primer contexto, el derecho penal no se encontraba incluido en los Tratados fundacionales pero el fortalecimiento de la Comunidad Económica y la voluntad de alcanzar objetivos cada vez más ambiciosos, dejan en evidencia la insuficiencia de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales existentes para tutelar los intereses comunitarios. Tempranamente se advierte que la falta de protección de los intereses de la Comunidad (como por ejemplo los intereses financieros de las Comunidad<sup>191</sup>), la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos nacionales y las transnacionalidad de ciertas conductas ilícitas eran peligrosos para el correcto funcionamiento del sistema comunitario.

#### 1.Nacimiento de las tres Comunidades:

El proceso de integración europeo ha sido, al inicio y por varios años, emprendido por tres comunidades: CECA, EURATOM y CEE<sup>192</sup>. Cada una de ellas fue constituida por un tratado diferente e independiente, con el objetivo de favorecer el desarrollo de políticas comunes en determinados sectores económicos. Estos tratados, conformados por los mismos 6 países, son clásicos acuerdos entre estados - disciplinados por el derecho internacional<sup>193</sup> pero cuentan con la particularidad de

<sup>188</sup> E. BACIGALUPO, *El Derecho y la Integración Económica*, en [http:// www.merco-sur.net](http://www.merco-sur.net) señala que lo particular de la Unión Europea es su diferencia con los procesos anteriores.

<sup>189</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, *Cass. Pen.*, 3, 2010, p. 328.

<sup>190</sup> A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, *Diritto penale e processo*, 1/2004, p. 5.

<sup>191</sup> Cuya necesidad de protección se hace evidente a partir de la introducción del régimen de financiación de la Comunidad con recursos propios, G. GRASSO, *Il Corpus Juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, *Archivio Penale*, 1/2-98, p. 1.

<sup>192</sup> Sobre los antecedentes de remotos de una Europa integrada, cfr. R. CALDUCH, *Relaciones Internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales,. Madrid, 1991, en <http://www.ucm.es/info/sdrelint/lib1cap8.pdf> ;

<sup>193</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2010, pp. 4 ss; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto comunitario*, cit., p. 9 ss.



establecer órganos con poderes supranacionales que se encargarán de velar e impulsar el proceso de integración propuesto<sup>194</sup>.

El más antiguo de los tratados fundacionales fue el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Se firmó el 18 de abril de 1951, en París, por los países de Italia, Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002 ya que su duración se había fijado en 50 años<sup>195</sup>. El CECA, creado sobre la base del “Plan Schuman”, es el primer ente supranacional que se apoya en la confianza recíproca de los Estados miembros que deciden cederle parte de su soberanía nacional<sup>196</sup>, con el fin de explotar en forma conjunta el acero y el carbón de Europa central<sup>197</sup>.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa crece la idea de establecer un sistema que evite nuevas guerras (es decir, que impida que se produzcan nuevamente situaciones políticas, económicas y militares como las que habían llevado a los Estados europeos y el resto del mundo al desastre) y surgen así varias teorías que propugnan la iniciación de un proceso de integración supranacional. Por un lado, se encontraba el movimiento “funcionalista” de Mitrany, el cual consideraba que el origen de las guerras sufridas en el continente se encuentra en los nacionalismos y por ello propone crear un sistema donde las naciones se encuentren más unidas y con menos capacidad para actuar individualmente. Por otro lado, se hallaba el movimiento Federalista Europeo, cuyos precursores pretendían subordinar todos los gobiernos nacionales a una autoridad federal supranacional europea<sup>198</sup>. Las ideas de ambos movimientos, inspiran el funcionalismo-federalismo

---

<sup>194</sup> Carácter supranacional es esencial para comprender el devenir histórico de la Unión Europea porque en la base de este siempre se encuentra la voluntad de los Estados de constituir un ente a quien fiar la gestión de algunas materias esenciales (a través de la cesión de esas partes de la soberanía estatal) para llevar a cabo la integración cf. M. FRAGOLA, *Nozioni di ditto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 7 ss.

<sup>195</sup> Los sectores del carbón y del acero están actualmente sujetos al régimen del derecho común del Tratado UE.

<sup>196</sup> Justamente el carácter supranacional de sus instituciones fue lo que llevo a que el Reino Unido se negase a formar parte, Cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER *Politics in the European Union*, cit., p. 96 s. y 136 s., entre los otros motivos por los que el Reino Unido decide no incorporarse, se señalan: su sentimiento de superioridad por encontrarse entre una de las principales potencias mundiales; su histórico recelo con Francia, uno de los países motores de las políticas de la Unión; la falta de heridas en el nacionalismo británico, por no haber vivido experiencias tales como el fascismo o el nazismo y su siempre estrecha relación con los Estados Unidos. Cfr. también S. GEORGE, *An awkward partner: Britain in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1998, cf. M. MAZZÓN, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como laboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, Anno 4XXII4 Fasc.6, p. 1129 ss.

<sup>197</sup> Cf. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 6; K Lenaerts, P Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, 2011, P. 8 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2008, p. 4 ss; M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, G.Giappichelli, Torino, 2011, p. 216.

<sup>198</sup> Cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 4 ss. Sobre el federalismo europeo, cf. Nuffield European Studies, *Federalizing Europe?*, Oxford University Press, 1996; M. ALBERTINI, *Storia del federalismo europeo*, Torino, 1973; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, Ediar, 2010, Buenos Aires, p. 40 ss; S. PISTONE, L. LEVI, *Trent'anni di storia del Movimento Federalista Europeo*, Angeli, Milano,

de Jean Monnet, a quien se le atribuye la redacción del plan Schuman<sup>199</sup>: Monnet creía en el desarrollo de una genuina comunidad económica sobre la base de instituciones supranacionales que pudiesen adoptar políticas comunes y planear racionalmente el proceso a seguir en el futuro<sup>200</sup>; creía en la necesidad de fomentar un extenso y dinámico mercado común que luego se encaminara hacia algo que fuese más allá de dicho mercado.

Las ideas de Monnet aplicadas a la explotación del carbón y el acero en la zona del Ruhr y de El Sarre, además de ser útiles para fomentar la utilización de dichos materiales con fines pacíficos ( lo cual hacía no sólo impensable sino también materialmente imposible una nueva guerra) eliminaba un posible foco de conflicto entre Francia y Alemania (dos países que siempre estuvieron en el centro mismo de las guerras mundiales)<sup>201</sup>. La zona del Ruhr y de El Sarre era una zona que históricamente había generado conflictos entre ellos y una vez finalizada la segunda guerra mundial ésta pasó a ser administrada por Francia, bajo la condición de que los Aliados pudieran explotarla cuando lo necesitaran. El Estado de Alemania occidental se sintió ultrajado y Francia temía perder la explotación de Ruhr. En este contexto Robert Schuman propone la creación de un organismo supranacional que permita la producción solidaria del acero y el carbón con fines pacíficos entre los países miembros<sup>202</sup>. En tal orden, afirma: “*La mise en commun des productions de charbon et d'acier... changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes. La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifesterá que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible*”<sup>203</sup>.

La integración en el sector de la producción del acero y el carbón eran sólo un punto de partida pero se comenzó por allí porque todavía no era el momento de proponer objetivos demasiado ambiciosos. En efecto, ello queda evidenciado prematuramente cuando fracasa en 1954 el proyecto de una Comunidad Europea de Defensa (CED) que preveía la integración en políticas de seguridad<sup>204</sup>. Entonces, temiendo que el esfuerzo en la formación del CECA quedase allí atrofiado, la Conferencia de Messina de junio de 1955 impulsó una nueva fase en el proceso de integración europeo mediante la creación de otras dos comunidades<sup>205</sup>. El el 25 de

---

1973.

<sup>199</sup> Se le llama plan Shuman porque quien lo propone es Robert Shuman (Ministro de relaciones exteriores de Francia).

<sup>200</sup> Cf. K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 3 ss.

<sup>201</sup> En efecto, Churchill en su discurso de 1946 en la Universidad de Zurich afirmaba “*The first step in the re-creation of the European family must be a partnership between France and Germany*” cfr. <http://www.churchill-society-london.org.uk/astonish.html>

<sup>202</sup> Además cada país que integra esta comunidad tenía sus propias razones para adherirse, para profundizar al respecto cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 92 ss. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'unione europea*, cit., p. 5 ss.

<sup>203</sup> Cfr. Declaración de Schuman, 9 de mayo de 1950, cf. [http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/divers/Declaration\\_du\\_9\\_mai\\_1950.pdf](http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/divers/Declaration_du_9_mai_1950.pdf)

<sup>204</sup> Sobre este proyecto ver infra.

<sup>205</sup> M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, cit. p. 215.

marzo de 1957, en Roma, se firman dos tratados: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom o CEEA) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CEE) (ambos entran en vigor el 1 de enero de 1958)<sup>206</sup>.

La creación del primero se vincula con la existencia de una crisis energética y la negativa del Consejo de Ministros del CECA de dar poderes extras a la Alta Autoridad<sup>207</sup>. En función de ello, se establece como objetivo de EURATOM coordinar los programas de investigación sobre la utilización pacífica de la energía nuclear, creando un ente dotado de poderes de control y dirección política en el sector de la energía atómica. Este tratado hoy continúa vigente a pesar de que ciertos aspectos han sido absorbidos por el Tratado CE.

Por su parte, la creación de la Comunidad Económica Europea persigue objetivos más ambiciosos<sup>208</sup>. Se propone, en primer lugar, crear un mercado común de bienes, servicios, personas y capitales<sup>209</sup>, a desarrollarse en un periodo transitorio de 12 años<sup>210</sup>, bajo las reglas de la libre competencia. Asimismo, se busca crear una unión aduanera<sup>211</sup>, es decir, un espacio de libre intercambio entre los países miembros donde se establezca una tarifa aduanera común en las relaciones de éstos con terceros países<sup>212</sup>. Además, se pretenden emprender políticas comunes<sup>213</sup> en determinados sectores previstos en el Tratado (como es el caso de la política agrícola, la política comercial y la política de transportes<sup>214</sup>) pero expresamente se establece la posibilidad de ampliar las políticas comunes a otros ámbitos no contemplados, bajo las condiciones establecidas en el art. 235 TCEE<sup>215</sup>. Luego de la Cumbre de París de octubre de 1972, se recurrió a este artículo para llevar a cabo acciones en los ámbitos de la política medioambiental, regional, social e industrial.

El Tratado CEE fue el más relevante desde el punto de vista de la

---

<sup>206</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto comunitario*, cit., 2008, p. 7 ss; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 118 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit, p. 7 ss; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 12 ss.

<sup>207</sup> I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 118 y 119.

<sup>208</sup> Los artículos 2 y 3 TCEE precisan las misiones principales de la Comunidad y cuales acciones deberá emprender para cumplir con sus obligaciones

<sup>209</sup> El artículo 2 del Tratado CEE precisa que: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros”. Este mercado se base sobre las famosas cuatro libertades: libertad de circulación de las personas, servicios, mercaderías y capitales. Ello permitirá un espacio económico unificado que permitirá la libre competencia entre las empresas y pone las bases para aproximas las condiciones de intercambio de productos y servicios no cubiertos por el CECA y Euratom.

<sup>210</sup> El artículo 8 fija tres etapas y para cada una de éstas se establece una cantidad de acciones a emprender en forma conjunta.

<sup>211</sup> El Tratado CEE suprime los derechos de aduana entre los Estados y una política comercial común, conducida a nivel comunitario y no estatal.

<sup>212</sup> I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 124 y ss.

<sup>213</sup> Cf. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 7.

<sup>214</sup> Artículos 38 a 47, 110 a 116, 74 a 84 TCEE.

<sup>215</sup> Art. 235 TCEE: Cuando una acción de la Comunidad resulte 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 al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

integración regional puesto que representa la natural extensión del sistema supranacional a todo el mercado. En este orden, se propone lograr la integración progresiva de los Estados europeos "resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos; decididos a asegurar mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa ..."<sup>216</sup>.

## **2. Instituciones y normativa de las tres comunidades:**

Las estructura orgánica de las Comunidades se encuentra compuesta de un triangulo institucional.

En la CECA se encontraba conformado por la Alta autoridad, el Consejo Especial de Ministros y el Parlamento. La Alta Autoridad era un órgano supranacional con poder decisonal que estaba compuesta por 9 personas independientes, las cuales tomaban decisiones, formulaban recomendaciones y expresaban su opinión en determinadas temáticas. El Consejo Especial de Ministros, conformado por representantes de los Estados, armonizaba el accionar de la Alta Autoridad y la política económica de los gobiernos; su opinión conforme era necesaria para las decisiones más importantes de la Alta Autoridad. El Parlamento, era integrado por parlamentarios nombrados por los gobiernos nacionales y tenía un poder principalmente de control.

En Euratom y la CEE el triangulo era muy similar: se conformaba por el Consejo de Ministros, la Comisión y el Parlamento (que era el mismo Parlamento que el de la CECA). El primero tenía la función de coordinar las políticas económicas y elaborar las normas comunitarias ejerciendo el poder legislativo de las Comunidades; estaba compuesto por los representantes de cada Estado parte - por ello es identificado con el órgano que representa los intereses estatales- y en la toma de decisiones, el voto de la mayoría era la regla y la unanimidad sólo se exigía en casos excepcionales<sup>217</sup>. La segunda detentaba el monopolio de la iniciativa legislativa para proponer actos comunitarios al Consejo de Ministros, era el órgano supranacional que representaba los intereses de la Comunidad y velaba por el cumplimiento del derecho comunitario mediante el control de su aplicación en los Estados miembros; disponía, además, de poder de ejecución de las políticas comunes y se encontraba conformado por personas independientes (es decir, no por representantes de los países miembros)<sup>218</sup>.

Asimismo, las tres Comunidades contaban con un Tribunal de Justicia cuya función era asegurar la interpretación uniforme y correcta aplicación de las normas de los Tratados. En el año 1965, se firmó el tratado de fusión para simplificar el sistema institucional de las tres comunidades: se crea una única Comisión y sólo un

---

<sup>216</sup> Preámbulo del Tratado CEE. En este sentido, cf. M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 4; W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., p. 7 s.

<sup>217</sup> G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2007, I, p. 11.

<sup>218</sup> Estaba compuesto de nueve miembros, independientes y elegidos por común acuerdo entre los estados miembros.

Consejo de Ministros, por lo tanto, si bien cada Comunidad mantiene su propia personalidad jurídica, comienzan a ser guiadas por los mismos órganos.

Hasta aquí las relaciones que dan vida a la actividad normativa comunitaria son las emergentes de la vida económica (producción, comercio, servicio, capital y trabajo); en esta etapa se busca asegurar mediante las normas de las Comunidades el buen funcionamiento del mercado ya que estas Comunidades se encontraban iluminadas “*dall’obiettivo strumentale di instaurare un mercato comune europeo e ravvicinare le politiche economiche degli stati membri...fondato sulle quattro libertà*”<sup>219</sup>. El ordenamiento jurídico de éstas se componía, principalmente, por el derecho primario (tratados fundacionales) y el derecho secundario. Dentro de éste último cabe destacar entre los instrumentos jurídicos dispuestos, los reglamentos y las directivas (establecidos en el art. 189 TCEE<sup>220</sup>): los reglamentos eran normas directamente aplicables -en todos sus elementos<sup>221</sup>- en los países miembros, mientras que las directivas obligaban a los Estados en cuanto al resultado que perseguían, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios a utilizar a tal fin (por lo tanto, estas últimas podían requerir en el caso de que el derecho interno no se adecuase a lo dispuesto por ellas de un acto interno de transposición por parte del Estado miembro).

A partir de la jurisprudencia de Tribunal de Justicia, se reconocen principios esenciales en las relaciones del derecho comunitario con los derechos nacionales<sup>222</sup>. En primer lugar, el Tribunal sostiene que tanto el derecho primario como secundario de las Comunidades gozan de efecto directo, es decir, que los derechos y obligaciones reconocidos por el derecho comunitario pueden hacerse valer ante las autoridades nacionales con independencia de la existencia o no de una legislación interna que los reconozca. El efecto directo se reconoce para las normas comunitarias que sean precisas, claras, incondicionales y que no requirieran de medidas complementaria, tanto de carácter nacional como europeo, para su aplicación<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> S. S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 5.

<sup>220</sup> No obstante estos dos instrumentos normativos son los que aquí más nos interesan debe hacerse notar que las Comunidades, además, contaban con la posibilidad de emitir decisión de carácter obligatorio pero no de carácter general como así también recomendaciones sin carácter vinculante.

<sup>221</sup> Según lo establecía el art. 189 del TCEE. También los tratados contaban con normas que tenían el mismo efecto según lo ha reconocido el Tribunal de Justicia, cfr. S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, *Foro it.*, 1995, IV, p. 55 ss.

<sup>222</sup> Sobre las características y evolución jurisprudencial de estos principios, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 174/194, 201 ss; R. ADAM, A TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione Europea*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 111 y ss, 217 y ss

<sup>223</sup> El principio de efecto directo del derecho comunitario nace en la sentencia *Van Gend Loos*. En este caso, jueces nacionales habían pedido al Tribunal de ir más allá de su rol de intérpretes del exacto significado de las normas europeas, para que se expedieran sobre la legitimidad comunitaria de algunas fuentes nacionales; ello provocó que unánimemente los Estados miembros sostuvieran la incompetencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa nacional con aquella comunitaria ya que dicha tarea era propia del juez nacional. Sin embargo, el Tribunal aceptó su competencia y se expidió. cf. TJCE, sentencia del 5 febrero de 1962, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Foro it.*, 1964, IV, 97; TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, causa 6/64, *Foro it.*, 1965, IV, 137; TJCE, Sentencia del 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, causa 106/77, *Foro it.*, 1978, IV, 201; TJCE, sentencia del 19 de octubre de 1973, *Amsterdam Bulb*. cfr. R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1984, p. 189; R. WARD, A. AKHTAR, *English*

Cabe hacer notar que respecto a las directivas, dado que estas obligan a los Estados en cuanto a los resultados y no a los medios o formas de su implementación, el Tribunal de Justicia les reconoce efecto directo si el Estado nacional no las ha transpuesto luego de vencido el plazo para hacerlo o lo ha hecho de manera deficiente; cuando sus disposiciones cumplen con las características mencionadas anteriormente y el reclamo es de un particular frente a un Estado incumplidor (efecto directo vertical); no se reconoce efecto directo a las directivas para hacer valer un reclamo frente a otro particular (efecto directo horizontal)<sup>224</sup>.

Por otra parte, se reconoce por vía jurisprudencial, el principio de primacía tanto del derecho primario como secundario comunitario sobre los derechos nacionales<sup>225</sup>. El Tribunal de Justicia afirma “habiéndose surgido de una fuente autónoma, el derecho nacido de los Tratados no podría, en razón de su específica naturaleza, encontrar un límite en ninguna disposición interna ya que perdería su propio carácter comunitario y resultaría gravemente afectado el fundamento jurídico de la misma Comunidad”<sup>226</sup>, en función de ello en caso de contradicciones entre ambos derechos debe darse prioridad a lo establecido por el derecho de la Comunidad y en su caso desaplicarse el derecho nacional en contradicción. Obviamente, son los jueces nacionales quienes deben verificar, eventualmente, tales situaciones de contraste<sup>227</sup> pero en caso de duda dicha verificación se encuentra condicionada de modo decisivo por la interpretación que el Tribunal de Justicia realice de las normas europeas<sup>228</sup>. Dado que este último principio tiene efecto en todos los órganos del estado y rige también respecto a ellos el principio de leal cooperación (previsto en los Tratados<sup>229</sup>), el Tribunal reconoce el deber de

---

*Legal System*, R. WARD, A. AKHTAR, *English Legal System*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 122 ss.

<sup>224</sup> La razón de ello es que las directivas no gozan de efecto directo por su naturaleza intrínseca sino para impedir que un Estado incumplidor pueda oponer a los individuos su propio incumplimiento de las normas respecto a normas esenciales del tratado ( como ser que los derechos de los individuos como contrapartida de sus obligaciones). G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 182 ss. TJCE, Sentencia del 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*; TJCE, sentencia del 8 de abril de 1976, *Defrenne v. Sabena*; TJCE, sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*; TJCE, Sentencia del 5 de abril de 1979, *Pubblico Ministero v. Ratti*; TJCE, sentencia del 1 de febrero de 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*.

<sup>225</sup> Inclusive sobre la Constitución, cfr. TJCE, sentencia del 17 de diciembre de 1970, causa 11/1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>226</sup> TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, causa 6/64, *Costa v. Enel*.

<sup>227</sup> Ello es así porque, conforme se expresara anteriormente, el Tribunal de Justicia es incompetente para pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa nacional con la comunitaria.

<sup>228</sup> El Tribunal también señala que la primacía del Derecho europeo se aplica a todos los actos nacionales, independientemente de si fueron adoptados antes o después del acto europeo en cuestión y de su naturaleza: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro. El poder judicial está igualmente sujeto al principio de primacía. En efecto, el Derecho que genera, la jurisprudencia, debe acatar el de la Unión. El Tribunal de Justicia consideró que las constituciones nacionales también están sujetas al principio de primacía. Por lo tanto corresponde al juez nacional no aplicar las disposiciones de una constitución contraria al Derecho europeo, Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 201 ss; M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, cit., p. 347 ss.

<sup>229</sup> Art. 5 TCEE: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o

interpretación conforme del derecho nacional respecto al derecho comunitario<sup>230</sup>. Este último principio fue reconocido por el Tribunal de Justicia respecto de las directivas como una forma suplir la ausencia de efecto directo horizontal de éstas<sup>231</sup> e implica que todas las autoridades nacionales deben interpretar el derecho nacional en el mismo sentido del texto y la finalidad de la normativa europea, lo cual rige no sólo para las normas de transposición del derecho comunitario sino respecto a todas las normas nacionales (con indiferencia de su jerarquía y existencia inclusive con anterior<sup>232</sup>).

### 3. Avances y retrocesos en la integración comunitaria

Algunos meses después de la firma del tratado de fusión, la Comisión propuso la creación de un balance de la Comunidad para que los ingresos de ésta no se sustentaran más en el financiamiento de los Estados miembros sino en el pago de impuestos y derechos aduaneros. Pero el gobierno francés, contrario a la propuesta, no concurrió a las sesiones impidiendo que se adopten medidas en tal sentido. En 1966 se logró arribar a un acuerdo para poner fin a la crisis abierta por Francia y se decide que el voto por unanimidad sustituiría a la mayoría calificada del Consejo, cada vez que estén en juego intereses importantes, aunque más no sea de un solo estado miembro. De esta manera la unanimidad pasó a ser la regla y la mayoría la excepción<sup>233</sup>. Recién en el año 1986, con la firma del Acta Única Europea, se vuelve al viejo sistema, ya que esta extiende los temas a votar por mayoría calificada en el Consejo<sup>234</sup>.

Los primeros 12 años de la Comunidad fueron definidos como transitorios y por eso es que se fija la gradual realización de sus objetivos. Sin embargo, las altas

---

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.

<sup>230</sup> TJCE, sentencia del 10 de abril de 1984, causa 14/83 y 79/83; sentencia del 4 de febrero de 1988, causa 157/86, *Murphy*, en *Racc.*, 1988, p. 690; TJCE, sentencia del 13 de febrero de 1990, *Marleasing*, causa 106/89, en *Racc.*, 1990, p. 4159, punto 8; TJCE, sentencia del 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, causa C-334/92, en *Racc.*, 1993, p. 6911; TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, causa 91/92, *Faccini DodRecreb*, en *Racc.*, 1994, p. 3325.

<sup>231</sup> Cf. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 194 ss; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, <http://www.cienciaspenales.net>, p. 4; M. FLETCHER, *Extending indirect effect to the third pillar: the significance of Pupino?*, en *European Law Review*, 2005, 30 (6), p. 862 ss.

<sup>232</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea Brevi osservazioni di un penalista*, en *Rivista penale contemporaneo*, 3/2013, p. 231; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, en *Arch. pen.*, 2012, p. 26 ss.

<sup>233</sup> G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2007, I, p. 11.

<sup>234</sup> Ello hace que la aprobación de las decisiones sea más fácil evitando los bloqueos inherentes a la búsqueda de un acuerdo unánime de los doce Estados miembros. Deja de requerirse la unanimidad para las medidas destinadas al establecimiento del mercado interior a excepción de las medidas relativas a la fiscalidad, la libre circulación de personas y los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Cf. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_singleact\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm)

tasas de crecimiento económico que se verifican en la década del 60' del siglo pasado hace que dichos objetivos sean alcanzados un año antes de lo previsto. En este contexto, cuatro nuevos países requieren su incorporación y en 1973 se concreta la adhesión de Dinamarca, el Reino Unido<sup>235</sup> e Irlanda<sup>236</sup> (Noruega no puede finalmente adherirse por el referéndum negativo de su pueblo).

La década del 70', no mantuvo el crecimiento experimentado en los años 60' por cuanto la situación económica internacional era turbulenta y fluctuante (por la crisis del petróleo, el colapso del sistema monetario internacional y la alta inflación existente). Ello provocó que los Estados miembros estuviesen a la defensiva y menos proclives a adoptar medidas de integración que pudieran debilitar la capacidad de auto conservación de los mercados internos. Habiéndose frenado el ritmo de la integración económica, no se continúa avanzando hacia la integración política pero en 1981 se adhiere Grecia y en 1986 Portugal y España<sup>237</sup>, lo cual da buena reputación en el ámbito internacional a las Comunidades<sup>238</sup>.

En el año 1986, en Luxemburgo, se firma el Acta Única Europea<sup>239</sup> el cual significa la primera gran reforma de los Tratados fundacionales. Teniendo en cuenta las problemáticas evidenciadas por el Libro Blanco de 1985<sup>240</sup>, este Tratado refuerza el papel del Parlamento Europeo (por ejemplo, estableciendo el procedimiento de cooperación<sup>241</sup>) y amplía las competencias comunitarias (en materia de medio

<sup>235</sup> Si bien el Reino Unido había sido invitado a participar en el CECA no había aceptado ser parte por la supranacionalidad de sus instituciones. Cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER *Politics in the European Union*, cit., p. 96 s. y 136 s., afirma que ellos se debe, entre otras cosas, por: su sentimiento de superioridad por encontrarse entre una de las principales potencias mundiales; su histórico recelo con Francia, uno de los países motores de las políticas de la Unión; la falta de heridas en el nacionalismo británico, por no haber vivido experiencias tales como el facismo o el nazismo y su siempre estrecha relación con los Estados Unidos. Cfr. también S. GEORGE, *An awkward partner: Britain in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1998. Debe tenerse en cuenta que en 1961 y en 1963 el Reino Unido aplica para su incorporación y es vetado dos veces por Francia.

<sup>236</sup> Cfr. Tratado de Adhesión del Reino Unido, de Dinamarca y de Irlanda en el año 1972. Francia vetó en 1963 y 1967 el ingreso del Reino Unido a la Comunidad por sus vínculos con Estados Unidos y las características de su sistema económico. Sobre las razones de este veto cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER *Politics in the European Union*, cit., p. 128 s.; B. PERISIC, *Britain and Europe: a history of difficult relations*, en Institute for Cultural Diplomacy, Berlín, 2010, p. 4 s (<http://www.culturaldiplomacy.org/pdf/case-studies/cs-bojana-perisic.pdf>); H. FIENBERG, *Strictly political considerations were paramount in the decision of the Conservative Government of 1961 to seek British entry into the EC, 3/3/1994* (<http://www.hfienberg.com/ec/britapplywhy.html>).

<sup>237</sup> Sobre las razones de estos países para ingresar en la comunidad cf. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER *Politics in the European Union*, cit., p. 131 ss.

<sup>238</sup> Cf. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 8.

<sup>239</sup> Cf. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto comunitario*, cit., p. 13 ss; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 153 ss.; M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 14 a 16; W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, cit., p. 8

<sup>240</sup> El libro Blanco de la Comisión es un documento que expone un conjunto de propuestas de acción comunitaria en un ámbito específico. En este libro blanco se hacía un listado de los obstáculos para el desarrollo de la libre circulación de las personas y del mercado interno por causa de las barreras físicas y técnicas a raíz de la diversidad normativa que se verifica en ciertas materias en los países miembros (como por ejemplo la diversa alícuota de IVA y de los impuestos indirectos).

<sup>241</sup> En el procedimiento de cooperación el Parlamento debía expresar su parecer ante la propuesta efectuada por la Comisión. Si el parecer era favorable el Consejo podía adoptar el acto con mayoría calificada pero si el parecer era desfavorable el Consejo necesitaba del voto unánime de sus miembros para aprobar el acto en cuestión. El ámbito de aplicación de este procedimiento permanece limitado a



ambiente, transportes, energía, telecomunicaciones). Introduce el objetivo de lograr un mercado interior -sin fronteras internas- para el año 1992, en donde la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales se encuentre garantizada. Este Tratado cambió el espíritu de la integración comunitaria ya que pasó de la lógica de la integración negativa (fundada en la abolición de obstáculos) a la integración positiva; sienta las bases para la unión económica y monetaria que se propondrá a partir del Tratado de Maastricht<sup>242</sup>.

## II. Derecho penal en las Comunidades

En los tratados constitutivos de las tres comunidades no había ninguna norma que hiciera expresa referencia al derecho penal. En efecto, los órganos de la Comunidad afirmaban la exclusión de la materia penal y procesal penal del ámbito de competencias de la Unión<sup>243</sup>.

Sin embargo, ello no fue obstáculo para que la doctrina europea planteara la existencia de un “derecho penal comunitario” (1), ni para que el Tribunal de Justicia afirmara que existían verdaderas obligaciones de incriminación de los Estados miembros (2), ni tampoco para que desde el triángulo institucional establecido en las Comunidades se comenzaran a fomentar (mediante diversos instrumentos más o menos formales y vinculantes) la incorporación de derecho penal en el proceso de integración (3).

En efecto, la doctrina ha afirmado que la ausencia de cualquier referencia al derecho penal en los Tratados constitutivos, demuestra una incompleta reflexión o una conciente reticencia de los estados miembros, al inevitable impacto que iba a producir el proceso de integración europeo en los sistemas penales nacionales, ya sea por la relación del derecho penal con áreas de competencia comunitaria o ya sea por la necesidad de asegurar por vía coactiva el respeto a los bienes jurídicos comunitarios<sup>244</sup>.

### 1. Doctrina

En el ámbito doctrinal, cuando se afirmaba la existencia de un “derecho penal comunitario” se podía estar haciendo referencia a diferentes fenómenos: **A)** la competencia de las Comunidad para sancionar a las personas (físicas o jurídicas) que lleven a cabo comportamientos prohibidos por el derecho comunitario; **B)** la competencia penal directa de las comunidades; **C)** la competencia penal indirecta de

---

los casos en los que el Consejo decide por mayoría cualificada, a excepción del ámbito de medio ambiente. La mayor participación del Parlamento también se traduce en darle el poder de veto sobre el acceso de nuevos miembros y la conclusion de acuerdos. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_singleact\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm) bibliografía ivi citada, ver nota 38

<sup>242</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 9.

<sup>243</sup> L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2008, p.332 s; J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, Dalloz, Paris, 2009, p. 21 s.

<sup>244</sup> R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato de tutela dei beni giuridici sopranazionali dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 2 y 3.

la Comunidad<sup>245</sup>.

### A) Sanciones administrativas

Una primera ilusión de derecho penal comunitario se crea por la previsión, en los Tratados constitutivos, de la posibilidad de aplicar sanciones de contenido punitivo en algunos sectores específicos<sup>246</sup>.

Por una parte, el Tratado CECA contenía un grupo de normas que atribuían a la Alta Autoridad competencia para imponer sanciones de multas y multas coercitivas a quienes violaran dichas disposiciones (como por ejemplo art. 47 inc. 3<sup>247</sup>, art. 54 inc. 6<sup>248</sup>, art. 58 parr. 4<sup>249</sup> – del TCECA<sup>250</sup>). Por otra parte, el art. 87 (después art. 83) del Tratado CEE<sup>251</sup> preveía un procedimiento legislativo particular para los actos normativos que garantizaran, a través de la previsión de multas y multas coercitivas, la observancia de las prohibiciones contempladas en el art. 85 y 86 en materia de competencia. En efecto, sobre la base de este último artículo se adoptaron diferentes Reglamentos (tales como el Reglamento CEE nro. 17/62 y 4056/86) donde se establecían penas de multas para las empresas que violaran sus disposiciones<sup>252</sup>. Ciertamente, atento que estas sanciones eran previstas por normas que no consentían ningún margen de adaptación nacional y que debían ser aplicadas por los órganos supranacionales de la Comunidad (la Comisión las aplicaba y el Tribunal tenía competencia jurisdiccional plena para su revisión), fueron

---

<sup>245</sup> Sobre estas tres posturas cf. A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, en *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, dirigido por L. PICOTTI, Milano, 1999, p. 335 s; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, dirigido por T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 226 ss.

<sup>246</sup> Así lo hacen notar A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, p. 1158; G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilita' e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunita*, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, fasc 2, p. 629.

<sup>247</sup> Respecto de las empresas que no cumplieran con lo dispuesto o dieran falsa información.

<sup>248</sup> Respecto de las empresas que no respeten la prohibición de usar fondos diferentes en los propios cuando reciben ayudas e inversiones de la CE.

<sup>249</sup> Respecto de las empresas que no cumplen con lo establecido respecto a la cuota de producción.

<sup>250</sup> Similares sanciones eran previstas los artículos 59 parr. 7, 64, 65, parr. 5 y parr. 6, 66 parr. 6, 68 parr. 6 TCECA

<sup>251</sup> Artículo 83 (*ex art. 87*):1. El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82.2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 81 y en el artículo 82, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas

<sup>252</sup> Cf. G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilita' e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunita*, cit., p. 630 ss; J. VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, en *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 161; A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della comunità europea tra prevenzione e repressione*, dirigido por GRASSO, Milano, 2000, p. 149 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione Europea*, cit. p. 149 ss.

denominadas “sanzioni accentrati”<sup>253</sup>.

A la hora de interpretar dichas normas, se planteó la cuestión de determinar cuál era la naturaleza jurídica de estas sanciones.

Una parte de la doctrina, sobre todo aquella de los países europeos que se encontraban privados de una disciplina general del ilícito administrativo, afirmaba que tenían naturaleza penal. En dichos países el único tipo de sanción punitiva que existía eran las sanciones penales<sup>254</sup> y si bien la competencia sancionatoria de la Comunidad fuese incompleta (ya que no se habían previsto procedimientos o Tribunales para aplicarlas) al verificarse la severidad de las sanciones se les atribuye tal naturaleza<sup>255</sup>. Ello, además, encontraba apoyo en la noción amplia de “materia penal” que elabora el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (CEDH), donde podían ingresar las sanciones administrativas de una cierta gravedad<sup>256</sup>.

Otra parte de los autores (en muchos casos provenientes de países donde la legislación interna diferenciaba entre sanciones punitivas administrativas y penales) afirmaba la naturaleza administrativa de dichas sanciones. Se sostenía, en tal orden, que en tales normas no se reconocía expresamente la competencia penal de las Comunidades Europeas y los Reglamentos que preveían dichas sanciones sufrían un déficit de legitimación democrática como para contener normas de carácter penal<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Cf. A. BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, Torino, p. 31; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 227 ss.; G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, en *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 10 y 11.

<sup>254</sup> “Sanción punitiva” es utilizado aquí como sinónimo de retributiva: aquellas sanciones que no tienen por finalidad compensar el daño infligido (resarcir) ni borrar los efectos jurídicos de la infracción (reposición), sino que buscan causar un mal, un sufrimiento al sujeto que ha infringido el derecho. La sanción punitiva a diferencia de la sanción reparatoria, es un instrumento para tutelar los bienes jurídicos y puede ser penal o administrativa, pero en dichos países hasta ese momento no existía claramente esta distinción. cf. A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 153 y 154; 31; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 228; el Tribunal de Justicia ya afirma la naturaleza represiva y disuasiva de las sanciones en materia de competencia, cfr. TJCE, sentencia del 15 de julio de 1970, causa 41/69, *Acf Chemiefarma*.

<sup>255</sup> Cfr. J. LECLERCQ, *Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation*, en *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 807, p. 830 s.; R. LEGROS, *L'arret bmw et le droit penal européen*, en *Cahiers de droit européen*, 1980, p. 226; M. BOSCARRELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit penal des États membres*, en *Droit communautaire et droit pénal*, Colloque 25 octobre 1979, Milano-Bruxelles, 1981, p. 90 ss. Para ver otros autores que han sostenido la naturaleza penal de estas sanciones ver nota 9 en R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 152, nota 9.

<sup>256</sup> Cfr. TEDH, 21 de febrero de 1984, *Ozturk*, en *Rev. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 894. Ver bibliografía citada en nota 109 del capítulo I. Respecto a todo, cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 227 y ss.

<sup>257</sup> Sobre las razones de estas críticas ver infra, críticas a la competencia penal directa de la comunidad. Sobre este punto, el prof. BERNARDI afirma “non si è mancato di rilevare come il trionfo della originaria dimensione amministrativa delle Comunità fosse testimoniato dal carattere prevalentemente esecutivo dei loro principali organi (Commissione e Consiglio) e dal nome dato ai relativi atti normativi; atti i quali, pur risultando capaci di imporsi negli ordinamenti nazionali come vere e proprie fonti legislative, furono denominati, con terminologia mutuata da quella utilizzata per gli atti a carattere generale dei governi nazionali, regolamenti e direttive”, cf. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, p. 1159. cf. también G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di*

También, se sostenía en este sentido que dichas sanciones eran aplicadas por un órgano no jurisdiccional (la Comisión), no eran convertibles en sanciones privativas de las libertad, no tenían una función estigmatizante, se podían aplicar en casos de responsabilidad objetiva y a las personas jurídicas y en el caso de las sanciones del art. 87 TCEE tenían una modalidad de ejecución similar a la establecida en los Códigos de Procedimiento Civil<sup>258</sup>.

A fines de los años 80, nuevas incógnitas se plantean sobre la naturaleza jurídica del sistema sancionatorio de la Comunidad ya que ésta comenzó a adoptar diferentes normas, a fin de luchar contra los fraudes comunitarios<sup>259</sup>, donde se establecía una nueva tipología de sanciones, de por sí muy severas y con la función de prevención general<sup>260</sup> (tal fue el caso del art. 9 del reglamento 714/1989; art. 8 del reglamento 1738/1989; art. 5 del reglamento 915/1989, art. 13 del reglamento 3813/1989). Estas sanciones eran diferentes a las antes referidas porque involucraban nuevos sectores<sup>261</sup>, no solían ser patrimoniales<sup>262</sup> y era diverso su modo de aplicación. Si bien eran establecidas en normas comunitarias que no requerían transposición nacional, el procedimiento de aplicación y el control de su efectiva ejecución es dejada en manos de los Estados miembros<sup>263</sup>; estas características diferentes de las “*sanzioni accentrat*” conlleva a que la doctrina las denomine “*sanzioni*

---

*responsabilita' e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunita*, cit., p. 630 ss.; G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 9; M. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica europea*, *Indice Penale*, p. 325; G. DANNECKER, *Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas*, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado de Madrid, Madrid, 1995, p. 546 ss.

<sup>258</sup> Así, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'unione europea*, cit., p. 151 y 152; H. SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, en *Common Market law Review*, 1992, p. 29 ss.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, en *Dig disc. pen. IV*, 1990, p. 95; A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 171; C. HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, en *Rev. Marché commun Un. eur.*, 1993, p. 352 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 48 ss.; G. GRASSO, *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, cit., p. 3 s.; H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 644 s.

<sup>259</sup> A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 340.

<sup>260</sup> Cf. el informe conclusivo del Grupo “*droit communautaire et droit pénal*” presentado al Consejo de Ministros de la Justicia del 13 de noviembre de 1991; G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 3/1992, p. 842.

<sup>261</sup> Se preveían para ámbitos diferentes al de la competencia como el sector de la agricultura, la caza, la pesca. Cfr. H. JESCHECK, *Possibilità e limiti di un diritto penale per la pretezione dell'Unione europea*, en *Indice pen.*, 1998, p. 234 ss.

<sup>262</sup> En su mayoría no eran sanciones de carácter patrimonial (suelen ser medidas interdictivas como por ejemplo la exclusión de un beneficio previsto por un régimen de ayuda de la Comunidad por un determinado periodo de tiempo) y cuando eran de carácter patrimonial no eran multas sino que eran de un tipo “*sui generis*” ya que solían consistir en una disminución de la suma otorgada por la Comunidad en concepto de ayuda, la obligación de restituir las erogaciones concedidas por la Comunidad, etc., cfr. G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 11; G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 840 ss.; A. BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 31, ver nota 94; A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 341.

<sup>263</sup> Cfr. C. HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, cit., p. 354 s.

*dicentrate*<sup>264</sup>.

Si bien se cuestionó la legitimidad de las “*sanzioni dicentrate*” como así también la capacidad de la Comunidad para adoptar este tipo de normas interpretadas como penales frente al Tribunal de Justicia, mediante una sentencia de relevancia<sup>265</sup> y la adopción del Reglamento 2899/95 (relativo a los intereses financieros de la comunidad pero donde se establecen principios generales aplicables a todos los sectores de la comunidad<sup>266</sup>) el debate sobre la naturaleza jurídica de las sanciones encuentra respuesta. Expresamente se establece la naturaleza administrativa de las sanciones “*accentrati*” y “*dicentrati*”<sup>267</sup> de la Comunidad y se va aún más allá puesto que el Tribunal reconoce la capacidad de los órganos comunitarios para establecer sanciones en ámbitos diferentes al expresamente previsto por el Tratado (ámbito de la competencia), siempre que ello resultase “necesario” y “útil” para alcanzar los objetivos perseguidos por la Comunidad<sup>268</sup>.

Ahora bien, no obstante la naturaleza administrativa del sistema sancionatorio de la Comunidad, la doctrina ha señalado que éste contaba con

---

<sup>264</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 230 a 232; GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 840; G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, en *Rivista trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 865 ss.; G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 1170 ss. Sobre este tipo de sanciones y sus características, cfr. A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 174 a 176; C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norma comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, dirigido por G. GRASSO, Milán, 2000, p. 104; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenza dell'Unione Europea*, cit. p. 156 y 157; J. VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, cit., p. 196 ss.

<sup>265</sup> Cfr. TJCE, sentencia del 27 de octubre de 1992, causa 240/90, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*. En este caso, Alemania había cuestionado un Reglamento sobre política agrícola que establecía sanciones de exclusión porque, a su entender, al no poder vincularlas con las sanciones previstas en el art. 40 TCECA o el art. 87 TCEE, sólo podía sostenerse la naturaleza penal de esta nueva tipología de sanción y por lo tanto, su ilegitimidad atento la inexistencia de competencia penal en la Comunidad. Frente a esta planteo el Tribunal de Justicia reconoce la legitimidad de este tipo de sanciones, calificándolas como sanciones administrativas, conforme ya lo había hecho en TJCE, sentencia del 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, *Handelsgesellschaft*; TJCE, sentencia del 18 de nov de 1987, *Maizena*; TJCE, sentencia del 5 de febrero de 1987, causa 288/85, *Plange*.

<sup>266</sup> Reglamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consejo, del 18 de diciembre de 1995, relativo a la tutela de los intereses financieros de la Comunidad *Gazzetta ufficiale n. L 312 del 23/12/1995* p. 1 ss. Este específicamente establece la naturaleza no penal de las multas y penalidad en mora. Ver también art. 19 del reglamento nro. 11 y art. 15.4 del reglamento nro. 17, donde se afirma la naturaleza administrativa de las sanciones. Cfr. L. KUHL, *Cadre juridique des sanctions administratives communautaires et sa récente mise en oeuvre*, en *Per un Rilancio del Progetto Europeo*, cit., p. 54.

<sup>267</sup> G. GRASSO, *Relazione Introduttiva*, cit., p. 12; G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 841 considera lógico que sean sanciones administrativas por la naturaleza sui generis de estas y por el órgano no jurisdiccional que las aplica. También dice que son sanciones administrativas la Comisión, cfr. nota JUR (89) D 3500 del 20 de julio 1989 y el Rapport à la Commission sur l'harmonisation des contrôles dans le domaine de la PAC, cfr. Doc. XXB 2 (90) D 2112 del 13 junio 1990; L. KUHL, *Cadre juridique des sanctions administratives communautaires et sa récente mise en oeuvre*, cit., p. 55 y 56.

<sup>268</sup> También estaba de acuerdo con esta conclusión el servicio jurídico de la Comisión, cf. nota JUR (89), D3500 del 20 de julio de 1989. Cfr. C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 107 ss.

potencial para unificar y armonizar las legislaciones no sólo en el ámbito administrativo sino también penal.

Según el Prof. Bernardi, las “sanzioni accentrati” tenían capacidad para unificar los sistemas sancionatorios nacionales ya que al ser establecidas y aplicadas por los mismos órganos de las Comunidades y mediante un mismo procedimiento, tenían capacidad para homogeneizar la respuesta punitiva a nivel supranacional. Las “sanzioni decentrati”, por su parte, al ser aplicadas por diversos órganos no contaban con dicho poder unificante pero sí tenían capacidad de armonización de los regímenes sancionatorios ya que contaban de una disciplina uniforme en sus perfiles esenciales<sup>269</sup>. En efecto, el Reglamento 2988/95 dispone principios que debían ser reconocidos por todos los Estados miembros y aplicados en los procesos seguidos por cada uno de ellos (principio de proporcionalidad, culpabilidad, *ne bis in idem*, principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna). En este sentido, Maugeri se afirma que el Reglamento constituye un modelo de disciplina general de las sanciones administrativas comunitarias que posee sin duda alguna valor como instrumento armonizante frente a los sistemas sancionatorios administrativos nacionales<sup>270</sup>.

En el ámbito penal, la disciplina de sanciones administrativas de la Comunidad se consideraban con capacidad para aproximar los derechos penales nacionales de los Estados miembros ya que: 1) la diferenciación entre sanciones administrativas y sanciones penales podía conllevar a la creación de una disciplina de ilícitos administrativos con la consecuente deflación de los sistemas penales; 2) el reconocimiento de ciertos principios generales dentro de la disciplina de los ilícitos administrativos podría implicar su incorporación también en el ámbito penal<sup>271</sup>; 3) la existencia de una disciplina sancionatoria comunitaria podía conllevar a minimizar la respuesta punitiva penal, ya que podía suceder que los Estados miembros comenzasen a derogar las leyes nacionales penales que reprimían los hechos ya sancionados por la Comunidad por aplicación del principio de *ultima ratio*<sup>272</sup>.

Sin embargo, en la práctica, se observa que la capacidad de unificación de las “sanzioni accentrati” se vio restringida: por un lado, porque sólo se recurrió a este tipo de sanciones en el sector de la competencia y por otro lado, porque, con el paso del tiempo, se comenzaron a descentralizar de los órganos de la Comunidad, haciéndose partícipe a los Estados (y sus respectivas administraciones) en la aplicación de la normativa sancionatoria de la Comunidad<sup>273</sup>. Asimismo, fueron una desilucionantes los resultados de la posible armonización de las “sanzioni decentrati” y del Reglamento 2988/95. Respecto a las primeras, se indica que ello fue así porque dejaron de ampliarse los sectores normativos abarcados por este tipo de sanciones y

<sup>269</sup> A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penal*, cit., p. 32 ss.; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 228ss.

<sup>270</sup> A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere preventivo comunitario*, cit., p. 149 ss.

<sup>271</sup> Como por ejemplo, podía ser el caso del principio de retroactividad de la ley penal más benigna el cual no era en ese momento reconocido en todos los sistemas penales europeos.

<sup>272</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 239 ss.

<sup>273</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 162 s.

tampoco se amplía el catálogo sanciones a aplicar en estos casos. Con relación al Reglamento 2988/95, su poder armonizante se ve limitado por cuanto se verificó que eran muy generales los principios que propugnaba y dejó varias lagunas que después de su elaboración (y de la elaboración de algunas comunicaciones precisas de la Comisión) no se colmaron con otros actos normativos<sup>274</sup>. Finalmente, en lo que hace a la aproximación de las legislaciones penales, se observa que el modesto recurso a las sanciones administrativas comunitarias no produjo grandes efectos de armonización y menos aún de despenalización, circunstancia por la cual la Comunidad Europea fue criticada por haber conllevado a una inflación de los sistemas sancionatorios estatales más que a la esperada deflación.<sup>275</sup>

## **B) Competencia penal directa**

Según algunos autores los Tratados fundacionales consentían que los órganos de la Comunidad, mediante normas de derecho derivado, introdujeran sanciones de tipo penal a nivel supranacional<sup>276</sup>. Se indicaba que si bien los Tratados no contenían disposiciones que hicieran referencia al derecho penal, a partir de la lectura de diferentes normas (en particular los arts. 5, 172<sup>277</sup> y 235 F 3 TCEE) se establecía una adecuada base legal para la elaboración de un verdadero sistema penal comunitario<sup>278</sup>. En este orden, por ejemplo, el Prof. Riondato afirmaba que todas aquellas normas que establecían que la Comunidad podía adoptar todas las medidas necesarias o útiles para alcanzar sus objetivos, servían de fundamento para la adopción de normas de naturaleza penal a tales fines<sup>279</sup>. Por su parte, otros

<sup>274</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 178 ss.

<sup>275</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 240 y 241.

<sup>276</sup> Al respecto, cfr. B. HERMANS, *Les sanctions des règlements agricoles de la CEE*, en *Mélanges Fenand Dehousse, II, La construction européenne*, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, p. 222 ; C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 551 ss.; G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, p. 745; G. GRASSO, *le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, cit. p. 1171 s. ; G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, en *Riv. Dir. Eur.*, 1992, p. 502ss; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.* 1993, p. 220 ss. Hace referencia a estas posturas R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 13 a 14; A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 362 s; S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 38 ss; M. BOSCARRELLI, *Refléxions su l'influence du droit communautaire sur le droit penal des Etats membres*, cit., p. 91 ss.

<sup>277</sup> Así se señalaba, que el artículo 172 TCEE al establecer "Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos", permitía suponer que se le había otorgado a las instituciones de la Comunidad autónomos poderes represivos de naturaleza penal o un "poder general de sancionar". Cf. M. BOSCARRELLI, *Refléxions su l'influence du droit communautaire sur le droit penal des Etats membres*, cit., p. 91 ss.

<sup>278</sup> Cfr. C. HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, cit., p. 359 afirma "Des actes communautaires fondés sur les articles 5 et 235, règlements ou directives selon les matières et la marge de manœuvre à laisser aux États, pourraient donc imposer aux États la mise en oeuvre de sanctions pénales. Celle-ci comporte des aspects connexes qui supposeraient l'adoption de mesures complémentaires".

<sup>279</sup> Cf. S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 38 ss. donde indica como base legal de la competencia penal de la Comunidad el art. 6 TCEE; el art. 40, inc. 3 TCEE, entre otras.

interpretaban que el sector penal no debía ser distinguido de otros ámbitos del derecho y que la Comunidad podía definir delitos y establecer sanciones penales, interfiriendo en las decisiones relativas al derecho penal de los Estados miembros, si ello era con el fin de resguardar la integridad de su orden jurídico legal<sup>280</sup>.

Cabe tener presente que varios de los autores citados, fundaban su postura en la sentencia ya citada del Tribunal de Justicia donde se había afirmado que la Comunidad podía introducir sanciones (administrativas) aún en los ámbitos que no hubiesen sido explícitamente previstos en los Tratados, siempre que ello resultase “necesario” y “útil” para alcanzar los objetivos perseguidos por la Comunidad<sup>281</sup>. De esta manera, se entendía que el Tribunal habría reconocido un amplio poder de intervención a las instituciones de la Comunidad como así también que las sanciones comunitarias podían ser utilizadas de manera “funcional e instrumental”<sup>282</sup> para el logro de los objetivos generales previstos en los Tratados y, en particular, las políticas comunitarias<sup>283</sup> (teoría de los poderes implícitos).

En la práctica, se observa que existían diferentes fuentes comunitarias primarias (tales como el art. 194, inc.1 Tr. Euratom<sup>284</sup>, art. 27 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia CEE y el art. 28 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia Euratom<sup>285</sup>) y secundarias (como el art. 5 del Reglamento

---

<sup>280</sup> Cf. M. WASMEIER, N. THWAITES, *The battle of the pillars: Does the European Community have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 613 ss.; V. MITSILEGAS, *Constitutional Principles of the European Community and European Criminal Law*, en *European Journal of Law Reform*, vol. 8, 2006, p 301 ss.

<sup>281</sup> TJCE sentencia del 27 de octubre de 1992, causa 240/90, *Repubblica Federale di Germania c Commissione*. Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 336.

<sup>282</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione Europea*, cit., p. 159

<sup>283</sup> Cfr. nota de G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, en *Riv Trim Dir Pen. Econ.*, 1993, p. 739 ss; A. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, cit., p. 176 a 189; C. HAGUENAU, *L’application effective du droit communautaire en droit interne*, cit, p. 551 ; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario*, cit., p. 220 ; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit.

<sup>284</sup> Artículo 194: 1. Los miembros de las instituciones de la Comunidad, los miembros de los comités, los funcionarios y agentes de la Comunidad, así como todas las demás personas que, por sus funciones o sus relaciones públicas o privadas con las instituciones o instalaciones de la Comunidad o con las Empresas Comunes, deban recibir o recabar la comunicación de hechos, informaciones, conocimientos, documentos u objetos protegidos por el secreto, en virtud de disposiciones adoptadas por un Estado miembro o una institución de la Comunidad, estarán obligados, incluso después de terminadas sus funciones o relaciones, a guardarlos en secreto frente a toda persona no autorizada y al público en general. Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esta obligación como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad del Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá, a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que, estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación.

<sup>285</sup> Los cuales establecían que cada Estado miembro debía considerar toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un tribunal nacional.



28/62<sup>286</sup>, el art. 5 del Reglamento 188/64<sup>287</sup> y el art. 19, parr. 1, inc.1 del Reglamento 1468/81<sup>288</sup>) que mediante el reenvío a normas penales nacionales, adquirirían “una precisa funzione incriminatrice perché ... rende(vano) punibili comportamenti che altrimenti sfuggirebbero alla sanzione penale”<sup>289</sup>. Se observa que estas normas extendían el ámbito de aplicación de las disposiciones penales nacionales en diversas materias -tales como los atentados a la seguridad de los Estados, violación de secretos profesionales, etc.-, implicando así la sanción penal de conductas originariamente excluidas de la norma penal nacional<sup>290</sup>. Estas reformulaciones a los tipos penales nacían de instrumentos jurídicos self-executing<sup>291</sup> por lo que directamente ampliaban el ámbito de punibilidad sin necesidad de intervención estatal<sup>292</sup>.

Tanto las normas mencionadas anteriormente, como las posiciones que admitían la existencia de una competencia penal directa de las Comunidades fueron cuestionadas con argumentos de no menor relevancia. En cuanto a las primeras, se indicaba que dichas normas no servían de fundamento para aceptar una competencia penal directa porque las mismas instituciones de la Unión habían expresado que “el derecho penal en cuanto tal no ingresa dentro de las competencias de la Comunidad sino en aquella de cada estado miembro”<sup>293</sup>. Asimismo, se afirmaba que siendo la

---

<sup>286</sup> Reglamento del Consejo nro. 28/62 CEE del 14 mayo de 1962, en *GUCE*, 28 mayo 1962 establece que los datos recabados a fines estadísticos no pueden ser utilizados con fines fiscales o ser informados a terceros y que en el caso de que ello se infrinja, en particular en el caso de violación de secretos comerciales e industriales, deberán aplicarse las normas nacionales en materia de investigaciones estadísticas nacionales.

<sup>287</sup> Reglamento del Consejo nro. 188/64 CEE del 12 diciembre 1964, en *GUCE*, 24 diciembre 1964.

<sup>288</sup> Reglamento del Consejo nro. 1468/81 CEE del 19 mayo de 1981, en *GUCE*, L144 del 2 junio 1981.

<sup>289</sup> Cfr. G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilita' e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunita*, cit., p. 634. Este renvio no deben ser confundido con los casos en que los preceptos penales nacionales reenvían a normas comunitarias (por efecto del principio de supremacía y efecto directo) ni con aquellos en que la norma comunitaria renvia al legislador penal nacional, sobre la distinción y su impacto en el principio de legalidad cfr. K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 215.

<sup>290</sup> Cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, cit., p. 369 ss.

<sup>291</sup> Es decir, que se aplicaban de manera inmediata en el derecho interno sin necesidad de que intervenga el legislador nacional: en el caso de los reglamentos por lo establecido en el art. 189 del TCEE y en el caso de los tratados porque así había sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cf. S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, Foro it., 1995, IV, p. 55; M. BOSCARRELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, cit., p. 88.

<sup>292</sup> Cf. sobre esta temática A. BERNARDI, *Tre volti*, pp. 368 a 373; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 139 ss.; H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, cit., p. 643 ss.; M. M. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, en *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 614; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 214 ss.

<sup>293</sup> Cfr. Comisión Europea, Octava relación general sobre la actividad de las Comunidades Europeas en el año 1974, Bruselas-Luxemburgo, 1975, p. 145; Parlamento Europeo, Relation présentée au nom de la Commission juridique sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal (rapporteur: De Keersmaeker), del 2 febrero de 1976; el Tribunal de Justicia, sentencia del 11 de noviembre de 1981, *Casati*; ordenanza del 17 de octubre de 1984, causas 83 y 84/84, *N.M. c. Commissione e Consiglio*

competencia penal una cuestión íntimamente vinculada con la soberanía estatal, su reconocimiento implícito comportaría una violación al principio de soberanía estatal ya que si los Estados hubiesen pretendido cederla lo habrían hecho expresamente mediante una norma en los Tratados<sup>294</sup>. Finalmente, respecto a cualquier norma (primarias y derivadas) que reenviara a los ordenamientos penales nacionales, se expresa que afectaban el principio de legalidad<sup>295</sup> ya que entraban en conflicto con sus diversos corolarios: el principio de certeza y el principio de accesibilidad a las fuentes penales<sup>296</sup> y en el caso de los reglamentos comunitarios<sup>297</sup>, también, con el principio de reserva<sup>298</sup>.

Desde el punto de vista de la armonización, estos reglamentos dotados de flexibilidad y fácil realización, presentan dificultades porque las infracciones penales reenviadas no obstante pasan a tutelar los intereses comunitarios, tendrán en cada

---

CE, en *Racc.*, 1984, p. 3575; cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 15 y nota 4.

<sup>294</sup>La falta de una cesión de la competencia penal nacional se observa en *Relazione sulla correlazione fra diritto comunitario ed il diritto penale* presentada a nombre de la Comisión, cfr. Riv. Dir. Europeo, 1977, p. 195 ss. Sobre este argumento cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 16 a 17, quien además señala que esta falta de cesión se verifica en el fracaso de CED. Ello así no obstante se reconociese la crisis en que se encontraba la concepción de que el derecho penal era una prerrogativa exclusiva estatal, cfr. S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 15 ss.; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55 ss; Id, *Diritto penale comunitario*, voce del Digesto pen., 4ª ed., Torino, 1990, p. 90 ss; A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV, Ferrara, 1996, p. 115.

<sup>295</sup> Principio no reconocido expresamente en el ámbito comunitario, pero que ingresa en los principios de derecho no escrito, implícitamente reconocidos por los Tratados constitutivos por ser común a todos los países miembros, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cfr. A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, en Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche, vol. II, 1998, p. 75 ss.; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, Giruffrè, Milano, 2010, p. 81s. U. SIEBER, *Unificazione europea e diritto penal europeo*, en *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991, p. 965 s; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, p. 55 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 402 ss.

<sup>296</sup> En este orden se afirma que estas normas comunitarias terminarían por crear imprecisos ámbitos de aplicación de los tipos penales reenviados y difíciles de conocer por el ciudadano común, el cual no contaría siquiera con algún tipo de referencia a dichas normas en los tipos penales aplicables a las situaciones ahora abarcadas por el reenvío del derecho comunitario. Sobre el corolario de accesibilidad a la norma penal como expresivo del principio de legalidad cfr. CEDH, sentencia del 30 de marzo de 1989, Chappell contra Reino Unido, par. 56. Sobre el principio de legalidad y las normas comunitarias cfr. A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario*, cit., p. 85ss.

<sup>297</sup> Entre los que aceptan la validez de estas normas, se encuentran aquellos que niegan la naturaleza self executing de los reglamentos salvando las críticas respecto al principio de legalidad con el requerimiento de una ley interna que incrimine esas conductas, cf. S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 63.

<sup>298</sup> La falta de legitimidad democrática de los reglamentos se relaciona con el hecho de que éstos eran sancionados por órganos principalmente ejecutivos (la Comisión y el Consejo) con escasa participación del Parlamento europeo, en razón de ello implicarían una vulneración del principio de legalidad, en su aspecto histórico, que otorga sólo al Parlamento –como representante de los ciudadanos– el monopolio para crear normas penales. Sobre los conflictos que presenta esta normativa para el principio de reserva cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, p. 21 y 22; A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 371 s; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 133.

Estado miembro una estructura y nivel sancionatorio diverso<sup>299</sup>. También se advierten problemas desde el punto de vista de la competencia con esta técnica, ya que manteniendo las diferencias entre los sistemas sancionatorios permitirían a los empresarios evaluar donde invertir según la gravedad de la sanción y la posibilidad de que ésta se aplique<sup>300</sup>.

### C) Competencia penal indirecta de la Comunidad

En función de lo expuesto en el párrafo anterior, la doctrina mayoritaria afirmaba que si bien la Comunidad no contaba con competencia directa para legislar y aplicar sanciones en materia penal sí podía incidir en los derechos penales nacionales para asegurar la efectiva tutela de los bienes jurídicos comunitarios (como ser, los recursos financieros de la comunidad europea) y disposiciones comunitarias<sup>301</sup>. Se afirmaba, en este sentido, que con el nacimiento de las Comunidades supranacionales, que sustituyen a los Estados en el gobierno de importantes sectores de la vida económica y con poderes para emitir normas con eficacia directa en el interior de los territorios nacionales, emergen nuevas exigencias de protección<sup>302</sup> y, por lo tanto, surge la obligación de los Estados miembros de cubrir toda posible insuficiencia que se presente a nivel sancionatorio en el ámbito comunitario<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 133; id., *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunità*, cit., p. 634.

<sup>300</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 199 ss.

<sup>301</sup> Cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 368; G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, en *Riv trim dir pen ec*, fasc 4, p. 991; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 195 ss.; HUGGER, *The European Community's Competence to Prescribe National Criminal Sanctions*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, p. 243; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 22 ss; M. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica Europea*, en *Indice Penale*, p. 326.

<sup>302</sup> Es decir, bienes jurídicos, cfr. G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2311 y 2312, donde afirma que el nacimiento de la comunidad europea hace emerger una serie de bienes jurídicos que aparecen como merecedores de tutela penal: a) los bienes propiamente institucionales (es decir, relacionados a la existencia de la misma comunidad) tales como la función pública comunitaria, el desarrollo de la actividad jurisdiccional de parte de las autoridades judiciales comunitarias, los intereses financieros comunitarios y la moneda única; 2) intereses que nacen de la actividad normativa de la comunidad en relación sobre todo a la creación del mercado único y a la afirmación de las libertades fundamentales, ej: tutela del mercado europeo de capitales; alla disciplina societaria, tutela del ambiente, lucha contra la inmigración clandestina. Según algunos no era todo el derecho penal el que sufre los efectos de la producción jurídica comunitaria, sobre todo, su influencia se irradia a la parte especial, y en particular, el derecho penal económico comprensivo de la legislación penal social, tributaria, ecológica, etc. cfr. M. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, en AA.VV. *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano* dirigido por Cappelletti, Pizzorusso, Milano, 1982, p. 612; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 211.

<sup>303</sup> M. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica Europea*, cit., p. 326; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55 ss.

En este orden de ideas, se afirmaba que diferentes normas del derecho primario, de carácter general (sobre todo el art. 5<sup>304</sup>, 100<sup>305</sup> y 235<sup>306</sup> TCEE)<sup>307</sup> y de carácter especial (como por ejemplo el art. 43<sup>308</sup> y el art. 54 n. 3<sup>309</sup> del TCEE), otorgaban a la Comunidad competencia para adoptar actos de derecho derivado que establezcan la obligación de los Estados miembros de asegurar el cumplimiento y la protección de los intereses comunitarios mediante la sanción penal<sup>310</sup>. Por ejemplo, se sostenía que el art. 100 TCEE legitimaba la creación de directivas que estableciesen obligaciones de incriminación con el objetivo de armonizar las legislaciones en materia penal, las cuales no presentaban conflictos para el principio de legalidad ya que eran necesarias las leyes nacionales de transposición. Sin embargo, contra la adopción de directivas en materia penal, se argumentaba que éstas igualmente vulneraban al principio de legalidad ya que en las instituciones de las Comunidades existía un déficit democrático de relevancia por contar con de carácter ejecutivo y escasa participación del Parlamento<sup>311</sup>. Por su parte, los sostenedores de esta tesis afirmaban que el principio de soberanía nacional no era un obstáculo para este tipo de actos ya que la existencia de los mismos Tratados demostraba que la soberanía no

<sup>304</sup>Art. 5 TCEE: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de 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.

<sup>305</sup> Art. 100 TCEE: El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

<sup>306</sup> Art. 235 TCEE: Cuando una acción de la Comunidad resulte 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 al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes

<sup>307</sup> Cfr. G. GRASSO, *Tutela penale degli interessi finanziari delle comunità europee*, en *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1989, p. 378.

<sup>308</sup> Cfr. G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 1180; G. GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 3, p. 856.

<sup>309</sup> Cfr. M. PEDRAZZI, *Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria*, en *Riv. soc.*, 1973, p. 1047.

<sup>310</sup>Cfr. C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudencia della Corte di giustizia*, cit., p. 118 s.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 217 ss; ID., *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 291 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.; A. BERNADI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 260 ss.; A. BERNARDI., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, cit., p. 114 ss.

<sup>311</sup> Cfr. V. FORTINIER, *Le pouvoir repressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, en *Rev. Marché commun*, 1992, p. 413; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 92 ss. e p. 194 ss.; M. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, en *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss; J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal européen*, Dalloz, Paris, 2009, p. 20.

resultaba indivisible<sup>312</sup> o que la transferencia de determinadas competencias a la Comunidad no incidía directamente sobre ella<sup>313</sup>.

Por otra parte, también, se afirmaba que la competencia penal indirecta de la Comunidad se manifestaba en diversas formas de influencia de las normas comunitarias en el derecho penal nacional, como consecuencia del principio eficacia directa y supremacía del derecho comunitario<sup>314</sup>. A causa de estos principios se verifica que el derecho comunitario podía condicionar al derecho penal nacional en su interpretación, integración o aplicación<sup>315</sup>.

### a. Interpretación

Recordemos que el principio de supremacía del derecho comunitario tiene efecto en todos los órganos del estado y por lo tanto, también recae sobre el juez penal, quien cumpliendo con el principio de leal cooperación, debe interpretar las normas penales internas conforme al texto y la finalidad de las fuentes comunitarias (principio de interpretación conforme)<sup>316</sup>. En el derecho penal, la interpretación conforme (realizada en respeto de los métodos de interpretación tradicionalmente utilizados en cada ordenamiento nacional<sup>317</sup>), podía implicar una interpretación restrictiva o extensiva de los elementos naturales del tipo penal<sup>318</sup>, pero los límites

<sup>312</sup> Cfr. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 dirigido por F. Politi e G. Scaccia, en <http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europea+dei+diritti>; E. BACIGALUPO, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., p. 51.

<sup>313</sup> Cfr., F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, en *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 91 ss.

<sup>314</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, p. 241; S. MANARCORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale* Foro it., 1995, IV, p. 55 ss, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, p.10 ss.

<sup>315</sup> Cfr., A. BERNARDI, A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, en *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, p. 1163, nota 21; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 250 y ss; S. RIONDATO, *Direttive comunitarie e interpretazione delle norme penali*, en *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, vol. II, Cedam, Padova, 2001, p. 1165 ss.

<sup>316</sup> Sobre la incidencia interpretativa del derecho comunitario en el derecho penal nacional cf. A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, en *Ambiente e Sviluppo*, 1998, n. 9, 759; Id., *L' incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., p. 146 ss.; Id., *Codificazione penale e diritto comunitario. I - La modificazione del diritto penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 97 ss; TJCE, sentencia del 8 de octubre de 1987, casua 80/86, *Kolpinghius Nijnegen*, par. 13 y TJCE, sentencia del 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò c. X*, párrafo 20.

<sup>317</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea, diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 231..

<sup>318</sup> En orden a admitir la interpretación extensiva se afirma que los términos del lenguaje comun son susceptibles de transformarse en función del nuevo contexto cultural-normativo en el cual se inscriben y resultaría evidente que el sistema comunitario constituye un nuevo contexto de esas características. Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, p. 246; F. VIGANO, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1438 ss; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, en *Arch. pen.*, 2012, punto 4.2.2. y nota 82. En contra a la admisibilidad de la interpretación extensiva se ha expresado que el juez nacional nunca debería hacer una interpretación extensiva de la figura penal para cumplir con la interpretación conforme del derecho comunitario ya que estaría violando el principio de reserva de ley. Cfr. TJCE, sentencia del 12 de diciembre de 1996, causa 75/95 y 129/95, *Procedimenti penali c X*; W.HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio*

infranqueables de ésta eran la analogía in malam partem y el texto de la norma penal. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, señalan que la interpretación conforme del derecho penal nacional no podría conllevar a agravar la situación del imputado<sup>319</sup> o a realizar una interpretación contra legem, es decir, a una interpretación totalmente incompatible con las palabras utilizadas por el legislador nacional. En tales casos, el juez nacional tiene el deber de desaplicar la norma penal incompatible con el texto comunitario hasta que el legislador nacional proceda a modificarla y, en su caso, activar un juicio de legitimidad constitucional de la norma penal en cuestión<sup>320</sup>.

En Italia, por ejemplo, fue célebre la sentencia de la Corte de Casación donde entendió por configurado el delito contrabando al considerar que el derecho de la Comunidad a la recaudación de los derechos a la importación se encontraba protegido por dicha norma, realizando así una interpretación extensiva de la figura penal contenida en la ley italiana<sup>321</sup>; esta sentencia ha provocado no pocas críticas y, de hecho, se ha señalado que dada la dificultad en la que se encuentran los jueces para distinguir entre interpretación extensiva y analógica, en varias oportunidades, se verifica que éstos optan por sacrificar el principio de estricta legalidad a fin de evitar que el Estado nacional sea visto como un incumplidor del derecho comunitario<sup>322</sup>.

## b. Integración

El derecho comunitario integra el tipo penal, esencialmente, mediante dos formas: reenvío implícito y reenvío explícito<sup>323</sup>.

---

*corretto? Sul divieto de analogia nel diritto penale*, en *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, n. 2, p. 190.

<sup>319</sup> Cfr. TJCE, 12 de diciembre de 1996, causas C-74/95 y C-129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25, se afirma "el principio que prohíbe aplicar la ley penal en modo extensivo en perjuicio del imputado, que es el corolario del principio de legalidad y certeza del derecho, obsta a que se lleven a cabo procesos penales por comportamientos cuyo carácter censurable no parece no resultar evidente de la ley".

<sup>320</sup> Sobre los límites de la influencia interpretativa del derecho comunitario cfr. la siguiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia Cfr., TJCE, 12 de diciembre de 1996, causas C-74/95 y C-129/95, *Procedimenti penali c. X*; TJCE, sentencia del 11 de junio de 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò c. X*, párrafos 18 a 20; TJUE, sentencia del 26 de septiembre de 1996, causa 168/95, *Arcaro*, párrafo 36. En doctrina, cfr. S. RIONDATO, *Direttive comunitarie e interpretazione delle norme penali*, cit., p. 1165 ss. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, en *Sesto e diritto, Ars interpretandi*, 1997, n. 2, p. 190; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea Brevi osservazioni di un penalista*, en *Rivista penale contemporaneo*, 3/2013, p. 231; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., 2012, p. 26 ss; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 1438 ss.

<sup>321</sup> Corte de Casacion italiana, Sent. 13 ottobre 1969, en *Foro it.*, 1970, 11, C. 57.

<sup>322</sup> Sobre esta sentencia, cfr. las problemáticas que ha traído este principio en el ámbito penal por la tendencia a forzar los textos nacionales cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, p. 246 ss. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., 2012, p. 26 ss.

<sup>323</sup> A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche - Saggi IV*, Ferrara, 1996, p. 113 ss.; id., *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice eleggi speciali*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 95 ss.; A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I - La modificazione del diritto penale ad opera del diritto comunitario*, cit., p. 168 ss.; id., *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 15 ss.

El reenvío implícito se produce a través de los “elementos normativos” del tipo penal<sup>324</sup> ya que en diversas oportunidades estos se ven redefinidos por las normas europeas (o las normas nacionales que las transponen). El prof. Bernardi da como ejemplo de este tipo de integración el término “genuino”, el cual es un elemento normativo de una figura penal del derecho agrolimentario italiano; según dicho autor, a partir de la aparición de la normativa comunitaria en agroalimentos se dio una definición de este término, razón por la cual desde ese momento la valoración del juez sobre su significado tuvo que comenzar sujetarse a los dispuesto, en esta materia, por el derecho de la comunidad<sup>325</sup>.

El reenvío explícito se produce cuando la figura penal explícitamente reenvían para la definición de sus términos a la fuente comunitaria (o, a una norma nacional que transpone el derecho comunitario)<sup>326</sup>. Puede suceder que el tipo penal reenvíe a una norma comunitaria ya promulgada o por promulgarse y que el reenvío sea parcial o total<sup>327</sup>. La técnica del reenvío total fue muy utilizada para establecer sanciones penales que reprimieran conductas vinculadas con reglamentos comunitarios ya que el principio de primacía y aplicabilidad directa prohíben la nacionalización de las normas reglamentarias. Además, se señala que el legislador nacional la ha utilizado en numerosas ocasiones, generando la multiplicación de las normas penales, ya era una forma simple, rápida y segura de cumplir con las obligaciones comunitarias<sup>328</sup>.

Al respecto críticas no han faltado por la vulneración que esta técnica implica del principio de legalidad y sus respectivos corolarios <sup>329</sup>(accesibilidad y

<sup>324</sup> Cf. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001, p. 70.

<sup>325</sup> Sobre las modificaciones expansivas del derecho penal por efecto comunitario, cf. S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55; A. BERNARDI, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, en *Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV*, Ferrara, 1997, p. 87 ss.

<sup>326</sup> Cf. sobre esta temática A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 248 ss.

<sup>327</sup> Sería el caso que la norma penal que renvía describa en parte el precepto comunitario porque la norma extrapenal a la cual se renvia constituye su ulterior especificación o el caso en el que la norma penal establezca sólo una sanción aplicable en caso de violación de una norma extrapenal comunitaria o de transposición de una norma comunitaria.

<sup>328</sup> A los órganos legislativos de los países miembros les está prohibido reelaborar o reproducir textualmente las prescripciones comunitarias en el ámbito interno –como sería realizar un nuevo precepto penal- ya que ello las haría perder su condición de supremacía sobre el derecho nacional (cfr., TJCE, sentencia del 18 de febrero de 1970, causa 40/69, *Bollmann*, en *Racc.*, 1970, p. 69. El TJUE, en la sentencia del 10 de octubre de 1973, *Variola*, condenó la reproducción de las disposiciones de un reglamento en actos legislativos nacionales, declarando su contraste con las normas del Tratado y el obstáculo que este presentaba para el efecto directo de los reglamentos y su uniforme aplicación en toda la comunidad. El legislador nacional debe limitarse a realizar un reenvío a la norma comunitaria ya que solo de esa manera puede ser preservada la reserva hecha al Tribunal de Justicia de contar con el monopolio en la interpretación de las normas reglamentarias y sustraer a estas de un control nacional de constitucionalidad, cf. A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, *Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV*, Ferrara, 1996, p. 116.

<sup>329</sup> En el caso del reenvío a reglamentos se verían vulnerados el principio de reserva de ley y accesibilidad de la norma penal, ya que la sanción penal de las conductas se encontraría dispuesta por normas que no nacen en el seno de los Parlamentos nacionales y de difícil acceso y previsión por cuanto el precepto se encontraría en un instrumento normativo mientras la previsión de la sanción en una ley nacional. El prof. BERNARDI hace notar que la vulneración de dichos principios también se

reserva de ley); el principio de extrema ratio del derecho penal (por la incontrolable multiplicación de normas penales) y el principio de proporcionalidad de la pena (ya que se advierte la tendencia a establecerse entre los sistemas jurídicos nacionales consecuencias punitivas diversas para hechos análogos)<sup>330</sup>.

### c. Desaplicación

La tercer forma que el derecho comunitario condiciona al derecho penal nacional, es cuando se presenta una contradicción entre ambos derechos lo cual conlleva a la desaplicación del tipo penal por su ilegitimidad comunitaria<sup>331</sup>.

Este mecanismo, consecuencia del primado y efecto directo del derecho comunitario sobre el derecho interno, implica una obligación para el juez o autoridad nacional competente a no aplicar las disposiciones internas contrarias al derecho comunitario -que desincrimina determinadas conductas- cuando tal contraste no pueda ser superado por vía interpretativa<sup>332</sup>. El conflicto puede originarse por normas y principios (explícitos o implícitos) contenidos en el derecho comunitario primario<sup>333</sup> o secundario (no sólo reglamentos sino también directivas<sup>334</sup>) y puede

---

constataria en el caso de la transposición de directivas ya que, por un lado, éstas suelen ser demasiado detalladas no dejando autonomía al legislador penal nacional en el diseño de la figura penal, y por el otro, es una práctica de los legisladores, en algunos estados como Italia, copiar exactamente dispuesto en la directiva y luego utilizar cláusulas que expresan “las violaciones de lo dispuesto en los artículos precedentes, serán sancionadas con ...”, por lo que la separación entre el precepto y la sanción seguirá constatándose a partir de encontrarse en estos casos en un mismo instrumento legal. Cf. A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV, Ferrara, 1996, p. 117.

<sup>330</sup> A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, Annali dell'Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV, Ferrara, 1996, p. 117 ss.

<sup>331</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 252 ss. En este mismo sentido, El prof Manacorda afirma “*la compressione del diritto penale interno non costituisce di regola il risultato di una precisa volontà normativa del legislatore comunitario volta a depenalizzare determinate condotte; più semplicemente, essa rappresenta un effetto indiretto dell'applicazione negli ordinamenti statali dei grandi principi comunitari, quali l'uguaglianza degli operatori economici o la libertà di circolazione: dal confronto tra le norme interne di incriminazione e tali principi può infatti nascere un contrasto, destinato a risolversi – in virtù del primato del diritto comunitario – nella disapplicazione del diritto penale di fonte nazionale. la norma interna d'incriminazione può risultare in contrasto con la disposizione di fonte europea: si parla in tal caso di «confitto» tra la norma comunitaria e la norma penale interna*, cfr. S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55 ss; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 24 y 269 ss.; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 102 ss y p. 206 ss; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 213 s; C. M. PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della Cee sul diritto penale italiano*, cit., p. 620 s.; M. DELMAS-MARTY, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, en AA.VV., *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Luxembourg, 1990, p. 234

<sup>332</sup> Cfr. TJCE, sentencia del 22 junio de 1989, causa 103/88. *Costanza*, en Racc., 1989, p. 1839 ss.; TJCE, sentencia del 18 giugno 1991, causa 295/89, *Donà*, en Racc., 1991, p. 2967 ss. cfr. M. DELMAS-MARTY, *Union européenne et droit pénal*, en Cahiers de droit européen, 1997, p. 613 ss.; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 251ss.

<sup>333</sup> Cfr., G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit. p. 278; S. MANACORDA, *Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination*, en *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 244 ss.

<sup>334</sup> La obligación de desaplicar el derecho nacional se ha sostenido inclusive en el caso de directivas que no han sido transpuestas y a pesar que todavía no se encuentre vencido el término para su transposición, cfr. TJUE, sentencia del 22 de noviembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Helm*, en



provocar que la disposición nacional no sea aplicada en todo o en parte, según el grado de ilegitimidad comunitaria que presente (por ejemplo, podría darse el caso de que el conflicto entre la norma comunitaria y la norma penal nacional se refiera a solo algunas de las conductas en concreto que esta incluye en su descripción en abstracto o algunos tipos de las penas conminadas por el legislador).

Todas las normas comunitarias destinadas a ampliar la esfera de comportamientos consentidos respecto de los ciudadanos de la comunidad, se prestan a la desaplicación de las normas de incriminación nacional determinando un evidente efecto de "armonización negativa" de los relativos sistemas punitivos. Tal efecto armonizante debería luego consolidarse y prolongarse por la actividad del legislador interno, el cual debería -por razones de certeza del derecho- derogar, modificar o sustituir la norma nacional en cuestión; como así también no adoptar, en el futuro, normas conflictivas con las fuentes comunitarias<sup>335</sup>.

En este orden, debe señalarse que amplios debates se han suscitado cuando la norma penal a desaplicar se encuentra en concurso real o aparente con otras normas penales que son conformes al derecho comunitario o cuando ésta resulta posterior y más benigna de la norma comunitariamente adecuada al principio de retroactividad de la ley penal más benigna<sup>336</sup>. En el marco de éstos, la desaplicación ha sido criticada por atentar contra la certeza del derecho, y consecuentemente, el principio de legalidad<sup>337</sup>.

Finalmente, debe advertirse que todas estas formas de condicionamiento del derecho comunitario a los derechos penales nacionales, no hacen grandes aportes a la armonización de las legislaciones porque la disparidad de las sanciones se mantiene y se crean de paraísos criminales que atentan contra la eficacia de los sistemas sancionatorios ya que serán elegidos por los criminales para llevar a cabo sus actividades a partir del análisis de los beneficios de su legislación más benevolente.

## 2. Tribunal de Justicia

Es de subrayarse el rol fundamental desarrollado por el Tribunal de Justicia, en el diseño de las líneas directrices del sistema jurídico comunitario<sup>338</sup>. En particular, desde los años 60', el activismo de los jueces del Tribunal -aceptado, aunque no sin vacilaciones, por los mismos países miembros y sus Cortes

---

*Guida dir.*, suppl. Diritto comunitario e internazionale, n. 1/2006, 61 ss.

<sup>335</sup> Ello así, dado que la norma en conflicto con el derecho comunitario queda vigente en el ordenamiento jurídico nacional hasta que sea derogada cfr. R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 40.

<sup>336</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 253 ss; F. VIGANO, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 1438 ss; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 95 ss; A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, en AA. VV., *Ai confini del favor rei*, dirigido por R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2005, p. 31 ss.

<sup>337</sup> Sobre las dificultades de la desaplicación del art. 30 TCE en el ordenamiento italiano y la desigualdad generada entre nacionales y extranjeros, cfr. A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche - Saggi IV*, Ferrara, 1996, p. 126 ss.

<sup>338</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2008, p. 3.

Supremas<sup>339</sup> - ha conllevado a sentencias que representan una verdadera obra creativa, empujando y alentando la incorporación del derecho penal dentro del ordenamiento jurídico de la Comunidad<sup>340</sup>. En esta etapa, mediante una interpretación evolutiva del principio de leal cooperación (art. 5 TCEE) el Tribunal de Justicia terminó por reconocer lo que buena parte de la doctrina venía sosteniendo que los Tratados otorgaban a la Comunidad la facultad de imponer verdaderas obligaciones de incriminación a los Estados partes, en pos de asegurar el cumplimiento de sus fines y la eficacia del derecho comunitario<sup>341</sup>.

### **A) Leal cooperación como facultad y derecho comunitario como límite al derecho penal**

Hasta ese momento, el Tribunal Justicia de la Unión Europea no se había expedido a favor de reconocer en los órganos de la Comunidad algún tipo de competencia penal. En verdad, se había pronunciado por la naturaleza administrativa de las “*sanzioni accentrati*”<sup>342</sup>, en contra de que existiera una competencia penal directa<sup>343</sup> e inclusive, había interpretado que el principio de leal cooperación -al establecer para los Estados miembros la obligación de promulgar normativas de carácter general y particulares para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones- les otorgaba la facultad (y no la obligación) de elegir el tipo de instrumento idóneo a utilizar, entre los que se encontraban las sanciones, inclusive, penales<sup>344</sup>.

En este contexto, el Tribunal había aceptado que el derecho Comunitario pudiese influenciar en las normas sancionatorias de los Estados sólo como límite para asegurar el respeto a las libertades consagradas en los Tratados<sup>345</sup>. Se hace notar

---

<sup>339</sup> En esos años las Cortes Supremas de Alemani, Italia, Francia e Inglaterra ya habían aceptado el efecto directo y la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 9.

<sup>340</sup> Cfr. A. BERNARDI, El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista, en curso de publicación en Argentina.

<sup>341</sup> Cf. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit. p.240 y 258, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Estados Unidos, 2009, p. 62 señala específicamente como el Tribunal de Justicia acepta la utilización del derecho penal como medio para el fin de asegurar la eficacia del derecho comunitario; argumento que en el futuro será muy utilizado a fin de ir aceptando cada vez más la competencia de la Comunidad en materia penal.

<sup>342</sup> Cf. TJCE, sentencia del 17 de diciembre de 1970, causa 11/70, *Handelsgesellschaft*.

<sup>343</sup> En la sentencia del 11 de noviembre de 1981, causa 203/80, *Casati*, en *Racc.*, 1981, p. 2595 afirma “en principio, la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son competencia de los Estados miembros”.

<sup>344</sup> Cf. TJCE, sentencia del 2 de febrero de 1976, causa 50/76, *Amsterdam Bulb c/produkschap voor Siergewassen*, en *Racc.*, 1977, p. 149. Esta sentencia fue criticada por hacer afirmado que los Estados tenían una facultad y no una obligación como surgía del texto del art. 5 del TCEE, cfr. G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 14; G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea, in Prospettive di diritto penale in Europa*, cit., p. 9 ss; V. FORNASIER, *Le pouvoir répressif des Communautés européennes*, en *Rev. Marché Comm.*, 1982, p. 401; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 62; G. GRASSO, *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, cit., p. 5 ss; C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 93.

<sup>345</sup> En diversas sentencias el Tribunal afirma que las sanciones aplicadas por los Estados eran contradictorias con la normativa europea, excesivas en cuanto a la naturaleza del ilícito, al

“In sostanza quindi, privilegiando il comma secondo dell'art. 10 Tr. CE (ex art. 5 TCEE), il principio di leale cooperazione è stato inizialmente utilizzato della Corte di giustizia, sotto il profilo punitivo, in prospettiva di depenalizzazione o comunque di limitazione dell'intervento repressivo dello Stato; in prospettiva, dunque, di una armonizzazione interstatale delle scelte punitive latamente improntata al principio di *extrema ratio*”<sup>346</sup>.

En efecto, sobre los eventuales límites impuestos por el Derecho Comunitario a las normas nacionales penales sustanciales o procesales, el Tribunal había expresado que “las medidas administrativas o represivas no deben excederse de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deben concebirse de manera que se restrinja la libertad deseada por el Tratado y no deben tampoco traer aparejada una sanción tan desproporcionada a la gravedad de la infracción que termine por constituir un obstáculo a dicha libertad”<sup>347</sup>. Tal como se observa del párrafo transcrito el límite impuesto al derecho penal son los derechos reconocidos por el Tratado y el principio de proporcionalidad, principio que no se encontraba reconocido en los Tratados y que luego será retomado por el Tribunal para fomentar la utilización de las sanciones penales que aseguren la eficacia del derecho comunitario<sup>348</sup>.

## **B) Leal cooperación como obligación de incriminación: asimilación y proporcionalidad**

A mitad de los años ochenta, el Tribunal de Justicia cambia de perspectiva y comienza a interpretar el principio de leal cooperación como una obligación de los Estados a asegurar la aplicación de la normativa comunitaria, inclusive, a través de la introducción de sanciones apropiadas, eficaces y disuasivas<sup>349</sup>. De esta manera el Tribunal no sólo se posiciona en el rol de quien controlará la proporcionalidad de las sanciones sino que también abre la puerta al derecho penal como asegurador de los intereses comunitarios<sup>350</sup>.

---

comportamiento del autor y a la gravedad del hecho, cfr. TJCE, sentencia del 26 de febrero de 1975, *Bonzignore*; TJCE, sentencia del 8 de abril de 1976, *Royer*; TJCE, sentencia del 7 de julio de 1976, *Watson e Belmann*.

<sup>346</sup> Cf. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, p. 258.

<sup>347</sup> En el presente caso el juez nacional requiere al Tribunal si las sanciones previstas en la legislación italiana sobre control de cambios son incompatibles con los principios comunitarios de proporcionalidad y de no discriminación. Cf. TJCE, sentencia del 11 de noviembre de 1981, causa 203/80, *Casati*.

<sup>348</sup> Cfr. M DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, p. 543 ss; V MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p 61 y 62; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford EC Law Library, Estados Unidos, 2006, p. 397 ss; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 234 ss.

<sup>349</sup> En casos donde la violación de la directiva 76/207 sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres se sancionaba, por la ley del Estado miembro, mediante sanciones meramente simbólicas e inadecuadas desde el punto de vista de la prevención, el Tribunal precisa que una efectiva tutela de la directiva no podía dejar de establecer un sistema de penas apropiado, eficaces y disuasivo, en definitiva, funcionales a perseguir de su finalidad preventiva, Cf. TJCE, Sentencias del 10 de abril de 1984, causas 14/83, *von Colson* y 76/83, *Harz*, en *Racc.*, 1984, pp. 1908 e 1941. Cf. A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, en *Annali dell'Università di Ferrara – Science giuridiche*, vol. II, 1998, p. 158 ss.

<sup>350</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 259 s.

En la famosa sentencia Maiz Griego<sup>351</sup>, el Tribunal afirma que el principio de leal cooperación se traduce en la obligación de los Estados de sancionar las violaciones de la normativa comunitaria, sobre la base de dos subprincipios: 1) principio de asimilación, el cual exige que para la violación del derecho comunitario se prevea un tratamiento sancionatorio análogo al previsto respecto de las violaciones del derecho interno de similar naturaleza e importancia; 2) principio de proporcionalidad o “*efficacia-proporzione*”<sup>352</sup>: el cual exige que las sanciones previstas en el ámbito nacional sean efectivas, adecuadas a la gravedad del hecho y disuasivas<sup>353</sup>.

Si bien algunos autores han considerado contradictoria la aplicación simultánea de ambos principios, el prof. Grasso enseña que tal contradicción, en realidad, no existe ya que la “asimilación” de la tutela de los intereses comunitarios a la tutela brindada a nivel nacional a los intereses nacionales, constituye solo un mínimo de protección requerida, “*una soglia di tutela*” que debe ser superada cada vez que resulte necesario garantizar la protección de los intereses comunitarios en forma adecuada, proporcionada y disuasiva<sup>354</sup>. En función de ello, se sostiene que mediante este fallo el Tribunal reconoce verdaderas obligaciones de incriminación para los Estados ya que en función de la “asimilación” siempre que las violaciones del derecho interno sean sancionadas penalmente, el mismo tipo de sanción deberá preverse para las infracciones comunitarias similares por naturaleza e importancia, mientras que por efecto del principio de proporcionalidad para las violaciones más graves y con connotación de alarma social las sanciones penales serán consideradas adecuadas a la gravedad del hecho y disuasivas<sup>355</sup>. Según el prof. Picotti, el primero facilita la verificación interna (es decir, la asimilación de los intereses europeos a los intereses nacionales) mientras que el segundo la verificación externa (es decir, la

---

<sup>351</sup> Cf. TJCE, sentencia del 21 de septiembre de 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, en *Racc.*, 1989, p. 2965 ss. En este caso la Comisión demanda a la República Helénica por haber incumplido sus obligaciones según el derecho comunitario porque no había pagado a la Comunidad los recursos propios fraudulentamente sustraídos del presupuesto comunitario debido a que determinadas partidas de maíz yugoslavo fueron exportados a otro país miembro de la Comunidad como si hubieran sido de origen griego; asimismo se argumenta que ha incumplido con el art. 5 del TCEE por no incoado procedimientos penales contra los responsables. Sobre el análisis de esta sentencia cf. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 260 ss; G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 831 ss; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, p. 2311 s; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 63; L. KUHL, *Cadre juridique des sanctions administratives communautaires et sa récente mise en oeuvre*, cit., p. 55 y 56, entre otros.

<sup>352</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 260 s.

<sup>353</sup> La exigencia de que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasivas será luego abundantemente utilizada en los instrumentos normativos de la Unión Europea, cfr. M DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, p. 543 ss.

<sup>354</sup> G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 15; G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 833.

<sup>355</sup> Cfr. S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea*, cit., p. 30s.; C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 99.

asimilación de los diferentes ordenamientos nacionales en la protección de los intereses de la Comunidad)<sup>356</sup>.

De esta manera, por primera vez, el Tribunal utiliza los recursos punitivos de los Estados miembros para garantizar la aplicación eficaz del derecho de la Comunidad el cual, luego, se extiende al ámbito penal. Así es que, sobre el particular se pronuncia en “Zwartveld”, donde sostiene que en determinados casos sólo las sanciones de tipo penal podrán ser reconocidas como proporcionadas<sup>357</sup>.

### 3. Iniciativas normativas de la Comunidad

#### A) CED

La primera tentativa de incorporar el derecho penal a la Comunidad, como ya se expusiera anteriormente, se produce muy poco tiempo después de la creación del CECA, en 1952, cuando se firma un Tratado para crear una Comunidad Europea de Defensa. Se afirma que la invasión de Corea del Norte a Corea del Sur genera temor de que pueda suceder lo mismo en una Alemania dividida en comunismo y capitalismo. Entonces, ante la presión ejercida por Estados Unidos (el cual insiste, como poder protector de Europa occidental, en la necesidad de lograr una colaboración europea de defensa como modo de evitar un rearme alemán integrado y controlado<sup>358</sup>), Francia propone la firma de este Tratado, con el que se busca conducir a los Estados a crear un organismo -similar al CECA- en el sector militar (es decir, la creación de Fuerzas armadas europeas con decisiva participación francesa y alemana).

Este tratado establecía un verdadero “sistema de represión penal supranacional”<sup>359</sup> aplicable a los delitos cometidos por los agentes de dichas fuerzas militares. Preveía la adopción de un Código Penal Militar que estableciera normas penales de carácter general, delitos con sus respectivas sanciones y órganos jurisdiccionales que se encargaran de su aplicación. Anexo al Tratado se adoptaba un Protocolo donde se enumeraban una serie de principios de relevancia penal que representarían el patrimonio jurídico común de los Estados miembros. A partir de la firma de este tratado, se designó una Comisión Técnica para que comenzara a elaborar mencionado Código, donde quedó evidenciada la gran dificultad que implicaba llegar a acuerdos por las diferencias existentes entre los sistemas penales de los estados miembros. De todos modos, este Tratado nunca entró en vigor porque

---

<sup>356</sup> Cf. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit. p. 334.

<sup>357</sup> Cfr. Ordenanza del 13 de Julio de 1990, *Zwartveld*, causa C2/88, en *Racc.*, 1990, p. 3365 ss; TJUE sentencia del 28 de enero de 1999, causa 77/97, *Oesterreichische Unilever GmbH e SmithklineBeecham Markenartikel GmbH*, en *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447 Cfr. G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 833 s.; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 261; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 55 ss; C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie divette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 118.

<sup>358</sup> Tribunal Supremo Alemán, sentencia del 30 de junio de 2009.

<sup>359</sup> Cf. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 18.

la falta de ratificación de Francia (por el rechazo de la Asamblea Nacional) hizo que ningún otro estado firmante lo ratificase<sup>360</sup>.

## **B) Tentativas de carácter penal impulsadas por los órganos comunitarios**

### **a. Iniciativas tendientes a la armonización**

En el marco de la CEE, Euratom y CECA, la Comisión realizó diversas tentativas de introducir la cuestión penal en el ámbito comunitario.

Por un lado, en 1976 la Comisión presentó dos proyectos de modificación de los Tratados vinculados con la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y la responsabilidad de los funcionarios comunitarios, los cuales preveían la modificación del art. 5 del TCEE y la incorporación de un protocolo a cada Tratado comunitario donde se establecían normas penales comunes para todos los países miembros. En verdad para realizar dichos proyectos se había creado, en 1962, un grupo ad hoc de expertos con la intención de redactar una Convención general relativa a la represión de todas las violaciones del derecho comunitario<sup>361</sup>, pero la retirada de la delegación francesa en 1966, luego de la presentación de un proyecto de convención con contenidos extremadamente amplios, se produce el definitivo archivo del proyecto en cuestión<sup>362</sup>.

Por otro lado, la Comisión presentó diferentes proyectos legislativos donde se establecían sanciones de naturaleza penal con el fin de proteger bienes jurídicos comunitarios. Fue el caso de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión al Consejo el 30 de junio de 1970, relativa a una sociedad por acciones europea<sup>363</sup> y la Propuesta de directiva presentada por la Comisión al Consejo sobre el lavado de dinero<sup>364</sup>. La obstrucción de los Estados que no se encontraban preparados para aceptar la competencia penal de las instituciones de las Comunidades, conllevó a que la primera propuesta nunca fuera adoptada y la segunda fuera aprobada pero sólo con la obligación para los Estados miembros de “prohibir” el lavado de dinero en sus territorios.

---

<sup>360</sup> I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 105 ss; G. GRASSO, La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea, en *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 31 y 32; K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, 2011, p. 8 ss; J. GILISSEN, *L'application des lois pénales aux militaires à l'étranger dans les rapports intra-européens*, en *Droit pénal européen; Congrès organisé le 7, 8 et 9 novembre 1968 per l'Institut d'études européennes*, Bruxelles, 1970, p. 299 ss citado por G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilita' e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunità*, cit., p. 631, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 42; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 18 ss.

<sup>361</sup> Cfr. G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, cit. p. 961 ss.

<sup>362</sup> R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 18 y 19.

<sup>363</sup> Propuesta de reglamento presentado por la Comisión el 30 de junio de 1970 cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 262, nota 184.

<sup>364</sup> Directiva del Consejo 91/308/CEE del 10 de junio de 1991, hace referencia a ésta V. MITSILEGAS, *Money Launderin Counter-measures in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague/London, 2003, cap. 3.

Por su parte, también por iniciativa de la Comisión, se observa que se aprueban directivas que establecían la obligación de sancionar específicas conductas mediante sanciones adecuadas, proporcionadas, apropiadas, eficaces o suficientemente disuasivas y si bien no obligaban a los Estados a que éstas fuesen de naturaleza penal, se indicaba expresamente que el legislador comunitario consideraba como más apropiadas la adopción de medidas de tipo penal. Estas normas implicaron que los Estados establezcan sanciones penales para varias de las conductas allí prohibidas<sup>365</sup>.

Además, debe recordarse que también por iniciativa de la Comisión se adoptaron Reglamentos (tales como) que mediante la utilización de la técnica de la extensión directa ampliaban el contenido de ciertos tipos penales nacionales para así proteger mediante el sistema punitivo de los estados miembros ciertos intereses comunitarios<sup>366</sup>, los cuales no fueron mas cuestionados que por la doctrina.

Debe aquí precisarse que si bien la Comisión ha sido la más osada de las instituciones comunitarias en las propuestas que ha efectuado para integrar el derecho penal en el sistema comunitario, el Parlamento desde un principio ha mostrado su interés en que los Estados miembros sancionen penalmente determinadas conductas como así también que se lleven a cabo a nivel comunitario políticas comunes a fin de que exista cooperación y armonización de las legislaciones en la lucha contra la criminalidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución sobre las relaciones del derecho comunitario y el derecho penal donde se propugna la armonización de las legislaciones<sup>367</sup>; la Resolución donde requiere que se incorpore al Tratado de la Unión Europea un sistema de tutela de los intereses financieros de la Comunidad fundado en previsiones que reconociesen la posibilidad de que se emitan reglamentos y directivas de armonización de la legislación penal de los Estados miembros<sup>368</sup>.

## **b. Iniciativas tendientes a la cooperación penal**

---

<sup>365</sup> Directiva del Consejo 89/592/CEE del 13 de noviembre de 1989; Directiva del Consejo 91/308/CEE del 10 de junio de 1991; Directiva del Consejo 91/250/CEE del 14 mayo de 1991. Cfr. S. RIONDATO *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 127; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, cit., p. 65.

<sup>366</sup> Ver supra punto II B).

<sup>367</sup> Gazz. uff. C 57 del 7 marzo 1977, p. 35 ss, cfr. G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, cit., p. 962.

<sup>368</sup> El Parlamento europeo había afirmado también que los Tratados comunitarios (en particular los art. 100 y 235 TCEE) atribuyen a las instituciones la posibilidad de intervenir para armonizar las previsiones sancionatorias nacionales en tema de tutela de los intereses financieros de la comunidad, cfr. , documenti di seduta, A3-0250/91 del 27 de septiembre de 1991. Otros ejemplos son la Recomendación sobre la difusión de la criminalidad organizada ligada al tráfico de droga, del 2 de diciembre de 1991, donde han sido propuestas numerosas medidas de orden penal, sustancial y procesal; la Resolución de junio de 1992 sobre el crimen del Juez Giovanni Falcone, donde se invita a Italia y sus instituciones democráticas a poner fin al poder de la criminalidad organizada e invita a todos los gobiernos a intensificar la cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada, lucha que requiere de disposiciones comunitarias para poner en acción una fuerza de policía supranacional y que requiere igualmente medidas, aplicables en todos los Estados miembros para frenar la actividad de organizaciones mafiosas.

Se advierte que esta primer fase del proceso de integración europeo también se abre a la materia penal en términos de cooperación internacional tradicional, mediante la creación de nuevos canales informales e instrumentos de colaboración tendientes a facilitar el contacto entre los Estados miembros<sup>369</sup>.

Las primeras formas de cooperación en materia penal, se realizan sobre la base de instrumentos intergubernamentales adoptados en el marco del Grupo TREVI<sup>370</sup>. Este grupo fue creado en 1976 después de los ataques de Munich y se encontraba integrado por los Ministros del Interior de los países miembros de la Comunidad. Si bien, en un principio, se ocupaba de la lucha contra el terrorismo y la cooperación policial de toda la Comunidad, en los 80's, incorpora dentro de su esfera de actuación, también, la lucha contra el crimen organizado<sup>371</sup>.

El Acta Única europea (1986) comportó un importante paso adelante en materia de cooperación, hasta entonces desarrollada con poca transparencia ante los ciudadanos y las instituciones comunitarias. El nuevo artículo 8A, la libre circulación de los ciudadanos pasa a ser uno de los cuatro elementos principales del mercado único, quedando expresamente incluida en las materias de competencia comunitaria. A partir de ello, se crean nuevos grupos de trabajo a fin de desarrollar la cooperación judicial, penal y civil, junto con determinados aspectos de la cooperación política europea, en los cuales se incluyen, en calidad de observadores, a representantes de la Comisión. Algunos de estos grupos (como por ejemplo el grupo ad hoc Inmigración como el Comité Europeo de Lucha contra la Droga) pasaron a ser gestionados por el Consejo de la Unión Europea.

Con la firma del “documento de Palma” en 1989, el grupo Trevi se transforma en una herramienta oficial de la Comunidad Europea donde se recomienda un enfoque más coordinado de los diversos grupos de trabajo ya que éstos hacían su labor por separado y elaboraban sus informes para los Ministros que integraban estructuras distintas. Además, debido a la propia naturaleza de esta cooperación, ni el Parlamento Europeo ni los Parlamentos nacionales podían ejercer

---

<sup>369</sup> J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 1 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., p. 3 s.

<sup>370</sup> EUROPOL encuentra sus antecedentes en el grupo TREVI. El exacto origen de este nombre no se sabe. Algunos dice que este significa "Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme et Violence Internationale" (Terrorism, Radicalism, Extremism and International Violence), otros afirman que el nombre deriva del hecho de que el primer encuentro de este grupo se realiza en Trevi, Italia, Cf. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 6 s; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 6 y nota 2 p. 162; V. MITSILEGAS, J. MONAR, W. REES, *The European Union and Internal Security*, Basingstoke Palgrave Macmillan, 2003, p. 22 ss.

<sup>371</sup> Según Bacigalupo “la idea del espacio judicial europeo estaba estrechamente relacionada con la importancia que entonces tenía el fenómeno terrorista. Probablemente por esta razón la concepción del espacio judicial europeo se limitó, en la práctica, a la propuesta de convenciones en materia de extradición, de represión del terrorismo y de cooperación judicial. Por el contrario, las cuestiones referentes a la armonización del proceso penal, sobre todo en lo referente a los principios que disciplinan la prueba, a los principios del derecho penal internacional, o a las normas penales que protegen ciertos bienes jurídicos, no tuvieron acogida en la idea del espacio judicial europeo. La noción inicial de espacio judicial penal europeo aparece estrechamente vinculada con fenómenos criminales de repercusión ante todo nacional, pero con problemas internacionales en la persecución de los autores”. Cfr. E. BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 289.



control alguno sobre las medidas adoptadas en este marco, salvo contados casos en que el primero daba sólo su opinión. El Tribunal de Justicia no tenía competencia alguna para valorar los instrumentos jurídicos que se elaboraban en este contexto<sup>372</sup>.

### C) Acuerdo de Schengen y su aquis

Sobre la base de los obstáculos evidenciados por el Libro Blanco de la Comisión<sup>373</sup>, en cuanto a las problemáticas planteadas por la libre circulación de las personas y a fin de contrastar cierto tipo de criminalidad transnacional<sup>374</sup>, se da un paso de relevancia, por afuera de la Comunidad Europea<sup>375</sup> (pero muy vinculado con ella), mediante la firma del Acuerdo de Schengen en 1985<sup>376</sup>. Ante la imposibilidad de alcanzar consenso dentro de la Comunidad Europea<sup>377</sup>, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos decidieron crear el espacio Schengen. Este espacio garantiza la libre circulación de las personas, mediante la supresión de todas las fronteras interiores y el establecimiento de una única frontera exterior. Salvo Irlanda y el Reino Unido, el resto de los países que conformaban las Comunidades se adhirieron a este Acuerdo<sup>378</sup>, previo a que éste fuese incorporado al Tratado de Amsterdam. Con posterioridad países inclusive que no forman parte de la Unión se han incorporado al Acuerdo de Schengen<sup>379</sup>.

Dentro del espacio Schengen se aplican normas comunes en lo referente a visados, asilo y controles fronterizos. Con el objeto de conciliar la libre circulación con la seguridad interior, se busca desarrollar la cooperación policial y de las autoridades judiciales como así también la armonización de las legislaciones

<sup>372</sup> Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 10 ss.

<sup>373</sup> Los libros blancos contienen un conjunto argumentado de propuestas de acción comunitaria en un ámbito específico. En este sentido, son establecidos por la Comisión Europea en el marco de los comités consultivos que comprenden a los miembros de la Comisión, representantes de grupos de interés y administraciones nacionales.

<sup>374</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto comunitario*, cit., p. 15.

<sup>375</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 5 a 8; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, cit., p. 167 s.

<sup>376</sup> Este acuerdo fue complementado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado el 19 de junio de 1990 y en vigor desde el 26 de marzo de 1995. Cfr. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, en *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 82; S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, en *Statewatch Analysis*, p. 4 (<http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-uk-ireland-opt-outs.pdf>); J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, cit., p. 199; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 12; A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, CELS Working Paper, New Series, No.1, septiembre de 2012, p. 5.

<sup>377</sup> Ya que para algunos Estados miembros, la libre circulación sólo debía aplicarse a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) lo que implicaba mantener los controles en las fronteras, mientras que otros, por el contrario, deseaban establecer una libre circulación para todos y, por tanto, suprimir estos controles fronterizos.

<sup>378</sup> Miembros iniciales: Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Francia y Alemania; Adhesiones: Italia, el 27 de noviembre de 1990; España y Portugal, el 25 de junio de 1991; Grecia, el 6 de noviembre de 1992; Austria, el 28 de abril de 1995 y Dinamarca, Finlandia y Suecia, el 19 de diciembre de 1996.

<sup>379</sup> La República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia se sumaron el 21 de diciembre de 2007, y el país asociado Suiza lo hizo el 12 de diciembre de 2008. Bulgaria, Chipre y Rumanía aún no son miembros de pleno derecho del espacio Schengen: los controles fronterizos entre estos países y el espacio Schengen se mantendrán hasta que el Consejo de la UE determine que se cumplen las condiciones para suprimirlos.

nacionales en materia de terrorismo, la criminalidad organizada y el tráfico de estupefacientes<sup>380</sup>. En este contexto, se crea el Sistema de Información Schengen (SIS), el cual es una base de datos sofisticada que permite a las autoridades responsables de los Estados Schengen intercambiar información sobre personas y de bienes<sup>381</sup>.

Las principales disposiciones en materia penal, aprobadas por el Consejo Ejecutivo de Schengen (quien detentaba el poder legislativo dentro del Schengen y donde era necesario el voto favorable de la unanimidad para aprobar las normativas propuestas) se incluyen decisiones y declaraciones para una mejora en la coordinación policial (incluidos los derechos de vigilancia y persecución transfronterizas)<sup>382</sup> y el refuerzo de la cooperación judicial a través de un sistema de extradición más rápido y una mejor transmisión de la ejecución de sentencias penales<sup>383</sup>.

---

<sup>380</sup> En ese sentido el artículo 17 del Acuerdo Shengen establece “En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas. Con estos fines, se esforzarán previamente por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”; artículo 18: Las Partes entablarán discusiones, en especial sobre las cuestiones que se indican a continuación, teniendo en cuenta los resultados de las medidas a corto plazo:a) elaboración de acuerdos relativos a la cooperación policial en materia de prevención de la delincuencia y sobre la investigación;b) examen de las posibles dificultades en la aplicación de los acuerdos de asistencia judicial internacional y de extradición, para llegar a las soluciones más idóneas con el fin de mejorar la cooperación entre las Partes en estos ámbitos;c) búsqueda de medios que permitan combatir en común la criminalidad, entre otros, mediante el estudio de la eventual ordenación de un derecho de persecución policial, que tenga en cuenta los medios de comunicación existentes y la asistencia judicial internacional; artículo 19: Las Partes intentarán armonizar las legislaciones y reglamentaciones, en especial:— en materia de estupefacientes, — en materia de armas y explosivos.

<sup>381</sup> Este permite a las autoridades nacionales en materia judicial y de control en las fronteras obtener información sobre personas u objetos. Los Estados miembros suministran datos al sistema mediante redes nacionales (N-SIS) conectadas a un sistema central (C-SIS). Este sistema de TI es completado por una red denominada SIRENE (información complementaria requerida a la entrada nacional), que es la interfaz humana del SIS.

<sup>382</sup> Cf. Título III, capítulo I del Convenio. Se adopta por ejemplo: Manual Schengen sobre la cooperación policial en materia de orden público y seguridad, SCH/Com-ex (97) 6 rev. 2, 24.6.1997; Cooperación policial transfronteriza en la prevención y esclarecimiento de delitos, previa solicitud, SCH/Com-ex (98) 51 rev. 3, 16.12.1998; SCH/Com-ex (99) 18, 28.4.1999 Mejora de la cooperación policial en la prevención e investigación de hechos delictivos; declaración: SCH/Com-ex (95) decl. 2, 29.6.1995, Cooperación policial, SCH/Com-ex (95) decl. 3, 29.6.1995, Cooperación policial transfronteriza

<sup>383</sup> Cf. Título III, capítulo II y ss del Convenio. Se adopta, por ejemplo, Confirmación de las declaraciones de los Ministros y Secretarios de Estado sobre los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, SCH/Com-ex (93) 9 14.12.1993; Mejora de la práctica de la cooperación judicial en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes, SCH/Com-ex (93) 14, 14.12.1993; Tráfico ilegal de armas, SCH/Com-ex (99) 10, 28.4.1999, Decisión relativa al convenio sobre infracciones a la legislación de tráfico, SCH/Com-ex (99) 11 rev. 2, 28.4.1999. Declaraciones: SCH/Com-ex (96) decl. 1, 21.2.1996 Terrorismo; SCH/Com-ex (96) decl. 2 rev., 18.4.1996, Lucha contra el narcoturismo y los flujos ilegales de estupefacientes; SCH/Com-ex (96) decl. 6 rev. 2, 26.6.1996 Declaración sobre la extradición; SCH/Com-ex (96) decl. 7 rev. 27.6.1996, Política en materia de entrega y readmisión entre los Estados Schengen.

## CAPITULO III: DERECHO PENAL DE LOS PILARES

### I.La Unión Europea

#### 1.Tratado de Maastricht

##### A) Creación de la Unión europea

La progresiva consolidación de la Comunidad Europea, su presencia cada vez más activa en el campo económico y en la esfera jurídica de los particulares, evidencia la necesidad de extender los ámbitos de cooperación e integración política como así también hacer más democrático el proceso decisional de sus instituciones<sup>384</sup>. El colapso del comunismo de la Unión Soviética y de otros países del centro y este de Europa, fuerza una reconsideración política de la Comunidad ya que, por un lado, estabiliza el área geográfica de ésta y por otro lado, implica su potencial apertura a nuevos mercados e inversiones hacia el oeste de Europa<sup>385</sup>.

Así es que, en el año 1992, se firma en Maastricht<sup>386</sup>, el Tratado de la Unión Europea (UE), con el cual cambia la connotación estrictamente económica de la Comunidad para transformarse en una Unión dotada de vocación política<sup>387</sup>. En efecto, la Comunidad Económica Europea pasa a llamarse “Comunidad Europea”, se crea la ciudadanía europea<sup>388</sup> y se convierte al Consejo Europeo<sup>389</sup> en el encargado de darle impulso a la Unión y definir su orientación política general. Se reconocen como principios generales del derecho comunitario los principios y derechos fundamentales garantizados en el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>390</sup>.

<sup>384</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2008, p. 8.

<sup>385</sup> El colapso del comunismo, implica la reunificación también de Alemania reavivando temores de otras épocas cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 160.

<sup>386</sup> Se firma en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y entra en vigor el 1 de noviembre de 1993. Contiene además 18 protocolos y 33 declaraciones.

<sup>387</sup> En cuanto a los cambios efectuados por el Tratado de Maastricht, sintéticamente, los describe con claridad G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 9 a 13; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manual breve diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 14 a 16; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 150 ss; R. ADAM, A. TIZZIANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss. y K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, London, 2011, p. 41 ss, entre otros.

<sup>388</sup> A todos los ciudadanos de los estados miembros se les otorga derecho a circular libremente, a votar, a presentarse como candidatos, a recibir protección diplomática de cualquier estado miembro, a peticionar al Parlamento, etc.

<sup>389</sup> El Consejo Europeo fue creado en 1974 con la intención de establecer un foro informal de debate para los Jefes de Estado o de Gobierno así como por el presidente de la Comisión. Estos están asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reúne al menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo. A partir del 1 de diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa, se ha convertido en una de las siete instituciones de la Unión.

<sup>390</sup> Cfr. art. F y K.2 del Tratado de Maastricht, los cuales implican reconocer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a que dichos principios se encontraban implícitamente reconocidos por los tratados, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 138; A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, en *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1998, p. 75 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un*

Se fijan como objetivos de la Unión: promover el progreso económico y social mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores; establecer una unión económica y monetaria; afirmar su identidad en el ámbito internacional, a través del desarrollo de una política exterior y de seguridad común; reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales y desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior. “*It marked a further big step on the road to European integration, with important implications for both internal and external activities*”<sup>391</sup>, por ello es que la ratificación de este Tratado, en cada Estado miembro, no fue sencilla y su entrada en vigor tardó casi dos años<sup>392</sup>.

## B) Tres pilares

Mediante este Tratado, se estructura a la Unión Europea sobre la base de lo que se denominó “tres pilares”<sup>393</sup> que, manteniendo las Comunidades existentes, permite ingresar nuevos sectores políticos y formas de cooperación entre los países miembros.

El primer pilar, llamado el pilar “Comunitario”, abarca las tres Comunidades anteriores (es decir hace confluir en el nuevo Tratado CE los precedentes Tratados CECA, CEE y EURATOM) e introduce nuevas áreas de competencia comunitaria, como la protección de la salud, los consumidores, el medio ambiente, etc.. Se incorpora un Protocolo sobre Política Social<sup>394</sup>, el cual tiene como objetivo adoptar normas comunes que fomenten el empleo, mejoren las condiciones de trabajo y den una protección social adecuada a los ciudadanos contra las exclusiones. Sin lugar a dudas, uno de los principales objetivos introducidos en el ámbito comunitario fue la unión económica y monetaria; esta última se planea en tres fases que culminan con la sustitución de las monedas nacionales por una moneda única europea (el euro) en el año 2002<sup>395</sup>.

---

*sistema integrato de tutela dei beni giuridici soprannazionali dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 402.

<sup>391</sup> Cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 161.

<sup>392</sup> Sobre las dificultades que encontró en cada país miembro la ratificación de este Tratado y las modificaciones que debieron introducirse, cfr. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 39 ss.

<sup>393</sup> Se habla de tres pilares porque se compara a la unión con un templo griego sostenido por tres pilares. cf. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 13.

<sup>394</sup> Fue incorporado en un protocolo adjunto al Tratado por requerimiento del Reino Unido, y respecto a éste se mantuvo opt out durante el gobierno conservador de John Major. Cfr. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, en *European Constitutional Law Review*, 2009, nota 6, p. 78 s.; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 161.

<sup>395</sup> La unión monetaria trajo cuestionamientos en los estados miembros; desde un principio el Reino Unido fue reacio a su incorporación y después del referéndum negativo también fue un obstáculo para la integración de Dinamarca en este ámbito (en función de ello es que dichos países negocian sus opt outs de este sector) pero también en países como Alemania y Francia fue una materia que generó resistencias para la ratificación de Maastricht, cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 160 y 164 s.

El segundo pilar, denominado de la “Política Exterior y Seguridad Común”<sup>396</sup>, prevé a largo plazo una política común de defensa. En este ámbito se adoptarán medidas tendientes a la defensa de los valores comunes, los intereses fundamentales, la independencia y la integridad de la Unión, y el fortalecimiento de la seguridad dentro de la Unión y en el ámbito internacional. Con la creación de este pilar, un área que hasta ese momento había sido de simple cooperación internacional entre los Estados, se transforma en un área donde la Unión realizará una política común, es decir, una cooperación más profunda<sup>397</sup>.

El tercer pilar, denominado “Cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de interior”<sup>398</sup> comprende la política de asilo; la política de inmigración y la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregular de nacionales de los terceros Estados en el territorio UE; la cooperación aduanera; la lucha contra la toxicomanía y la defraudación a escala internacional; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial y policial para la prevención y la lucha contra formas graves de delincuencia internacional<sup>399</sup>.

### **C) Método comunitario e intergubernamental**

La creación de esta estructura de tres pilares, se vincula con la intención de introducir, en el ámbito de la Unión Europea, las temáticas relacionadas con los dos nuevos pilares pero sin por ello ceder importantes porciones de soberanía estatal en estos temas de tanta relevancia para los países miembros<sup>400</sup>. Por lo tanto, a la hora de regular el proceso normativo de la Unión, se reserva para el primer pilar el método comunitario y se incorpora para el segundo y tercer pilar el método intergubernamental.

En el método comunitario las instituciones supranacionales de la Comunidad tienen una participación activa. La Comisión tenía el monopolio del poder de iniciativa de los actos legislativos, la mayoría calificada bastaba para su adopción en el Consejo (en la generalidad de los casos), el Parlamento tenía la facultad de proponer modificaciones y (a partir de este Tratado) su opinión era vinculante en ciertas materias (procedimiento de codecisión<sup>401</sup>); finalmente, se reconoce al Tribunal de Justicia la facultad de imponer sanciones pecuniarias al Estado incumplidor de las

<sup>396</sup> Título V, del Tratado de la Unión Europea.

<sup>397</sup> K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 44 s.

<sup>398</sup> Título VI del tratado de la Unión Europea.

<sup>399</sup> Cfr. K1 del Tratado de Maastricht.

<sup>400</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Estados Unidos, 2009, p. 9; M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 215.

<sup>401</sup> El procedimiento de codecisión se ha convertido hoy, con algunos cambios, en el procedimiento legislativo ordinario del art. 249 del TFUE pero fue introducido por el Tratado de Maastricht en el art. 189 b TCE. En este procedimiento el Parlamento Europeo y el Consejo adoptan en forma conjunta la legislación, es decir, se le otorga al Parlamento autoridad legislativa junto al Consejo. El procedimiento requiere que se alcance el consenso entre ambos órganos. Este procedimiento ha sido aplicado a la mayoría de las Directivas adoptadas desde el Tratado de Maastricht y le ha dado al Parlamento un rol e influencia mayor en la formulación de la legislación de la Unión, sobretodo en el área del trabajo y la industria. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 10 ss; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 44 ss

obligaciones comunitarias, en los casos que la Comisión constate que un Estado no ha tomado las medidas necesarias para la ejecución de una sentencia del Tribunal<sup>402</sup>.

En cambio, el método intergubernamental se basa en la cooperación entre Estados conforme la lógica del derecho internacional<sup>403</sup>, por lo tanto, el papel principal lo desarrolla el Consejo (recuérdese que es el órgano que representa a los Estados miembros). Se limita el poder de iniciativa de la Comisión, quien debe compartirlo con los países miembros (y en el área penal ni siquiera tiene poder de iniciativas); cada uno de los integrantes del Consejo –es decir, de los representantes de los Estados- cuentan con derecho de veto ya que las normas propuestas, en su mayoría, deben ser aprobadas por unanimidad<sup>404</sup>; el Parlamento tiene sólo un rol consultivo y su opinión no es nunca vinculante; el Tribunal de Justicia tiene una competencia muy limitada, quedando en manos de los jueces nacionales velar por la uniformidad y aplicación del derecho UE<sup>405</sup>.

#### **D) Instrumentos jurídicos:**

La resistencia estatal a ceder el poder soberano en los nuevos ámbitos políticos de la Unión, se refleja en los instrumentos jurídicos elegidos para cada pilar. En este orden, se afirma que los actos normativos del segundo y tercer pilar “son instrumentos que buscan conciliar el principio de soberanía estatal con la actividad supra-estatal, normalmente elaborados en el seno de organizaciones internacionales, ofrecidos a los Estados para que den su consenso”<sup>406</sup>.

En el primer pilar los principales instrumentos jurídicos siguen siendo los Reglamentos y las Directivas<sup>407</sup>, los cuales gozan de primacía y efecto directo en el

---

<sup>402</sup> Se introducen modificaciones al artículo 171 del Tratado CE, estableciéndose que el estado miembro que no da ejecución a la sentencia del Tribunal de Justicia –donde se lo declara incumplidor de una obligación vinculada con el Tratado- puede verse sancionado (mediante lo que ha sido llamado “doppia condanna”) al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva. Los primeros estados que fueron sancionados por incumplimiento fueron Alemania e Italia en 1997, cf. La Europa sin fronteras, n° 3, 1997, Oficina de Publicaciones Europeas, Luxemburgo, 1997, p. 3, <http://bookshop.europa.eu/es/la-europa-sin-fronteras-pbCCAI97003/>. Al respecto, cfr. L. DANIELE, *Unione economica e monetaria, obblighi degli Stati membri e poteri sanzionatori delle istituzioni*, en *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 931 ss.; G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, en *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 477 ss

<sup>403</sup> Según algunos es una cooperación intergubernamental mas avanzada que la clásica cooperación intergubernamental del derecho internacional, al respecto cfr. P. MÜLLER- GRAFF, *The legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty*, en *Common Market Law Review*, vol. 31, 1994, p. 497.

<sup>404</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 8 señala que a los Estados miembros inquietan principalmente ciertas características del derecho del primer pilar, como ser los efectos jurídicos de los instrumentos del primer pilar.

<sup>405</sup> Sobre el papel de las diferentes instituciones de la Unión en el tercer pilar específicamente cfr. P. MÜLLER- GRAFF, *The legal Bases of the Third Pillar and its Position in teh Framework of the Union Treaty*, cit., p. 497 ss; K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 49 s.

<sup>406</sup> A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, en *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, p. 1164 s.

<sup>407</sup> Recordemos que los reglamentos tienen alcance general, eran obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro; las directivas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. También tenía carácter vinculante la decisión, que era un instrumento de alcance particular y obligatorio en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

derecho nacional conforme lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal. El Tratado de Maastricht introduce en el marco del Tratado CEE, el principio de subsidiariedad<sup>408</sup> como límite al poder de la Comunidad (en el ámbito de las competencias compartidas entre los Estados y ésta).

En el segundo y tercer pilar, se prevén tres instrumentos jurídicos a utilizar: las acciones comunes (adoptadas por el Consejo de la Unión Europea por unanimidad o, en determinados casos, por mayoría cualificada) la cuales, en principio, obligarían a los Estados miembros a alcanzar los objetivos fijados en ellas, excepto en caso de dificultades graves<sup>409</sup>; las posiciones comunes (adoptadas por unanimidad en el Consejo) que eran instrumentos utilizados para plantear determinadas cuestiones relativas al segundo y tercer pilar como así también para fijar criterios directrices pero sin fuerza vinculante para los Estados miembros; finalmente, los Convenios (típico instrumento de derecho internacional que se adopta por el consenso de los miembros del Consejo), tenían efecto legal vinculante a partir de su ratificación y permiten que cada Estado realice reservas a sus disposiciones<sup>410</sup>.

Atento el silencio del Tratado de la Unión, se plantea si los actos del segundo y tercer pilar podrían gozar de primacía o efecto directo respecto del derecho interno de los países miembros, pero la doctrina, en general, lo descarta ya que se entendía que la relación de dichos actos con el derecho nacional quedaba sujeta a la legislación interna e interpretación jurisprudencial de cada país miembro<sup>411</sup>.

## **2. Tratado de Amsterdam:**

### **A) Cooperación reforzada y flexibilidad**

Cuatro años después de que entrara en vigor el Tratado de Maastricht, habiéndose advertido ciertas falencias en su puesta en marcha, la reticencia de algunos países a apoyar ciertas políticas de la Unión como así también la

---

<sup>408</sup> El principio de subsidiariedad es un principio organizativo del poder acogido por el derecho constitucional y el derecho europeo, se vincula con temas tales como la democracia, la representatividad, de las relaciones entre ejercicio del poder y la libertad. En el ordenamiento de la Unión, este principio se establece en el artículo 3 B TCE “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”, cfr. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 131; R. ADAM, A. TIZZIANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 44 ss.

<sup>409</sup> Existía un debate sobre el efecto legal de éstas en los ordenamientos internos ya que una parte de los Estados miembros sostenían que sus disposiciones eran obligatorias y la extensión de la obligación dependía de cada acción común, mientras otros Estados miembros entendían que no eran automáticamente obligatorias y que ello dependía de su contenido, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 16 s.

<sup>410</sup> Cf. artículos J.1, J.2 y K3

<sup>411</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, dirigido por G. GRASSO L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 682; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 16 s.

incorporación de nuevos miembros<sup>412</sup>, se avanza en el proceso de integración europea mediante las modificaciones del Tratado de Amsterdam<sup>413</sup>. El tiempo que llevó el proceso de ratificación del anterior Tratado, había puesto en evidencia que los países miembros no se encontraban preparados para realizar nuevamente cambios profundos, por lo tanto, las principales modificaciones de este Tratado se vinculan con la idea de una integración flexible<sup>414</sup> para de hacer operativo el proceso decisional.

El futuro crecimiento del número de países miembros, con diferencias geográficas, poblacionales, económicas, históricas y culturales<sup>415</sup>, permite vislumbrar grandes dificultades para alcanzar la unanimidad. En función de ello se propone incrementar las temáticas en las que el Consejo de la Unión Europea puede decidir por mayoría cualificada pero en los hechos no se logra el acuerdo pretendido y sólo se realiza una humilde extensión<sup>416</sup>. A fin de flexibilizar el sistema, se institucionaliza el procedimiento de cooperación reforzada, mediante el cual se hace posible que un tercio de los Estados miembros puedan adoptar medidas referentes a ciertos sectores de la Unión (que no sean competencia exclusiva de ésta) sin necesidad de contar con la participación y aprobación del resto. A través de la cooperación reforzada se permite, también en el ámbito penal, que los Estados preparados para seguir avanzando no se vean paralizados por la dificultad de tener que arribar a acuerdos con aquellos que prefieren mantenerse al margen de determinadas iniciativas<sup>417</sup>.

## **B) Comunitarización del Título IV e incorporación de Schengen**

Por su parte, resueltos a “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de

---

<sup>412</sup> En 1995 se incorpora Austria, Suecia y Finlandia pero ya se prepara el terreno para la futura incorporación de los países del Este.

<sup>413</sup> Tratado firmado el 2 de octubre de 1997 en Amsterdam y entra en vigor el 1 de mayo de 1999. Sobre las modificaciones que aporta el Tratado de Amsterdam, confrontar la descripción que sintéticamente efectúa G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 13 a 17; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manual breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 16 s; K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 49 ss; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 177 ss.

<sup>414</sup> En 1994, en el Parlamento alemán se sugiere la idea de introducir un sistema que permita avanzar a un “hard cord of member states”, en Francia se propone una Europa de círculos concéntricos en cuyo centro debería ubicarse Francia y Alemania. Frente a estas ideas John Major plantea la idea de una integración flexible, es decir, un sistema que permitiera avanzar a los estados miembros que pretendieran una intergración más profunda sin excluir a ningún Estado que quisiera unirse en un momento posterior, cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 171 ss.

<sup>415</sup> Debe hacer notar que había miembros que apoyaban el ingreso de nuevos países y otros que no estaban muy entusiasmados cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 172 s.

<sup>416</sup> En el TCE aún se requiere la unanimidad para cuestiones de política fiscal, de migración y asilo, social y algunas de política comercial, cfr. G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2007, I, p.11.

<sup>417</sup> Ver art. 11 y 11a TCE, art. 27a, 27b y 27c TUE, art. 40, 40a, 40b, 43a y 43 b TUE. Sobre la importancia de la cooperación reforzada como cláusula de flexibilización cfr. W. VAN GERBEN, *The European Union: A Polity of States and Peoples*, cit., p. 29 s., K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit. P. 53.



personas<sup>418</sup>, los Estados miembros otorgan a las instituciones de la Comunidad la facultad de adoptar normas relativas a la inmigración, asilo, control de fronteras exteriores y cooperación en derecho civil. Se desplazan áreas previamente contenidas en el ámbito intergubernamental del tercer pilar al territorio comunitario, lo cual conlleva a que el Reino Unido e Irlanda negocien la introducción de un nuevo mecanismo de flexibilización (el protocolo sobre el “opt-in/ opt-out”<sup>419</sup>). El epígrafe del título VI del Tratado UE cambia por el de “Cooperación policial y judicial en materia penal” y, conforme se verá más adelante, el tercer pilar se ve renovado y fortalecido mediante nuevos instrumentos jurídicos y mayor participación de los órganos de la Unión.

Con la misma finalidad<sup>420</sup>, como así también para evitar la superposición de medidas, se incorporan los Acuerdos Schengen y su acervo<sup>421</sup> a la Unión Europea<sup>422</sup>. El espacio Schengen comienza a formar parte del marco jurídico e institucional de la Unión beneficiándose con su control parlamentario y jurisdiccional<sup>423</sup>. Pero, siendo que en el acervo de Schengen habían medidas vinculadas con diferentes pilares del Tratado UE (título IV y el Título VI), donde el Tribunal de Justicia no tenía la misma jurisdicción (art. 68 CE o art. 35 UE), fue necesario determinar la ubicación que iba a tener la diferente normativa de Schengen. El 20 de mayo de 1999, el Consejo (a quien se le habían otorgado las facultades del Comité ejecutivo de Schengen) aprobó la lista de elementos que componían el acervo y definió para cada uno de ellos la base jurídica correspondiente en los Tratados europeos (Tratado CE o Tratado sobre la UE)<sup>424</sup>. Desde entonces, la legislación Schengen ha continuado desarrollándose, conforme las reglas establecidas en el Protocolo.

---

<sup>418</sup> Cfr. art. 2 TUE y realizar el objetivo de la libre circulación de personas, establecido en el Acta Única Europea de 1986.

<sup>419</sup> Conforme el procedimiento establecido por el art. 5 A, apartado 3 del TCE. Cfr. M. MAZZÓN, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como laboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, en *Riva It Dir Pub Com*, Anno XXII, Fasc. 6, 2012, p. 1138 s; V. MILLER, *UK Government opt-in Decisions in the Area of Freedom, Security and Justice*, House of Lords Library, 19/10/2011, p. 2 ss; S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, cit. p. 5 y detalle de p. 24 a 28; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 56; House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit., p. 169.

<sup>420</sup> El preámbulo del Protocolo que incorpora a Schengen afirma que tiene por finalidad que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law* en *Statewatch Analysis*, p. 4 (<http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-uk-ireland-opt-outs.pdf>); House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit., párrafo 6.253. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 87 y 88.

<sup>421</sup> Es decir el derecho elaborado en el marco del acuerdo de Schengen desde su creación, al respecto cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 44 ss.

<sup>422</sup> Protocolo anexo por la insistencia del Reino Unido. También debe tenerse en cuenta que la constante ampliación y profundización de la normativa de Schengen al costado de la Unión resultó en un permanente entrecruzamiento entre ésta y las norma UE en el ámbito de la cooperación de asuntos del interior. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 487.

<sup>423</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 488ss.

<sup>424</sup> Mediante las Decisiones del Consejo [1999/435/CE](#) y [1999/436/CE](#).

El ingreso de la lógica de Schengen en el Tratado de la UE implica una redefinición del territorio de la Unión<sup>425</sup> puesto que se incorpora un espacio sin fronteras interiores entre Estados que son miembros de la Unión y otros Estados que no son parte de ésta (como ser Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza<sup>426</sup>). Asimismo se crea una “geometría variable” en el proceso jurídico de integración dado que no todos los países miembros de la Unión participan de una misma manera<sup>427</sup> o en todas las áreas vinculadas con Schengen<sup>428</sup>. Existen, por lo tanto, a partir de la incorporación de estos acuerdos, normas de la Unión que tendrán efectos jurídicos diversos para los diferentes miembros UE y podrán también afectar a Estados ajenos a la Unión<sup>429</sup>.

### C) Codecisión ampliada y derechos fundamentales

Por otro lado, cabe resaltar que se acompaña este proceso de mayor integración, con la extensión del ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión a nuevas temáticas, reforzándose así el rol atribuido al Parlamento europeo. Se incorpora el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión europea en donde se establece la obligación de informar a los Parlamentos nacionales los documentos de consulta y los proyectos de medidas presentados por la Comisión<sup>430</sup>.

Además, se incorpora al TCE del acuerdo sobre política social, con algunas mejoras (se suprime la posibilidad de exclusión voluntaria, conocida como «opt-out» del Reino Unido) y se positivizan como principios comunes el de libertad, democracia, respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho<sup>431</sup>. Respecto de éstos últimos se establece que si el Consejo

<sup>425</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 12

<sup>426</sup> El requisito de asociación al *acervo* Schengen para los países fuera de la UE es la libre circulación de personas entre esos Estados y la Unión; dicha participación también les permite aplicar las disposiciones del *acervo* de Schengen y participar en la toma de decisiones sobre los textos pertinentes en el marco de Schengen.

<sup>427</sup> Por ejemplo Dinamarca quien ya siendo signataria del Convenio de Schengen gozar de los mismos derechos y obligaciones que le correspondían, previo a la incorporación del Acuerdo de Schengen a la Unión, respecto de las medidas schengen cuya base legal fuese individualizada dentro del título III bis y IV de la Comunidad.

<sup>428</sup> Por ejemplo el Reino Unido e Irlanda, quienes no deseaban suprimir los controles en sus fronteras, participan sólo de algunas medidas del espacio Schengen, utilizando también aquí el sistema del opt-in/opt-out. Cfr. M. MAZZÓN, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como laboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, cit., p. 1140 s.; V. MILLER, *UK Government opt-in Decisions in the Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 3 ss; S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, cit., p. 3 ss.

4; House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit., párrafo 6.253.

<sup>429</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 48; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 174; D. THYM, *The Schengen Law: A challenge for Legal Accountability in the European Union*, en *European Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2002, p. 218 ss.

<sup>430</sup> Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, Giruffrè, Milano, 2010, p. 102 s.

<sup>431</sup> Ello significa, según el Tribunal de Justicia que “la Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y ...que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando

constata la violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los principios enunciados, podrá decidir que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del Tratado<sup>432</sup>.

### 3. Niza

#### A) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En este mismo orden de ideas, el 7 de diciembre de 2000, en Niza, se proclama la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta Carta durante muchos años tuvo carácter meramente político puesto que despertaban temor, en los Estados miembros, las consecuencias de orden constitucional que podía generar su comunitarización<sup>433</sup>. Sin perjuicio de ello, según algunos autores, la proclamación de esta Carta pone en evidencia la intención de superar la estructura de tres pilares de la Unión ya que su contenido se vincula directamente con la competencia penal atribuida al tercer pilar<sup>434</sup>.

Debe aquí hacerse notar que la incorporación de principios penales garantistas en la Carta, por un lado, expresa la tendencia a considerar los derechos fundamentales como instrumentos limitativos de la intervención penal. Pero, por otro lado, teniendo principalmente en cuenta que la Carta Europea fue proclamada casi al mismo tiempo que la explosión del terrorismo internacional y el consecuente crecimiento de la inseguridad colectiva, también, se evidencia la tendencia a considerar los derechos fundamentales como bienes primarios necesitados de tutela penal y por lo tanto, sostenedores del progresivo desarrollo de un espacio europeo pensado en función no sólo de la libertad y la justicia, sino también de la seguridad<sup>435</sup>.

#### B) Tratado de Niza

Con el objetivo de adaptar el funcionamiento de la Unión Europea a la ampliación que se producirá el 1ro de mayo de 2004 por el ingreso de los países de Europa oriental (Chipre, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Republica Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Hungría (Tratado de Atenas), se firma el Tratado de

---

aplican el Derecho de la Unión".Cfr. TJUE, 27 de febrero de 2007, c-354/04, *Gestoras pro Amnistia vs. Consejo*.

<sup>432</sup> Cfr. art. F.1 del Tratado UE, cfr. R. ADAM, A. TIZZIANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 5; sobre la dudosa eficacia y aplicabilidad de este procedimiento.

<sup>433</sup> Cf. Sobre el camino recorrido por la Unión en el reconocimiento de los derechos humanos, cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones penales europeas*, en *Revista Penal*, nro. 27, enero 11, p. 22 ss, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 124 ss, Capítulo V del presente trabajo.

<sup>434</sup> Cf. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>435</sup> Cf. A. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 102 ss; V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, en *Dir. pen. XXI secolo*, 2003, p. 47 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, en *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2645 ss.

Niza el 26 de febrero de 2001, el cual entró en vigor el 1 de febrero de 2003<sup>436</sup>. Se trata, sin lugar a dudas, de la ampliación de miembros más importantes de la historia de integración europea, la cual había sido advertida como una fuente de tensiones y sobre todo, como un factor que agravaría las dificultades ya constatadas en los procesos decisionales. En razón de una más acentuada diversificación en las condiciones económicas-sociales de cada país, se buscan adoptar remedios que atenúen el peso de cada estado miembro en los procesos decisionales y que fuesen en grado de introducir una mayor flexibilidad.

Mediante este Tratado se modifica el procedimiento de toma de decisiones a través de la reducción drástica de los casos en los que el Consejo decide por unanimidad y la consecuente ampliación de aquellos que requieren la mayoría cualificada<sup>437</sup>; la modificación de la ponderación de los votos en el Consejo; el aumento de los poderes del Presidente de la Comisión Europea; una nueva distribución de los escaños del Parlamento Europeo y se realizan modificaciones al instituto de la cooperación reforzada con el fin de consentir una utilización más significativa de éste<sup>438</sup>.

En el ámbito penal, Niza introduce unas pocas modificaciones que refuerzan el papel de Eurojust y el sistema de cooperación reforzada<sup>439</sup>.

## **II. Derecho penal del tercer pilar**

### **1. La creación del tercer pilar**

#### **A) Cooperación judicial y policial intergubernamental**

Luego de la puesta en marcha del Tratado de la Comunidad Económica Europea y los Acuerdos de Schengen se verifica “la necessità di procedere all’adozione delle misure destinate a compensare quel deficit di sicurezza in qualche modo legato alla piena realizzazione del mercato interno (delle sue 4 libertà di circolazione) e, soprattutto, all’abolizione dei controlli sulle persone all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne”<sup>440</sup>. Por esta razón el Tratado de Maastricht establece expresamente la competencia de la Unión para adoptar iniciativas en materia penal<sup>441</sup>, consolidando y formalizando la tendencia que

<sup>436</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto comunitario*, cit., p. 19 ss.

<sup>437</sup> Se incluyen por ejemplo la libre circulación de los ciudadanos, cooperación judicial en asuntos civiles, política industrial, etc.

<sup>438</sup> Cfr. al respecto K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 54 ss.; R. ADAM, A. TIZZIANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 6 ss.; I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, cit., p. 181; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 13 ss.

<sup>439</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 13.

<sup>440</sup> L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il trattato di lisbona*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 729.

<sup>441</sup> Sobre el derecho penal en el Tratado de Maastricht, entre otros, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 9 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law, Intersentia*, Oxford, 2009, p. 17 s.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 8 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1169 s.; P. MÜLLER- GRAFF, *The legal Basis of the Third Pillar and Its Position in the Framework of the Union Treaty*, cit., p. 493; D. O’KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, en *Common Market Law Review*,

informalmente o por afuera de la Comunidad se estaba llevando a cabo<sup>442</sup>. Se genera así, para algunos, una nueva acepción de “derecho penal comunitario” donde se incluye la normativa europea nacida en el seno del tercer pilar, sin perjuicio de que ésta no fuese estrictamente derecho comunitario<sup>443</sup>.

El art. K.1 del Tratado de la Unión Europea establecía “Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común...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”.

Se observa a partir de la lectura de la norma citada que las áreas delictivas en las que se otorga competencia a la Unión es amplia ya que la expresión “otras formas graves de delincuencia internacional” podría abarcar una gran variedad de delitos<sup>444</sup>. Sin perjuicio de ello, las medidas de cooperación a adoptarse deberían tener como objetivo la realización de los fines de la Unión, en particular, la libre circulación de personas sin poder afectar ninguna disposición o competencia otorgada a la Comunidad en el primer pilar<sup>445</sup>. Asimismo, en el artículo siguiente se establece que deberán ser respetuosas del CEDH, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (de 28 de julio de 1951) y la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos, excluyéndose su competencia para legislar sobre el mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior<sup>446</sup>.

---

vol. 32, 1995, p. 893; J. MONAR, R. MORGAN, *The Third Pillar of the European Union, Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, Brussels, European Interuniversity Press, 1994; AA.VV., *Prospettive di un diritto penal europeo*, dirigido por G. GRASSO, Giuffrè, Milano, 1998; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali dei beni giuridici di interesse comune*, cit., p. 94 ss; M. DELMAS MARTY, H. LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, *en Rev. sc. crim.*, 1995, p. 35 ss.

<sup>442</sup> Cf. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 10.

<sup>443</sup> A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, en *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, dirigido por L. PICOTTI, Milano, 1999, p.336 s.; R. SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1309 ss.

<sup>444</sup> Es ejemplo de lo expuesto, la lista de otras formas de delincuencia internacional efectuada en el Anexo al Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) donde ingresan los delitos contra la vida, la integridad física y la libertad; Homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; Secuestro, retención ilegal y toma de rehenes; Racismo y xenofobia; Delitos contra la propiedad, los bienes públicos y delitos de fraude: Robos organizados; Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte; Fraude y estafa; Chantaje y extorsión de fondos; Violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; Falsificación de moneda, falsificación de medios de pago; Delito informático; Corrupción; Comercio ilegal y delitos contra el medio ambiente: Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; Tráfico ilícito de especies animales protegidas; Tráfico ilícito de especies y esencias vegetales protegidas; Delitos contra el medio ambiente; Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

<sup>445</sup> Ello es así conforme la expresión “sin perjuicio de las competencias de la Comunidad y lo dispuesto por el art. M, tal como lo interpretará luego el Tribunal de Justicia de la Unión en dos famosas sentencias cfr. TJUE, 13/9/2005, c-176/03, “Comision vs. Consejo” [2005] E.C.R. I-7879; TJUE, 23/10/2007, c-440/05, “Comision vs. Council” [2007] E.C.R. I-9097.

<sup>446</sup> Cfr. artículo K2 dle Tratado de Maastricht

Se ha sostenido que el tercer pilar se caracteriza por representar un prepotente retorno al método intergubernamental, en detrimento de los mecanismos de integración de impronta comunitaria<sup>447</sup>. Y si bien carácter intergubernamental ya se podría deducir de las mismas palabras utilizadas por el artículo citado<sup>448</sup>, a partir del análisis de las atribuciones otorgadas a los órganos de la Unión y los efectos jurídicos de los instrumentos normativos en materia penal dicha afirmación se confirma inmediatamente<sup>449</sup>.

En el ámbito penal, los Estados se reservan el monopolio del poder de iniciativa y el poder de veto en el proceso decisional de las normas a adoptar<sup>450</sup>. La participación del resto de las instituciones de la Unión era sumamente limitada y los ciudadanos no podían ejercer algún tipo de control sobre las decisiones que se tomaban en el seno del Consejo ya que, por un lado, faltaba transparencia en el proceso de negociación<sup>451</sup> y por otro lado, existía un gran déficit democrático en el proceso decisional debido a la marginación del órgano que los representa<sup>452</sup>.

Los instrumentos normativos previstos para este pilar (posiciones comunes,

---

<sup>447</sup> G.SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, RSC, 1302/1998, p.238 ss.

<sup>448</sup> Según hace notar MITSILEGAS el carácter intergubernamental de este pilar ya se constata en que se pone en cabeza de los Estados -y no las instituciones de la Unión- el llevar a cabo una “cooperación”, la cual aquí es de “interés común” y no expresiva del desarrollo de políticas comunes como se afirma en los otros pilares), cfr. V MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 10.

<sup>449</sup> A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, cit., p. 335 s; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1167.

<sup>450</sup> Recordemos que en el Consejo se requería la unanimidad de los votos para la aprobación de las medidas, cfr. A BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilnacion alla vigilia della riofrmoa dei Trattati*, cit., p. 1164 y ss. Excepcionalmente, el artículo establecía que “el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada. En el caso de que las decisiones del Consejo exijan mayoría cualificada, los votos de los miembros se ponderarán con arreglo al apartado 2 del artículo 148 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y dichas decisiones se considerarán adoptadas si obtienen un mínimo de cincuenta y cuatro votos favorables de al menos ocho miembros... Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos (los Convenios) se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas Partes contratantes. cfr. art. K3 Tratado de Maastricht”.

<sup>451</sup> Dado que no se publicaban las negociaciones llevadas a cabo para la adopción de las medidas ni las medidas soft law adoptadas El prof. PEERS manifiesta que era imposible el “*access to negotiation or implementation documents until an NGO, Statewatch, brought complaints to the Ombudsman against the Council's practices of destroying copies of meeting agendas, refusing to maintain a register of documents, failing to make a list of agreed measures available, denying that calendars of forthcoming meetings, etc.As a result of these complaints, the Council agreed to conserve agendas and to make calendars available and cKahged its prior interpretation of 'very large documents' and 'repeat applications'. The March 1998 JHA Council agreed to take broader steps, agreeing to make calendars widely available, increase press briefings, publish progress reports and explanatory briefings, hold open debates at JHA Councils, make proposed texts public and adopt a list of measures agreed by the Council*”, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 19 y 20.

<sup>452</sup> El Parlamento era informado sobre los trabajos en curso, consultado sobre los principales aspectos, y en su caso, podía formular preguntas o recomendaciones al Consejo respecto a las normativas a adoptarse. La presidencia del Consejo debía velar porque las opiniones del Parlamento se tomaran debidamente en cuenta, pero éstas en definitiva no eran vinculantes a la hora de adoptar un acto normativo en materia penal (Art. K6). La mayor parte de las veces el Parlamento ha sido sólo informado y el Consejo se ha visto paralizado por la necesidad de alcanzar la unanimidad para adoptar cualquier decisión en este terreno.

acciones comunes y Convenios) eran limitados en cuanto a sus efectos y no implicaban cesión alguna de los poderes punitivos estatales<sup>453</sup>. Las acciones comunes (además de que era debatido su grado de obligatoriedad<sup>454</sup>) se podían adoptar siempre que los objetivos de la Unión pudiesen alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate<sup>455</sup>, y cada Estado podía elegir libremente el instrumento jurídico interno con el cual transponerlas; las posiciones comunes no tenían carácter vinculante y los Convenios, si bien eran obligatorios, generalmente, condicionaban su entrada en vigor a la ratificación de todos los estados firmantes, quienes además podían hacer reservas a sus disposiciones<sup>456</sup>. La falta de transposición de estos instrumentos no generaba mayores peligros para los incumplidores atento la falta de competencia general del Tribunal de Justicia en este ámbito (excepto en cuanto a la interpretación de los Convenios que así lo previeran expresamente<sup>457</sup>) y la imposibilidad de que la Comisión iniciara un proceso de infracción.

## **B) Normativa del tercer pilar**

La producción legislativa luego del tratado de Maastricht no fue muy abundante pero dejó algunos legados importantes. Cabe resaltar que si bien en el Tratado solo se establecía la competencia comunitaria para adoptar normas tendientes a la cooperación judicial y policial en materia penal, desde un principio se adoptan, también, normativas tendientes a la armonización del derecho penal sustancial.

En un principio, se aprueban sobre todo Convenios porque éstos -como instrumentos típicos del derecho público internacional<sup>458</sup>- eran los que guardaban

---

<sup>453</sup> Según las consideraciones de la House of Lords, Justice Select Committee, 7<sup>th</sup> Report of Session 2009/2010, *Justice Issues in Europe*, parágrafo 16 y S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, en Statewatch Analysis, p. 3 (<http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-uk-ireland-opt-outs.pdf>).

<sup>454</sup> Cf. P. MÜLLER-GRAFF, *The legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty*, cit., p. 509 y 510, compara la redacción del art. K con el art. J y considera que no puede concluirse que estas tengan carácter vinculante.

<sup>455</sup> Cfr. K 3 del Tratado de Maastricht

<sup>456</sup> Cf. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 11.

<sup>457</sup> Art. K 3 del Tratado de Maastricht establece “Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido.”. De diez Convenios que se aprueban en el ámbito del tercer pilar, ocho establecen la competencia del Tribunal de Justicia, Cfr S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 18. Sobre la poca intervención de los órganos de la Unión en el tercer pilar, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 11; E. BAKER, C. HARDING, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the third pillar*, en *European Law Review*, 34, p. 25 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1164 ss.; G. GRASSO *Introduzione, Diritto penale e integrazione europea*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 83 ss.

<sup>458</sup> Si bien no eran exactamente iguales ya que éstos se adoptaban en el seno de la Unión europea, cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1169 ss.

mayor conformidad con el principio de legalidad<sup>459</sup>. Los tres más importantes fueron: el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea<sup>460</sup>, Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>461</sup> y el Convenio Europol<sup>462</sup>. Respecto de los tres se estableció expresamente la competencia del Tribunal de Justicia para intervenir en los conflictos de interpretación y aplicación de sus normas y mediante protocolos anexos se aceptó la posibilidad de que los jueces nacionales activaran recursos prejudiciales<sup>463</sup>.

Los convenios mencionados en primer término tenían como principal objetivo armonizar el derecho penal sustancial pero también contenían normas para mejorar la cooperación judicial<sup>464</sup>. En la exposición de motivos del primero, se hace notar que era necesario armonizar las legislaciones penales nacionales a fin de que

---

<sup>459</sup> Puesto que siempre era necesaria para su ratificación la vía legislativa en todos los Estados miembros Cfr. sobre los Convenios celebrados en el tercer pilar, H. LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 1 ss.; L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale, en Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, dirigido por PARISI, RINOLDI, Torino, 1996, p. 152 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1169; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 11; House of Lords Select Committee on the European Union, *Europol's Role in Fighting Crime*, 5<sup>th</sup> Report, session 2002-03, HL paper 43;

<sup>460</sup> Cfr. Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [Diario Oficial C 316 de 27.11.1995]. A este convenio se le adjuntan tres protocolos: el Protocolo de 1996 que se centra en la definición de los conceptos de «funcionario» y «corrupción activa y pasiva», así como en la armonización de las sanciones para los delitos de corrupción en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad; el Protocolo de 1997 relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las normas del Convenio (ambos Protocolos entran en vigor el 17 de octubre de 2002); el Protocolo 1997 que contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, la confiscación, la obligación de los Estados de incriminar el blanqueo de capitales y el compromiso de cooperar entre los países de la UE y la Comisión a efectos de la protección de los intereses financieros de la CE y de los datos de carácter personal relacionados con estos intereses. Este Protocolo entró en vigor el 19 de mayo de 2009.

<sup>461</sup> Cfr. Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 195 de 25.6.1997]. A este Convenio se le incorporan diversos Protocolos, como por ejemplo: Protocolo del convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas [Diario Oficial C 313 de 23.10.1996] y el Protocolo relativo a la interpretación con carácter prejudicial por el TJCE de las normas del Convenio.

<sup>462</sup> Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol). Este Convenio fue enmendado por diversos Protocolos: Protocolo on the interpretation of the Europol convention by way of preliminary rulings by the ECJ ( OJ C 299, 10 de octubre 1996, p. 2); Protocols on privileges and immunities (OJ C 221, 19 de julio de 1997, p. 2); Protocol extending Europol's competence to deal with a number of offences (OJ C 26, 30 de enero de 1999, p. 22).

<sup>463</sup> Debe aclararse que en el Convenio de Europol ello se establece respecto a 14 Estados miembros en un apartado al art. 40 del mencionado Convenio. Según PEERS, 8 de 10 convenios dieron competencia al Tribunal para intervenir en la interpretación y aplicación de los convenios, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., 13 ss.

<sup>464</sup> Se establecen normas sobre la competencia, extradición, respeto del ne bis in idem y cooperación judicial en la investigación de estos delitos



los Estados contribuyan “eficazmente” en la protección de los intereses de las Comunidades ya que se había verificado la transnacionalidad de las organizaciones criminales que participaban de este tipo de delitos. Se establecen definiciones comunes de las conductas de fraude y corrupción y los Estados se obligan a sancionarlas con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias; en los casos graves, inclusive se comprometen a establecer penas privativas de la libertad que permitan la extradición. Además, se obligan a adoptar las medidas necesarias para que la complicidad, instigación y/o tentativa de dichas conductas sean objeto de sanciones penales y a declarar penalmente responsable a cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas involucradas<sup>465</sup>. El Convenio mencionado en último término, conforme lo dispuesto expresamente en el artículo K1 del Tratado, crea una oficina Europea de Policía con el objetivo de mejorar la cooperación policial entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y demás formas graves de delincuencia organizada internacional<sup>466</sup>. Los Estados miembros se comprometen a crear unidades nacionales que constituyen el vínculo entre Europol y los servicios nacionales competentes en materia de lucha contra la delincuencia a fin de facilitar el intercambio de información, analizar la inteligencia y coordinar las operaciones entre los Estados miembros<sup>467</sup>.

Por su parte, en esta etapa inicial, se adoptan acciones comunes tendientes a la armonización del derecho penal sustancial, en las que se observa que cada vez se definen más obligaciones de incriminación como así también en todas ellas se establece la evaluación por parte del Consejo de su debida implementación en cada Estado miembro<sup>468</sup>. En la primera Acción Común - relativa al racismo y xenofobia<sup>469</sup>- se establece sólo el compromiso para los Estados de desarrollar una cooperación

<sup>465</sup> Cf. sobre este punto, E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, dirigido por G. GRASSO, Giuffrè, Milano, 2000, p. 13; H. LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 302; L. SALAZAR, *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 327 ss; G. GRASSO *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, *Archivio Penale*, 1/2-98, p. 7 s.

<sup>466</sup> Dentro de esta expresión el Convenio incluye el blanqueo de dinero vinculado a esas formas de delincuencias o a sus aspectos específicos y los delitos conexos (especificados en un anexo) cometidos con el objeto de procurarse los medios, facilitar o consumir o conseguir la impunidad de los actos que sean competencia de Europol.

<sup>467</sup> La Oficina Europea de Policía (Europol) no tiene poderes ejecutivos como los servicios de policía de los Estados miembros, ni puede detener a individuos o registrar domicilios. Europol está encargada de facilitar el intercambio de información, analizar la inteligencia y coordinar las operaciones entre los Estados miembros. Debe tenerse en cuenta que a este Convenio lo precedió un arduo debate entre dos posturas contrapuestas: una que pretendía convertir a Europol en una FBI europea que supervisara las policías locales y otra que concebía a Europol como un cuerpo responsable de la cooperación y coordinación entre las policías nacionales con muy pocas o nada de poderes ejecutivos y de coerción. Cfr. F. FIJMAUT, *The Communitarization of Police Cooperation in Western Europe*, en *Free Movement of Persons in Europe, Legal Problems and Experiences*, dirigido por H Schermers, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 75 ss.; D. BIGO, *Polices en réseaux, l'expérience européenne*, Paris, Presse de Sciences Po, 1996, p. 210 ss; J OCCHIPINTI, *The Politics of EU Police Cooperation, Toward a European FBI?*, Boulder and London, Lynne Rienner, 2003, ; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 163 ss., S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 536.

judicial efectiva y, eventualmente, sancionar penalmente las conductas definidas por la norma; en la Acción Común para prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas<sup>470</sup> se establece la obligación de los Estados de aproximar sus legislaciones, establecer entre la escala de penas más severas las infracciones graves sobre tráfico de drogas y otorgarles carácter de infracción penal cuando se incite públicamente a la utilización de estupefacientes”; mientras que, posteriormente, en las Acciones Comunes sobre la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños<sup>471</sup>, sobre participación en una organización criminal<sup>472</sup> y sobre corrupción en el sector privado<sup>473</sup>, se obliga a los Estados de incluir como infracción penal las conductas definidas por dichos instrumentos normativos, a castigar la participación y tentativa con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias; a considerar como responsables a las personas jurídicas y las personas físicas coautoras, instigadoras o cómplices de dichas infracciones; a prever sanciones que incluyan penas privativas de libertad, la confiscación o el cierre (temporal o definitivo) de los establecimientos destinados a la comisión de las infracciones.

En el ámbito de la cooperación se adoptan también algunas acciones comunes tendientes a reforzar la cooperación judicial, en particular, para combatir la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales, utilizando los parámetros de la clásica asistencia judicial internacional. Entre estos cabe destacar los Convenios de

---

<sup>468</sup> En un principio que el Consejo simplemente evaluará la transposición (título II de la Acción común 95/443/jai y art. 11 de la acción común 96/750/jai), pero luego se establecen plazos y la obligación de presentar informes (ver título IV de la acción común 97/154/jai; declaración del consejo de la acción común 98/733/jai; art. 8 de la acción común 98/742/jai)

<sup>469</sup> Acción común 96/443/JAI, los estados se comprometen a garantizar la cooperación judicial efectiva en los procesos seguidos contra las infracciones que contengan las conductas que la Acción común enumera, y si fuera necesario establecer sanciones penales o declararlas como una excepción al requisito de doble incriminación.

<sup>470</sup> Acción común 96/750/JAI Los Estados miembros se comprometen a cooperar intensamente en la lucha contra la toxicomanía y se esforzarán en aproximar sus legislaciones para que sean compatibles entre sí en la medida en que sea necesario para prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas en la Unión Europea. Asimismo, se comprometen a hacer más compatibles entre sí las prácticas de los servicios policiales, aduaneros y judiciales, posibilitando de esta manera que se refuerce la cooperación europea. Los Estados miembros se comprometen, en la observancia de sus principios constitucionales y de los principios fundamentales de su Derecho nacional. Ejercerán un especial control del uso que se haga de los servidores informáticos, en especial de Internet.

<sup>471</sup> Acción común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños [Diario Oficial L 63 de 04.03.1997] En esta norma se incluyen también disposiciones para mejorar la cooperación, investigación y protección de los testigos y víctimas de estos delitos pero se advierte que son establecen obligaciones generales sin demasiada precisión.

<sup>472</sup> Acción Común 98/733/JAI [Diario Oficial L 351, 29.12.1998, p. 1]. Esta acción común establece la definición de organización delictiva y dos modelos de incriminar la participación en la organización criminal, todo lo cual luego servirán de modelo para la Convención de Palermo de la ONU y la Decisión marco nro. 2008/841/GAI.

<sup>473</sup> Acción común 98/742/JAI [Diario Oficial L 358 de 31.12.1998].

Extradición<sup>474</sup>, la Acción Común relativa a la creación de una Red Judicial<sup>475</sup> y Acción común relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito<sup>476</sup>.

Como se puede observar, la actividad normativa del tercer pilar puso efectivamente en marcha la competencia penal indirecta otorgada a la Unión pero estuvo profundamente condicionada en su desarrollo por las características de los instrumentos puestos a disposición. En los hechos, atento el débil grado de obligatoriedad de las normativas en cuestión y la falta de poderes de coerción de las instituciones de la Unión, los efectos de las Convenciones y acciones comunes en los sistemas penales nacionales fueron muy limitados<sup>477</sup>. Con el pasar de los años se comprueba que para la adopción de las propuestas se llevan a cabo largos procesos de negociación<sup>478</sup>, y en el caso de las Convenciones también se requieren tiempos

---

<sup>474</sup> Acta del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea. El Convenio completa los otros acuerdos internacionales existentes en la materia, tales como el Convenio europeo de extradición, de 1957, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977, y el Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento simplificado de extradición, de 1995.

<sup>475</sup> Acción común 98/428/JAI, de 29 junio 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación de una red judicial europea. La acción común crea una red de puntos de contacto judiciales entre los Estados miembros («red judicial europea»), compuesta por las autoridades centrales de cada Estado miembro responsables de la cooperación judicial internacional. la cual es señalada como antecedente de Eurojust. Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 187 y ss; G. VERMEULEN, *A European Judicial Network linked to Europol? In Search of a Model for Structuring Trans-National Criminal Investigations in the EU*, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol 4, 1997 p. 346 ss.

<sup>476</sup> Acción común 98/699/JAI: Acción común de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 333 de 9.12.1998, p. 1/3) Esta acción común se adopta para complementar la Directiva 91/308/CE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

<sup>477</sup> Según O'Keefe: la inactividad o falta de progreso concreto en materia penal se vincula con las características del tercer pilar en sí mismo cfr. D O'KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p. 894; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 18.

<sup>478</sup> Ello fue así, en función de la necesidad de reunir unanimidad para su aprobación. Cfr., a modo de ejemplo, la difícil negociación que precedió a la propuesta de una Europol centralizada y a la propuesta de la Acción común sobre participación en organizaciones criminales, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 93 ss y 162 ss.

extensos para su ratificación<sup>479</sup>, advirtiéndose también su falta de transposición<sup>480</sup>. En cuanto a las acciones comunes los efectos armonizantes de su implementación era cuestionados ya que a fin de lograr su aprobación en el Consejo se acuerdan definiciones demasiado amplias de las conductas ilícitas (por ejemplo, la definición de organización criminal y la inclusión del doble modelo de participación de la Acción Común 98/733/JAI ha sido muy criticado<sup>481</sup>) y se permiten establecer declaraciones que exceptúan su implementación en determinados casos (como, por ejemplo, la declaración del Reino Unido adjunta a la Acción Común 96/443/JAI<sup>482</sup>).

Ciertamente, se expresa “It soon emerged in practice that the JHA rules established by Maastricht left something to be desired. The objectives of cooperation were not clear; the institutional roles were ill-defined and left in part for future negotiation; and the legal effect of the new instruments was ambiguous”<sup>483</sup>. Las deficiencias del Tratado de Maastricht fueron debatidas en la Conferencia

---

<sup>479</sup> Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas fue firmada en 1996 y entró en vigor en octubre del 2002; Convención sobre corrupción se firma en el 1997 y entra en vigor en el 2005; Convención de Europol fue firmada en 1995 y entra en vigor en 1998. La Comisión afirma: “a pesar de los urgentes y reiterados llamamientos del Consejo Europeo, del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión para que se proceda a su ratificación a principios del año 2001 los instrumentos en cuestión siguen sin ratificar por los quince Estados miembros y, por consiguiente, aún no han entrado en vigor” cfr. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad /\* COM/2001/0272 final - COD 2001/0115 \*/. Cfr. asimismo la propuesta de su abolición que hace el Grupo X en Relazione finale del Gruppo X “*Spazio di Libertà, sicurezza e giustizia*”, Bruselas, 2 de diciembre de 2002, Conv 426/02, p. 1, 2 y 7. Sobre el Convenio relativo a la protección intereses financieros de la Comunidad, cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, cit., p. 335 s.

<sup>480</sup> Cfr. Relazione finale del Gruppo X “*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” Bruxelles, 2 dicembre 2002 (04.12) (Or. en) CONV 426/02 WG X 14; Primer informe de la Comisión sobre la aplicación del Convenio relativo a la protección de intereses financieros en los estados miembros, COM/2004/0709 final, donde ésta se lamenta porque ninguno de los Estados miembros adopta todas las medidas para ajustarse plenamente al Convenio. La Comisión recomienda al Consejo que inste a los países de la UE a intensificar sus esfuerzos para reforzar la legislación penal nacional y a ratificar sin demora el Segundo Protocolo. En el segundo informe de la Comisión sobre Aplicación del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos; COM (2008) 77 C, la Comisión examina los progresos realizados por los 27 países de la UE en la ratificación y aplicación del instrumento en cuestión y destaca algunas lagunas dejadas por los frecuentes retrasos en la ratificación y la transposición incorrecta.

<sup>481</sup> Cfr. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit. p. 93 ss.; *id.*, *The Third wave of third pillar law: which direction of EU criminal justice?*, en *European Law Review*, 2009; *id.*, *Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an area of “freedom, security and justice”*, en *European Law Review*, 2001, p. 565; S. MANACORDA, *L’infrazione d’organizzazione criminale in Europa*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003; V. ORLOVA, W. MOORE, *Umbrellas or building blocks*, en *Houston Journal of International Law*, 2005, 27, p. 267 a 310. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Towards a New definition of organised crime in the European Union*, en *European Journal of Crime, Criminal and Criminal Justice*, 2007, 15, 1, 83 ss.; F. CALDERONI, *La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze internazionali e nazionali, contro la criminalità organizzata in Europa*, en *Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, dirigido por A. NICOLA, Francoangeli, Milano, 2011, p. 23 ss.

<sup>482</sup> Cfr. Declaración nro. 3 efectuada por el Reino Unido en la Acción Común 96/443/JHA (primer acción común de derecho penal sustancial), donde busca restringir los efectos de ésta en función de las particularidades del sistema nacional. Cfr. al respecto V. MITSILEGAS, *The Third wave of third pillar law: which direction of EU criminal justice?*, en *European Law Review*, 2009, 34, p. 530.

<sup>483</sup> Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 20.

intergubernamental<sup>484</sup> y buscaron ser mejoradas con las modificaciones incorporadas en el Tratado de Amsterdam<sup>485</sup>.

## 2. Intensificación del tercer pilar

### A) Cooperación judicial y armonización penal

Con el Tratado de Amsterdam<sup>486</sup>, se atenúa el carácter intergubernamental del tercer pilar mediante la introducción de instrumentos y mecanismos inspirados en el primer pilar<sup>487</sup>. En el ámbito de la cooperación penal judicial y policial se definen con mayor precisión los objetivos y las tareas a llevarse a cabo, surgiendo explícitamente el interés de la Unión Europea por el proceso de armonización penal<sup>488</sup>. Se le otorga a la Unión herramientas para desarrollar una verdadera política criminal<sup>489</sup>.

El título VI cambia de nombre dado que -como habíamos mencionado anteriormente- varias materias antes abarcadas por éste pasan a formar parte del primer pilar; ahora se denomina “cooperación judicial y Policial en materia penal”. El primer artículo de este Título dispone: “Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación

---

<sup>484</sup> Sobre cuestiones que se debaten cfr. [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/cig1996/03860-r1en6.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/cig1996/03860-r1en6.pdf) Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, Bruselas, 17 Junio 1996 (18.06) Conf 3860/1/96 Rev, P. 17 Ss.

<sup>485</sup> Cf. McDONAGH, *Original Sin in a Brave New World. An account of the Negotiation of the Treaty of Amsterdam*. Dublin, Institute of European Affairs, 1998; S. WALL, *Strangers in Europe. Britian and the EU from Thatcher to Blair*, Oxford, OUP, 2008; Sobre la conferencia intergubernamental cfr. H. LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, en *Revue trimestrielle du droit européen*, vol. 33, n. 1, 1997, p. 1 ss.; J. MONAR, R. MORGAN, *The Third Pillar of the Eurpean Union, Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, cit. p.9 ss.

<sup>486</sup> Sobre la tendencia del Tercer pilar a tomar prerrogativas comunitarias cfr. G. GRASSO *Prospettive di uno “Spazio giudiziario europeo”*, en *Indice pen.*, 1996, p. 117 ss.; S. MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, en *Studium iuris*, 1997, p. 951 ss.; VERVAELE, *L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 509.

<sup>487</sup> M MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Comentario al Caso Pupino*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, <http://www.cienciaspenales.net>, p. 7.

<sup>488</sup> Sobre el desarrollo del tercer pilar a partir del Tratado de Amsterdam, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 11 ss y 85 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 197 ss.; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analisis*, cit., p. 169 a 171; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, cit., p. 20 ss.; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1166 ss., A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* dirigido por T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 266 ss.; M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 79 ss.; G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, cit., 1998, p. 252 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato de tutela dei beni giuridici soprannazionali dei beni giuridici di interesse comune*, cit., p. 110 ss..

<sup>489</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, *Cass. Pen.*, 3, 2010, p. 328.

policial<sup>490</sup> y judicial<sup>491</sup> en materia penal... ..la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal" de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31" (cfr. art. 29).

De la lectura de esta norma, se advierte que, a diferencia del Tratado de Maastricht, ahora aparece la materia penal como una cuestión de la Unión (y no sólo de los Estados miembros) donde se emprenderá una acción en común (dejando de ser sólo una cuestión de interés común)<sup>492</sup>. Aquí ya aparece el derecho penal como una forma de brindar seguridad en el "espacio de libertad, seguridad y justicia", que es enunciado como uno de los principales objetivos principales de la Unión<sup>493</sup>. Se señala que la utilización de la palabra "espacio"<sup>494</sup> demostraría la influencia que ejerce la incorporación de los Acuerdos de Schengen, donde la libre circulación de personas tiene lugar en un espacio sin fronteras interiores que conlleva a una reconfiguración territorial con profundas consecuencias para el derecho penal<sup>495</sup>. Conforme se expresa en el Consejo de Tampere con "la creación de este espacio se pretende garantizar que la libertad pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos, evitando que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros"<sup>496</sup>.

Como se puede observar, el artículo 29 TUE incorpora el concepto de aproximación de las legislaciones penales en el ámbito del tercer pilar, lo cual encuentra fundamento en la comprobación de que no puede existir una buena cooperación si no se apoya en normas sustanciales de armonización que aseguren elecciones de política criminal homogéneas entre todos los Estados miembros<sup>497</sup>. La armonización de las normas de derecho penal se conecta directamente a las exigencias de cooperación judicial en materia penal<sup>498</sup>.

Sobre la forma de llevarla a cabo, el artículo 31 TUE dispone que la aproximación se realizará adoptando progresivamente medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y las penas en el ámbito de la criminalidad organizada, al terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes<sup>499</sup>. Si bien dicha norma pareciera restringir el marco de actuación de la armonización a las áreas criminales allí hechas referencia, se ha sostenido que ello es sólo en apariencia dada la cantidad de acepciones que pueden atribuirse a la expresión "criminalidad organizada"<sup>500</sup> y a la falta de coincidencia entre los delitos

---

<sup>490</sup> Cfr. art. 30 TUE

<sup>491</sup> Cfr. art. 31 TUE

<sup>492</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 12.

<sup>493</sup> Cfr. Art. 2 TUE

<sup>494</sup> Ha sido por otros criticada cfr 'por ejemplo, H. LINDAHL, *Finding a place for Freedom, Security and Justice. The European Union's Claim to Territorial Unity*", *European Law Review*, vol. 29, 2004 p. 461

<sup>495</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 12.

<sup>496</sup> Cfr. Consejo de Tampere y Relazione finale del Gruppo X "Spazio di Liberta, sicurezza e giustizia", Bruselas, 2 de diciembre de 2002, Conv 426/02, p. 1, 2 y 7

<sup>497</sup> K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penal*, en Riv. It. Dir. Prosc. Pen, 1998, fasc1, p. 3 ss

<sup>498</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, *Cass. Pen.*, 3, 2010, p., 329.

<sup>499</sup> Cfr. art. 31

mencionados en el art. 31 y en el artículo 29<sup>501</sup>. Por su parte, debe advertirse que la expresión “normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y las penas” ha sido criticada por su falta de precisión, planteando incertidumbre sobre verdadera extensión de la competencia de la Unión en materia penal, en particular, si la Unión tenía capacidad para regular cuestiones de parte general o en materia procesal penal<sup>502</sup>.

## **B) Decisiones marco**

Las características de los nuevos instrumentos jurídicos para la cooperación y armonización, no implicaron grandes renunciadas a la soberanía estatal<sup>503</sup>, pero evidencian la intención de profundizar la integración penal. El Tratado de Amsterdam mantiene entre sus instrumentos jurídicos los Convenios (los cuales ahora entrarán en vigor con la ratificación de la mitad de los Estados firmantes<sup>504</sup>) y las posiciones comunes<sup>505</sup> e incorpora ahora las decisiones<sup>506</sup> y las decisiones marco. Sin lugar a dudas éstas últimas se convierten en el instrumento jurídico estrella del tercer pilar y el más utilizado a partir de Amsterdam.

Las decisiones marco son instrumentos jurídicos que mejoran a sus antecesoras -las acciones comunes<sup>507</sup>- y guardan similitud con sus sucesoras -las

---

<sup>500</sup> A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1168

<sup>501</sup> Donde se dispone se luchará contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, el racismo y la xenofobia, Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 85.

<sup>502</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 90; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, p. 387.

<sup>503</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 16 s; A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1169; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 5.

<sup>504</sup> El art. 34 d) TUE establece que se podrán “celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales. Los Estados miembros iniciarán los procedimientos pertinentes en un plazo que deberá fijar el Consejo. Salvo que dispongan lo contrario, los convenios, una vez hayan sido adoptados por la mitad de Estados miembros como mínimo, entrarán en vigor para estos últimos. Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes”. Según PEERS este instrumento fue mínimamente utilizado luego de Amsterdam, Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 33 s.

<sup>505</sup> El art. 34 establece que se pueden adoptar posiciones comunes que definan el enfoque de la Unión sobre un asunto concreto, y según el artículo 37 con la finalidad que sean sostenidas por los Estados miembros en las organizaciones internacionales y en las conferencias internacionales en las que participen. PEERS hace notar que éstas se adoptan después de Amsterdam para establecer la posición de UE en conferencias internacionales, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 36.

<sup>506</sup> El art. 34 establece que se adoptan para cualquier otro fin coherente con los objetivos del tercer pilar, con exclusión de toda aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; basta el voto favorable de la mayoría calificada en el Consejo y son obligatorias para los Estados pero no tienen efecto directo – es decir, requieren de su transposición nacional para su aplicación-. Según PEERS éstas han sido muy utilizadas para establecer organismos o redes dentro de la Unión para facilitar la cooperación entre las autoridades de la Unión, para implementar Convenciones, etc. Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 36.

<sup>507</sup> La desaparición de las acciones comunes planteó la cuestión sobre cuál era el efecto y el control judicial sobre las adoptadas previamente; Cfr. N. FENNELLY, *The Area of Freedom, Security and Justice, and the European Court of Justice-A personal View*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 49, 2000, p. 10

directivas<sup>508</sup>. Conforme lo establece el art. 34 TUE pueden ser propuestas por un Estado o grupo de Estados miembros pero, a diferencia de las acciones comunes, respecto de éstas también tiene poder de iniciativa la Comisión<sup>509</sup>. Para su aprobación requieren la opinión no vinculante del Parlamento<sup>510</sup> y el voto favorable de todos los miembros del Consejo<sup>511</sup>. Su transposición en el derecho interno es expresamente establecida como obligatoria para todos los Estados miembros, quienes deben elegir la forma y los medios para su implementación, ya que al igual que las directivas este instrumento los obliga en cuanto a los resultados a obtenerse. Generalmente establecen un plazo de dos años para su transposición y la obligación de la Comisión de realizar un informe, al Parlamento y al Consejo, sobre su implementación. A diferencia de las directivas, las decisiones marco no pueden gozar de efecto directo por expresa disposición legal (pero, como se verá más adelante, nada indica que no puedan gozar de efecto indirecto) y ante su falta de transposición la Comisión no podrá iniciar recurso de infracción ni el Tribunal de Justicia imponer algún tipo de sanción pecuniaria<sup>512</sup>.

---

<sup>508</sup> Definidas de manera idéntica a la directivas en el art. 249 del TCE, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 5 y 30; A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1166 ss.

<sup>509</sup> Según PEERS, las más importantes fueron las propuestas por la Comisión, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 30. Según MITSILEGAS, la mayoría de las Decisiones marco son propuestas por la Comisión pero también hubo varias propuestas efectuadas por grupos de estados o un estado en particular -generalmente cuando era presidente del Consejo-. Por lo general se vinculan con instrumentos para reforzar el mutuo reconocimiento y han sido criticadas por buscar solucionar cuestiones nacionales más que cuestiones relativas a la Unión, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 17 y 18; H. NILSSON, *Decision Making in EU Justice and Home Affairs: Current Shortcomings and Reform Possibilities*, en *Sussex European Institute Working Paper Nro. 57*, November 2002, p. 4.

<sup>510</sup> El art. 39 TUE establece “El Consejo consultará al Parlamento Europeo antes de adoptar cualquier medida mencionada en las letras b), c) y d) del apartado 2 del artículo 34. El Parlamento Europeo emitirá su dictamen dentro de un plazo que podrá fijar el Consejo y que no será inferior a tres meses. En ausencia de dictamen dentro de ese plazo, el Consejo podrá actuar”. En la práctica, el Consejo ha consultado al Parlamento previa la adopción de todas las medidas del tercer pilar, excepto las posiciones comunes y en ocasiones ha sido reconsultado cuando los textos de una propuesta han sustancialmente cambiado, cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 30 ss.

<sup>511</sup> Sin embargo se acepta que se utilice en este ámbito la cooperación reforzada, es decir, se permite la utilización de un procedimiento mediante el cual se hace posible que un tercio de los estados miembros puedan adoptar medidas referentes a ciertos sectores de la Unión (que no sean competencia exclusiva de ésta) sin necesidad de contar con la participación y aprobación del resto (ver art. 40 TUE). Por su parte se acepta la aplicación de la cláusula “pasarelle” en el ámbito penal, es decir, que de acuerdo al procedimiento establecido en la norma el Consejo adopte una decisión que lo autorice a adoptar normas del tercer pilar por mayoría calificada (ver artículo 42 TUE: El Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo, que las acciones en los ámbitos contemplados en el artículo 29 queden incluidas en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Cabe aquí tener en cuenta que la cláusula pasarela constituye un procedimiento de revisión de los tratados simplificado.

<sup>512</sup> A diferencia de lo que acontecería con las fuentes del primer pilar donde la falta, tardía o inexacta transposición de aquellas podrían conllevar a la activación del procedimiento de infracción y a la imposición de una sanción pecuniaria al Estado incumplidor conforme lo establecido en el art. 228.2 TCE. Cfr. A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1171 ss; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 5; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 18 s.



### C) Competencia del Tribunal de Justicia

Una de las principales modificaciones del Tratado de Amsterdam ha sido la realizada en el artículo 35 TUE con la ampliación de la competencia del Tribunal de Justicia<sup>513</sup>. En dicha norma se establece que el Tribunal podrá expedirse: 1) sobre la validez y la interpretación de las decisiones y las decisiones marco, la interpretación de los convenios y validez e interpretación de las medidas adoptadas para su implementación (vía recurso prejudicial); 2) sobre la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder; 3) sobre la interpretación o aplicación de las decisiones marco, las decisiones y los Convenios del tercer pilar, ante cualquier litigio entre los Estados miembros<sup>514</sup>, y sobre la interpretación o la aplicación de Convenios, ante cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión<sup>515</sup>.

La norma sujeta la posibilidad de interponer el recurso prejudicial a la expresa aceptación de cada Estado miembro. En su caso, se debía formular una declaración especificando si el recurso en cuestión podía ser activado por cualquier órgano jurisdiccional o sólo por el órgano cuyas decisiones no fuesen susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno. Si bien varios países (como el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Polonia, Malta y Estonia) decidieron no aceptar que los jueces nacionales contasen con la posibilidad de activar el recurso prejudicial<sup>516</sup>, la mayoría de los Estados miembros aceptaron la competencia del Tribunal para expedirse vía recurso prejudicial (entre ellos, sólo España limitó el recurso al Tribunal Superior Español mientras que el resto de los países miembros autorizaron a que cualquier órgano jurisdiccional activara los recursos prejudiciales)<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 41; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1166 ss.

<sup>514</sup> cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 42.

<sup>515</sup> Para profundizar sobre la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia penal, cfr. S. PEERS, *Salvation outside the church, judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments*, en *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 885 a 887; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 41 ss.; H. LABAYLE, "Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice", en *Revue trimestrielle du droit européen*, vol. 42, 2006.

<sup>516</sup> Debe tenerse en cuenta que esta falta de autorización no implicó que las jurisprudencias del Tribunal de Justicia, inclusive con motivo a un recurso prejudicial presentado por otro Estado miembro, no influyera en los órganos jurisdiccionales de estos países tal como se puede apreciar de la reiterada jurisprudencia de los Tribunales del Reino Unido. Cfr. M. Mazzón, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia comolaboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXII, Fasc. 6, 2012..

<sup>517</sup> cfr. V. MILLER, *UK Government opt-in Decisions in the Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 4; Según afirma el prof. PEERS, en la práctica, los tribunales nacionales de los Estados miembros han presentado de 3 a 5 casos por año vinculados con actos del tercer pilar, en particular, casi exclusivamente se refieren: la Decisión marco sobre las víctimas, la decisión marco sobre la orden de detención europea y la Convención de Schengen sobre cross-border double jeopardy. Solo dos casos se han vinculado con otros actos (como la Decisión marco sobre mutuo reconocimiento de sanciones financieras). Cf. S. PEERS, *The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing measures in 2014*, p. 2 (<http://www.statewatch.org/analyses/no-199-uk-opt-out.pdf>); V. RICCI, *Il controllo*

Debe tenerse en consideración que los recursos mencionados eran similares a algunos de los recursos establecidos en el primer pilar<sup>518</sup>, evidenciando su incorporación una apertura hacia la comunitarización del tercer pilar. Sin embargo, continua a ser cuestionado el “déficit del control jurisdiccional” en el ámbito del tercer pilar<sup>519</sup> por variadas razones. La facultad de interponer el recurso prejudicial se sujeta a la voluntad de cada país miembro<sup>520</sup>, la intervención del Tribunal frente al conflicto de interpretación o aplicación de las normas del tercer pilar se limitó a los casos de litigio entre Estados, restringiéndose la facultad de la Comisión de interponer este recurso sólo respecto a los Convenios (instrumento jurídico en desuso desde hacía ya tiempo). Sigue sin reconocerse la posibilidad de que la Comisión active recursos de infracción respecto a los estados incumplidores, (a los cuales obviamente no les será aplicable ninguna sanción)<sup>521</sup> como así también que los ciudadanos cuestionen legalidad de los actos de la Unión o presenten recursos por indemnización de daños (a diferencia de los dispuesto en el ámbito comunitario por el artículo 235 y 288<sup>522</sup>CE, párrafo segundo)<sup>523</sup>. Por su parte, ha sido también objeto de críticas en este ámbito la disposición expresa de incompetencia del Tribunal para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro y el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento

---

*giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 742 ss.

<sup>518</sup> Tener en cuenta que estos recursos ante el tribunal tienen su reflejo en el pilar comunitario, el primero en el recurso prejudicial del art. 234 TCE, el segundo en el recurso de anulación del art. 230 TCE y el tercero en el recurso por incumplimiento del art. 226 y 227 TCE.

<sup>519</sup> V. Ricci, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, cit., p. 740.

<sup>520</sup> La no aceptación de esta competencia por algunos países ha sido criticado en la doctrina porque iría en detrimento del diálogo y la cooperación entre los jueces nacionales y los jueces de Luxemburgo y no permite que los jueces nacionales puedan de alguna manera influenciar en las decisiones del Tribunal de Justicia. Si bien se pensó que así impactaría menos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los jueces nacionales, ello no ocurrió ya que los jueces nacionales a pesar de no poder plantear cuestiones prejudiciales han seguido los criterios establecidos por el tribunal de Justicia en el tercer pilar para interpretar la ley nacional. Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 19; M. Mazzón, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia comolaboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, cit., p. 1160.

<sup>521</sup> Como las establecidas en el ámbito comunitario en el art. 228. Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., ;H. HJMANNS, *Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les Etats membres (Avis préalable en vue de la réunion de l'Association néerlandaise pour le droit européen (NVER), prévue le 24 novembre 2006)*, en [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07\\_preadvies\\_NVER\\_FR.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf), p. 10 y 11.

<sup>522</sup> El artículo 235 CE establece que el Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 288 CE, según el cual la Comunidad deberá reparar, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros, los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

<sup>523</sup> TJUE, 27/2/2007, c-354/04, “*Gestoras pro Amnistia vs. Consejo*” y TJUE, 27/2/2007, c-355/04, “*P. Segi et al vs. Consejo*” Cfr. S. PEERS, *Salvation outside the church, judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments*, cit., p. 894 ss; Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 19 s.; E. ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, *endir. pen. proc.*, 2012, p. 770, nt. 35.

del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior; ello ha sido señalado como una innecesaria limitación al control del Tribunal<sup>524</sup>.

#### **D) Actividad normativa en el tercer pilar y del Consejo Europeo**

Luego del Tratado de Amsterdam se han adoptado numerosas y novedosas medidas tendientes a armonización de las legislaciones y para reforzar la cooperación judicial y policial. Esta actividad normativa ha estado impulsada y acompañada por el Consejo Europeo a través de sus reuniones en Tampere (15 y 16 de octubre de 1999)<sup>525</sup>, el Programa de la Haya (4 y 5 de noviembre de 2004)<sup>526</sup> y diferentes planes de acción<sup>527</sup>. En éstos se enuncian objetivos ambiciosos y se pone en evidencia la intención de desarrollar una “política criminal europea”<sup>528</sup> dirigida a perseguir, mediante la lucha a la criminalidad de determinado tipo, la creación del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como uno de los objetivos fundamentales de la Unión<sup>529</sup>.

En un principio se advierte una tendencia a aprobar decisiones marco de armonización del derecho penal sustancial<sup>530</sup>. Ello era conforme con lo expresado en

<sup>524</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 19 y 20; M MUÑOZ de MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, cit., p. 8

<sup>525</sup> Consejo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999 en <http://www.europarl.europa.eu/press/sdp>. Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, en *Cass. pen.*, 2000, p. 11 14 ss.; House of Lords European Union Committee, *Prospects for the Tampere Special European Council*, 19 th Report, session 1998-1999, HL Paper 101.

<sup>526</sup> El Programa de La Haya marca el fin de un ciclo y el principio de uno nuevo. Así pues, no es ninguna sorpresa que este segundo programa plurianual se base en la experiencia positiva de los últimos cinco años. Para ejecutar el Programa de La Haya, el Consejo Europeo invitó a la Comisión a presentar al Consejo un Plan de acción en el que los objetivos y las prioridades del programa se debían plasmar en acciones concretas, incluido un calendario para la adopción y ejecución de todas las acciones. Se hace principal incapié en medidas relativas a combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, mediante una respuesta global centrada en distintos aspectos de la prevención, la preparación y la respuesta con objeto de mejorar, y en caso necesario complementar, las capacidades de lucha contra el terrorismo de los Estados miembros, concentrándose particularmente en la contratación de personal, la financiación, el análisis de riesgos, la protección de infraestructuras básicas y la gestión de las consecuencias. Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 22 ss.

<sup>527</sup> Consejo Europeo también impulsa políticamente el desarrollo del derecho penal europeo mediante la adopción de detallados planes de acción, promulgados como respuesta a fenómenos criminales considerados como amenazas en determinadas épocas. Así en los 90s, se adopta un plan de acción contra el crimen organizado en 1997 (OJ C 251, 15 de agosto de 1997, p. 1. V. MITSILEGAS, J. MONAR, W REES, *The European Union and International Security*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003, p. 88 a 91; W. GILMORE, *The EU Action Plan to Combat Organised Crime: The Scope and Implementation of Legal Instruments*, en E. Bort, R. Keat, *The Boundaries of Understanding, Essays in Honour of Malcolm Anderson*, The University of Edinburgh Social Sciences Institute, 1999, p. 97s.; siendo en el 2000 la amenaza del crimen organizado reemplazado por el terrorismo, se adopta un plan de acción para combatir el terrorismo: *Conclusions and Plan of Action of the Extraordinary Meeting on September 21, 2001* cfr. R. BOSSONG, *The Action Plan on Combating Terrorism: A Flawed Instrument of EU Security Governance*, en *Journal of Common Market Studies*, vol. 46, n. 1, p. 27ss.

<sup>528</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p.1166.

<sup>529</sup> Cf. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 338. Señala la importancia del impulso político del Consejo de Tampere y el Programa de la Haya M MUÑOZ de MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, cit., p. 9.

<sup>530</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, ; H. HILMANS, *Le troisièm pilier dans la*

el Consejo Europeo de Tampere en cuanto a la necesidad de que las iniciativas de la Unión tendientes a reforzar la cooperación fuesen acompañadas por la redacción de instrumentos de armonización penal que establezcan definiciones, preceptos y sanciones uniformes<sup>531</sup>. En este orden se adoptan decisiones marco abarcan una amplia gama de materias<sup>532</sup>: algunas buscan proteger intereses específicos de la Comunidad (como por ejemplo la decisión marco relativa a la falsificación de moneda<sup>533</sup> y la decisión marco sobre la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregular<sup>534</sup>), otras pretenden apoyar al desarrollo de las políticas comunitarias (como las decisiones marco relativas a los delitos contra el medio ambiente<sup>535</sup>); otras buscan combatir los delitos transnacionales que se ven favorecidos por la libre circulación y globalización (como las decisiones marco vinculadas con la trata de personas<sup>536</sup>; el tráfico de drogas<sup>537</sup>; los ataques contra los sistemas informáticos<sup>538</sup>, el crimen organizado<sup>539</sup>; la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo<sup>540</sup>; el lavado de dinero<sup>541</sup>; la corrupción en el sector privado<sup>542</sup>). En varias oportunidades, se observa las decisiones marcos se basan en la adopción de instrumentos internacionales (como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos condujeron a la adopción de las decisiones marco sobre

---

*pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les Etats membres (Avis préalable en vue de la réunion de l'Association néerlandaise pour le droit européen (NVER), prévue le 24 novembre 2006), cit..*

<sup>531</sup> Cfr. L SALAZAR *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1128. Ello también se vincula con los planes de acción para combatir del terrorismo y las organizaciones criminales, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 86. A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1173.

<sup>532</sup> Conforme el Consejo de Tampere donde se aboga por la redacción de instrumentos de armonización penal en particular en las áreas vinculadas con la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro), tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos –en especial, explotación sexual de mujeres u menores- cibercriminalidad y delitos contra el ambiente.

<sup>533</sup> Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DO L 140 de 14.6.2000). Modificada por la Decisión marco 2001/888/JAI (DO L 329 de 14.12.2001)

<sup>534</sup> Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares Diario Oficial n° L 328 de 05/12/2002 p. 0001 - 0003

<sup>535</sup> Decisión marco 2003/17/JAI y 2005/667/JAI; Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal.

<sup>536</sup> Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos Diario Oficial n° L 203 de 01/08/2002 p. 0001 - 0004

<sup>537</sup> Decisión marco 2004/757/JAI

<sup>538</sup> Decisión marco 2005/222/JAI

<sup>539</sup> Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

<sup>540</sup> Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.

<sup>541</sup> Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito se vincula con la acción común A cción común 98/699/JAI

<sup>542</sup> Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado Diario Oficial n° L 192 de 31/07/2003 p. 0054 – 0056.

delincuencia organizada y sobre trata de seres humanos) o son la respuesta a hechos que generaron conmoción internacional (como por ejemplo los ataques terroristas del 11 de septiembre en EEUU condujeron a las decisiones marco sobre el terrorismo<sup>543</sup>, los casos de pedofilia en Bélgica conllevaron a la adopción de la decisión marco sobre explotación y pornografía infantil<sup>544</sup>, etc.)<sup>545</sup>. Por lo general, para la protección de los intereses y competencias de la Unión se utiliza la técnica del “doppio testo”<sup>546</sup> o “cohabitation forcée”<sup>547</sup>, la cual consiste en adoptar decisiones marco que establecen los aspectos penales y la obligación de sanción penal de conductas que ya se encuentran definidas en directivas donde sólo se dispone la obligación de prever sanciones adecuadas, disuasivas y proporcionales para dichas conductas<sup>548</sup>.

En las decisiones marco de armonización penal referidas se establece la obligación de los Estados de sancionar penalmente determinados delitos para los cuales se establecen definiciones comunes<sup>549</sup>, los tipos de sanciones que deberían aplicarse<sup>550</sup> y en algunos casos, el mínimo o el rango mínimo<sup>551</sup> que deberá contener el máximo de la pena privativa de la libertad<sup>552</sup>. Respecto a estas últimas, cabe precisar que en el libro verde de la Comisión Europea se explica que se opta por utilizar esta técnica como una forma de armonización flexible de las legislaciones nacionales, en

---

<sup>543</sup> Decisión Marco 2002/475/JAI y Decisión Marco 2008/919/JAI.

<sup>544</sup> Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil Diario Oficial n° L 013 de 20/01/2004 p. 0044 - 0048

<sup>545</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 87; M. MUÑOZ de MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, cit., p. 9.

<sup>546</sup> L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 324 ss; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, *Cass. Pen.*, 3, 2010, p., 330 s y nota 14.

<sup>547</sup> J. VERVAELE, *The european community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy*, en *European Criminal Law Associations*, Forum, vol 3-4, 2006, p. 88; cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 65 ss.

<sup>548</sup> Se advierte, por ejemplo, esta técnica en Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, OJ L 325, 5 diciembre de 2002, p. 4, la cual establece el concepto de “ayuda a la inmigración clandestina” y, con ello, busca mejorar la aplicación del marco penal para la prevención de la ayuda a la inmigración clandestina establecido por la Decisión marco 2002/946/JAI, OJ L 325, 5 diciembre de 2002, p. 1; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 69.

<sup>549</sup> Cfr. art. 1 de la decisión marco 2002/629/JAI; art. 3 y 4 de la decisión marco 2004/68/JAI; art. 1, 2 y 3 de la decisión marco 2002/475/JAI

<sup>550</sup> Cf, por ejemplo, art. 8 de la decisión marco sobre terrorismo, art. 7 de la decisión marco de tráfico de drogas, art. 6 de la decisión marco sobre corrupción en el sector privado, etc.

<sup>551</sup> Cfr. por ejemplo art. 6 de la decisión marco sobre ataques a los sistemas informáticos donde se prevé que las penas privativas de la libertad deberán ser entre 1 y 3 años como mínimo en su grado máximo. Sobre esta alternativa cf. Conclusiones del Consejo de Justicia y asuntos internos del 25 y 26 de abril de 2002 donde se propone esta solución para reemplazar el mínimo de la pena máxima (Documento del Consejo 7991/02, 25-26/4/2002, p. 14 ss.).

<sup>552</sup> Por ejemplo, la decisión Marco 2002/475/JAI, en el Artículo 5 establece: Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el artículo 2, sean sancionados con penas privativas de libertad, de las cuales la pena máxima no podrá ser inferior a quince años para los delitos mencionados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 y ocho años para los delitos mencionados en la letra b) del apartado 2 del artículo 2. En la medida en que los delitos enumerados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 se refieran únicamente al acto contemplado en la letra i) del apartado 1 del artículo 1, la pena máxima contemplada no podrá ser inferior a ocho años.

el entendimiento de que la heterogeneidad existente en los ordenamientos penales nacionales se vincula con diferencias culturales, legales, históricas y sociales de los sistemas jurídicos nacionales, cuya coherencia interna podría ser puesta en riesgo si se las modifica profundamente sin tener en cuenta el contexto en el cual se encuadran<sup>553</sup>. Asimismo, en la mayoría de estas decisiones marco se compromete a los Estados a sancionar penalmente la participación, la tentativa y la incitación a cometer los delitos en cuestión; a sancionar a las personas jurídicas que tomen intervención<sup>554</sup> y a establecer determinadas agravantes y atenuantes de las conductas allí definidas<sup>555</sup>. En las disposiciones finales, suelen preverse normas vinculadas con la cooperación judicial y de policía y en algunas de estas decisiones marco, se establecen inclusive normas referentes a la protección y asistencia de las víctimas (las cuales son interpretadas como formas de armonización procesal penal)<sup>556</sup>.

En el ámbito procesal penal, a fin de aproximar las legislaciones, se adopta la decisión marco referida al “estatuto de la víctima en el proceso penal”<sup>557</sup>; la decisión marco relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros con motivo de un nuevo proceso penal<sup>558</sup>, y la decisión marco relativa al “decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito”<sup>559</sup>. La base legal sobre la cual se adoptan estas decisiones marco ha sido una cuestión muy

---

<sup>553</sup> La Comisión afirma “Este enfoque, que se limita a la pena privativa de libertad, conduce, desde el punto de vista de la Comisión, a una aproximación mínima...teóricamente habría que intervenir en todos los factores para garantizar una pena igual de un ordenamiento jurídico a otro. Sin embargo, es preciso convenir que no se trata de armonizar de manera simultánea y a corto plazo todos los factores pertinentes en la materia puesto que la Comisión no tiene obviamente la intención de proponer la uniformización del conjunto de las penas en el seno de la Unión Europea. Esto no sería ni deseable ni jurídicamente posible”, cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 30.04.2004 COM(2004)334 final, Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, p. 8.

<sup>554</sup> En este orden, cfr. art. 8 de la decisión marco sobre terrorismo, art. 7 de la decisión marco sobre tráfico de drogas, etc.

<sup>555</sup> Cfr. art. 3 de la decisión marco sobre trata de personas, art. 7 de la decisión marco sobre delitos informáticos, art. 6 de la decisión marco sobre terrorismo, art. 5 de la Decisión marco sobre tráfico de estupefacientes –arrepentido--.

<sup>556</sup> Cfr. por ejemplo art. 10 de Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo.

<sup>557</sup> Decisión marco 2001/220/JAI, cfr. *Report from the Commission pursuant to Article 18 of the Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings* (2001/220/JHA); Bruselas, 20/4/2009, COM(2009) 166 final. La cual es acompañada de una directiva que regula el procedimiento para requerir una compensación y el pago de una indemnización, cfr. Directiva 2004/80/EC OJ L 261, 6 de agosto de 2004, p. 15. Al respecto se afirma que lo dispuesto respecto al reconocimiento de la víctima y el apropiado rol para estas en los sistemas nacionales en los art. 2, ver art. 8, 3, 4, 5, 6, 7, 9 es muy genérico y no garantiza en verdad el respecto de los derechos y garantías de las víctimas. Cfr. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, cit., p. 91; M. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee, diritto penale contemporaneo*, 3-4/2012, [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/22-/-/1674-a\\_tutela\\_della\\_vittima\\_nelle\\_fonti\\_europee/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/22-/-/1674-a_tutela_della_vittima_nelle_fonti_europee/). Esta había sido propugnada en el Consejo Europeo de Tampere donde se expresó la necesidad de establecer estándares mínimos sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas de los delitos a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos.

<sup>558</sup> Decisión marco 2008/675/JAI. Cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, CELS Working Paper, New Series, No.1, septiembre de 2012, p. 14 s. (<http://www.statewatch.org/news/2012/oct/eu-cels-uk-opt-out-crim-law.pdf>).

<sup>559</sup> Decisión marco 2005/212/JAI. Cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, cit., p. 64.

debatida ya que la competencia de la Unión a adoptar medidas tendientes a la armonización procesal penal no era unánimemente aceptada. Si bien para algunos la incorporación de armonización en el ámbito procesal penal, en especial, en cuanto a los derechos de los imputados, era “el síntoma de un progresivo darse cuenta que, para afirmar un efectivo espacio de seguridad... debe también reconocerse derechos y garantías”<sup>560</sup>, para otros no era posible aceptar esta competencia de la Unión ya que en los Tratados no existía una específica norma que la autorice y por lo tanto no se contaba con una base legal válida para sustentar una armonización procesal penal<sup>561</sup>. Así es que, no obstante el Consejo de Tampere abogó por la armonización en materia procesal penal<sup>562</sup> y la Comisión se había expresamente inclinado por su necesidad<sup>563</sup>, cuando se presentaron propuestas de decisiones marco tendientes a armonizar las legislaciones, por ejemplo, en cuanto al derecho de defensa y el reconocimiento de ciertas garantías a los imputados<sup>564</sup>, no fue posible obtener su aprobación gracias al veto de los países que no aceptaban la competencia de la Unión en esta área<sup>565</sup>.

Luego del primer aluvión de decisiones marco tendientes a la armonización penal, se observa que aumenta el número instrumentos jurídicos tendientes a la cooperación judicial<sup>566</sup>, planteadas como alternativa o complemento de la armonización<sup>567</sup>. La cooperación judicial puesta en práctica a partir de Amsterdam no entra dentro de los parámetros de la clásica cooperación internacional ya que esta

---

<sup>560</sup> A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p.1177 s; PICOTTI afirma que del artículo 31 inc. E surgiría que se pueden adoptar normas de armonización de las disposiciones penales y procesales penales de los estados, mediante normas mínimas, cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 339.

<sup>561</sup> Cfr. House of Lords, European Union Committee, *1st Report of Session 2004-05 Procedural Rights in Criminal Proceedings*, parágrafo 29 a 41 y 203. Cfr. V. MITSILEGAS, *Eu criminal law*, cit., p. 90.

<sup>562</sup> Cfr. En el punto 51 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999 se señala que el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca y que el Consejo Europeo está resuelto a garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los productos del delito. En el punto 55, el Consejo Europeo pide que se realice la aproximación del Derecho penal y procesal en materia de blanqueo de capitales (por ejemplo, seguimiento, embargo preventivo y decomiso de fondos).

<sup>563</sup> Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, COM(2003) 75 final, Libro Verde de la Comisión Garantías procesales y COM (2004), 328 final, nro. 245, par. 28 y 51. Cfr. V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of mutual recognition in criminal Matetes in the European Union*, en *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1277.

<sup>564</sup> Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [COM (2004) 328 final - no publicada en el Diario Oficial]. Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal [COM (2003) 688 final - no publicada en el Diario Oficial].

<sup>565</sup> J. SPENCER, *Mutual recognition of decisions in criminal justice and the United Kingdom*, en G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO, A. WEYEMBERG, *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Universidad de Bruselas, Bélgica, p. 543.

<sup>566</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit., p. 1173.

<sup>567</sup> PICOTTI considera que el mutuo reconocimiento nace como fuente de legitimación autónoma más que como mero instrumento para lograr una lucha más eficaz contra las formas de criminalidad mencionadas en el Tratado, Cfr. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 339.

incorpora como su piedra angular el principio de reconocimiento mutuo. Este es un principio que nace en el ámbito de los mercados y se basa fuertemente en la idea de confianza mutua por cuanto implica que las decisiones de las autoridades judiciales de un Estado se aceptarán como equivalentes a las decisiones del propio Estado, no obstante en éste no exista una autoridad equiparable, o no pueda tomar tales resoluciones, o hubiera tomado una resolución enteramente diferente en un caso similar. Es claro que la confianza mutua es un elemento importante porque se debe confiar no sólo en la adecuación de las normas de los Estados socios sino también en que dichas normas se aplican correctamente<sup>568</sup>.

La posibilidad de aplicar este principio (propio del ámbito de los mercados) en el ámbito penal nace a partir de las preocupaciones que había generado dentro de la Unión la lenta evolución de la cooperación judicial luego de Maastricht como así también la incertidumbre que suscitaba en los países más escépticos a los beneficios de la armonización, la idea de instaurar el *Corpus Juris*<sup>569</sup>. En efecto, cuando el Reino Unido propone aplicar este principio en materia penal, fundamenta su propuesta en que las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de los estados miembros limitaban el progreso de la Unión y hacían que la armonización en este ámbito consuma demasiado tiempo, sea de difícil negociación y que, en definitiva, se convierta en algo irreal<sup>570</sup>.

Sin embargo, debe hacerse notar que este principio también fue apoyado por quienes propugnaban la armonización ya que lo veían como su motor; el reconocimiento mutuo requeriría sí o sí de un mínimo de armonización de ciertos estándares básicos entre los Estados miembros, lo cual daría un nuevo impulso a la armonización<sup>571</sup>. En efecto, en 1999, el Consejo Europeo de Tampere expresa hacer suyo este principio y propugna su aplicación en diferentes ámbitos vinculados con el derecho procesal penal<sup>572</sup> y la Comisión emite una comunicación donde pone de manifiesto que el tradicional sistema de cooperación es lento, incierto e incómodo por lo que debía comenzar a aplicarse el principio de reconocimiento mutuo<sup>573</sup>.

---

<sup>568</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, COM (2000) 495 final, Bruselas 26 de julio de 2000.

<sup>569</sup> Se encaraba una ambiciosa propuesta de uniformar el derecho penal contra los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad, cfr. infra.

<sup>570</sup> Cfr. doc 7090/99, Bruselas, 29 de mayo de 1999, párrafo 7 y 8, entregado por UK al K.4 Comité.

<sup>571</sup> En este orden, la Comisión afirma “*Not always, but often, the concept of mutual recognition goes hand in hand with a certain degree of standardisation of the way states do things. Such standardization indeed often makes it easier to accept results reached in another state. On the other hand, mutual recognition can to some degree make standardisation unnecessary*”. Cfr. Comunicación de la Comisión, cit., p. 5 ; TJUE, sentencia del 3 de mayo de 2007, c. 303/05, Advocaten voor de Werel VZW contro Leden van de Minsterraad, afirma que el principio del recíproco reconocimiento requiere de una aproximación de las disposiciones legislativas para facilitar y acelerar la cooperación judicial y la ejecución de las decisiones. Cfr. En este sentido A. BERNARDI, *IL ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit. ; V. MITSILEGAS, *Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters Issues of Competence, Legitimacy and Inter-Institutional Balance*, en *Security versus Freedom: A Challenge fro Europe's Future*, dirigido por S. CARRERRA, T. BALZACQ, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 279 ss.

<sup>572</sup> Cfr. Consejo de Tampere, párrafo 33.



La primer norma que aplica este principio es la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>574</sup>, la cual se ha convertido en uno de los principales instrumentos del tercer pilar. Esta concretiza dicho principio en el sector penal<sup>575</sup> y basándose expresamente en un elevado nivel de confianza, busca acelerar la entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal, superando los inconvenientes del tradicional método de extradición<sup>576</sup>. Básicamente, la orden de detención europea obliga a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) a reconocer, *ipso facto*, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por una autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión). Esta norma establece un listado de infracciones que no darán lugar al control de la doble incriminación<sup>577</sup> y la transferencia del sujeto de un Estado a otro se hace en virtud de

<sup>573</sup> En esta comunicación la Comisión explica la forma en que debería ponerse en funcionamiento el principio en cuestión. Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, COM (2000) 495 final, Bruselas 26 de julio de 2000.

<sup>574</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. La decisión marco entró en vigor el 1 de enero de 2004. La decisión define la «orden de detención europea» como cualquier decisión judicial adoptada por un Estado miembro para la detención o la entrega por otro Estado miembro de una persona a efectos de: el ejercicio de actuaciones penales; la ejecución de una pena; la ejecución de una medida policial de privación de libertad. La orden será aplicable en los casos de: una condena definitiva a una pena de cárcel o medida policial que tenga, al menos, una duración de cuatro meses; una infracción para la cual una pena de encarcelamiento o una policial superior a un año esté prevista. Cfr. al respecto, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, cit., p. 204 ss.

<sup>575</sup> Posteriormente, por impulso de los Estados miembros, en su mayoría, se han adoptado también otras decisiones marco sobre la base del principio de reconocimiento mutuo. A modo de ejemplo, cabe citar la Decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (art. 5); Decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (art. 6); Decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (ver art. 7). En todas estas decisiones marco se establece también un listado de delitos que no estarán sujetos a la condición de la doble incriminación. Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, OD L 196, 2 de agosto de 2003, p. 45.; Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias OD L 76, 22 de mayo de 2005, p. 16; Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, DO L 326, 11 de noviembre de 2006, p. 59.

<sup>576</sup> Cfr. considerando 5 de la exposición de motivos de la decisión marco. Debe tenerse en cuenta que la adopción de esta decisión marco también se vincula con los eventos del 11 de septiembre del 2001 en EEUU.

<sup>577</sup> A condición de que estén penadas en el Estado miembro de emisión por una pena de un máximo de al menos tres años, las infracciones que puedan dar lugar a entrega sin control de la doble incriminación de hecho son, entre otras: terrorismo, trata de seres humanos, corrupción, participación en una organización criminal, falsificación de moneda, homicidio, racismo y xenofobia, violación, tráfico de vehículos robados y fraude, incluido el fraude en detrimento de los intereses financieros comunitarios. Para actos delictivos distintos de los citados, la entrega podrá subordinarse a la condición de que el hecho por el cual se pide la entrega constituya una infracción en aplicación del derecho del Estado miembro de ejecución (regla de la doble incriminación). Se observa que el listado esta compuesto por infracciones que amplían de manera considerable las áreas delictivas establecidas en el Tratado, cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli*

una solicitud que tramita en un procedimiento horizontal, es decir, que vincula sólo a las autoridades judiciales de los países involucrados con exclusión de cualquier tipo de filtro político.

Finalmente, debe advertirse respecto al tercer pilar post-Amsterdam que se verifica una tendencia a verticalizar la cooperación judicial mediante la creación y potenciamiento de las actividades de órganos supranacionales de coordinación y colaboración<sup>578</sup>. En este orden, cabe resaltar la decisión marco que crea a Eurojust<sup>579</sup> (conforme con lo oportunamente propiciado en Tampere y luego reafirmado en el Programa de la Haya<sup>580</sup>). Este es el órgano de la Unión<sup>581</sup> competente para intensificar la cooperación en investigaciones relativas a la delincuencia grave que afecta al menos a dos Estados miembros y alberga las Secretarías de la Red Judicial Europea, la Red de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la Red de Equipos Conjuntos de Investigación. Las principales funciones y poderes de Eurojust aparecen enumeradas en la Decisión de Eurojust y entre estos es posible citar: ayudar a las autoridades nacionales en sus necesidades de cooperación; solicitar a los Estados miembros que lleven a cabo una investigación o actuaciones judiciales sobre hechos concretos; prestar ayuda en la resolución de conflictos de jurisdicción; facilitar la ejecución de los instrumentos jurídicos internacionales, tales como la orden europea de detención. Por las modificaciones practicadas en Niza, se establece en el art. 29 TUE que una mayor cooperación entre las autoridades judiciales será

---

*interessi europei*, cit., p. 339 y 340. El Tribunal de Justicia, ha afirmado que en relación a este listado no se requiere como previa condición la armonización de los elementos constitutivos de los delitos y de las sanciones ya que la lista de delitos para los cuales se renuncia a la doble incriminación se vincula con el hecho de que constituyen un perjuicio al orden y a la seguridad pública tal que justifica objetivamente la renuncia a la obligación de control, cfr. TJUE, sentencia del 3 de mayo 2007, c 303/05, *Advocaten voor de Werel VZW* contra *Leden van de Ministerraad*.

<sup>578</sup> Cfr. G DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, p. 27 ss.

<sup>579</sup> Eurojust fue creado por Decisión 2002/187/JHA del Consejo, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. Se señala que Eurojust es el antecedente de la Fiscalía Penal Europea que crea el tratado de Amsterdam, cfr. H. Nilsson, “*Eurojust: The Beginning or the End of the European Public Prosecutor?*”, *Europarättslig Tidskrift*, vol. 3, nro. 4, 2000; H. Nilsson, *Judicial Cooperation in the EU. Eurojust and the European Public Prosecutor*, cit., p. 73 ss.

<sup>580</sup> En el Consejo de Tampere se requiere que para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, la creación de una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la red judicial europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias. En el programa de la Haya se expresa La lucha contra la delincuencia organizada exige mejorar la cooperación entre los servicios policiales, judiciales y aduaneros así como explotar plenamente y seguir desarrollando Europol y Eurojust.

<sup>581</sup> Cada uno de los 28 Estados miembros de la UE nombra a un representante de alto nivel para trabajar en Eurojust, con sede en la Haya. Estos representantes son fiscales, jueces o funcionarios de policía con competencias equivalentes, y de reconocida experiencia

fomentada mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), cuyas principales tareas ahora pasan a describirse en el art. 31 TUE<sup>582</sup>.

Conforme es posible advertir de lo expuesto, en el ámbito del tercer pilar se observa una tendencia constante a dar vida a textos connotados por mayor riqueza en sus contenidos, objetivos siempre más ambiciosos y la presencia de vínculos siempre más estrechos a cargo de los Estados<sup>583</sup>. El tercer pilar crece exponencialmente en este periodo y las decisiones marco tienden a establecer “*obblighi via via più penetranti alle scelte di diritto penale sostanziale e processuale dei Paesi membri*”<sup>584</sup>.

Sin embargo, las herramientas incorporadas resultan ser insuficientes para alcanzar los objetivos propuestos y generan no pocos cuestionamientos<sup>585</sup>. El mantenimiento de la unanimidad en el proceso decisional sigue evidenciando sus defectos ya que las negociaciones previas a la adopción de las decisiones marco, (sobre todo, aquellas tendientes a la armonización de las legislaciones en materia sustancial<sup>586</sup> y las relativas a estándares procesales mínimos), no fueron nunca fáciles y en muchos casos ni siquiera pudieron pasar de dicha etapa procedimental<sup>587</sup>. Los

---

<sup>582</sup> Artículo 31 TUE: 1. La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras: a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también, cuando así convenga, mediante Eurojust, en relación con las causas y la ejecución de resoluciones; b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros; c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación; d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. 2. El Consejo fomentará la cooperación mediante Eurojust: a) capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito; b) impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol; c) favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

<sup>583</sup> A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit.,

<sup>584</sup> R. SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1310 ss.

<sup>585</sup> A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di costituzione europea*, en *Riv. dir. Pen. proc.*, nro. 1/2004, p. 7. La Comisión afirma señala como falencias del “método del “tercer pilar””, los instrumentos legislativos específicos que complican más su aplicación; insuficientes poderes del Parlamento Europeo en el proceso legislativo; uso de la unanimidad, lo que a menudo desemboca en larguísimas negociaciones y acuerdos sobre la base del mínimo común denominador; derecho compartido de iniciativa con cada uno de los 25 Estados miembros, lo que no favorece una dimensión europea; papel limitado del Tribunal de Justicia; falta de procedimientos formales de infracción para asegurar una transposición y aplicación apropiadas. De hecho, las discusiones en el Consejo han mostrado que recientemente está resultando muy difícil avanzar en la UE en áreas tales como el reconocimiento mutuo en asuntos penales y la cooperación policial. Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir Bruselas, 28.6.2006 COM(2006) 331 final, punto 3.1.

<sup>586</sup> Por ejemplo, en materia de tráfico de drogas donde los estados miembros tenían posturas muy diferentes, en materia de crimen organizado donde el Reino Unido tiene un diverso sistema de participación criminal, etc.

<sup>587</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, J. MONAR, W. REES, *The European union and international security*, Basingstoke, Palgrave Macmillan 2003.

acuerdos que se logran, además de estar cuestionados por la falta de transparencia y déficit democrático<sup>588</sup>, generan normas que continúan suscitando críticas por su falta de claridad y la amplitud de los términos utilizados, implicando -en muchos casos- la falta de un real efecto armonizante en la legislaciones nacionales<sup>589</sup>. Asimismo, generan problemas de interpretación sobre cuestiones de la parte general del derecho penal y de derecho procesal penal, áreas donde subsiste una gran heterogeneidad entre los países miembros<sup>590</sup>.

Se observa que los instrumentos jurídicos que se adoptan suelen aumentar la cantidad de derecho penal (es decir, extienden el área de lo penalmente relevante en los ámbitos nacionales) y generalmente, se vinculan con un derecho penal de “seguridad”<sup>591</sup>, un derecho penal cuyo objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en su aplicación; mientras que las normativas que se proponen en pos de resguardar las garantías y derechos de los imputados no encuentran cabida en el tercer pilar<sup>592</sup>.

---

<sup>588</sup> Se hace notar que en la práctica legislativa el déficit democrático de esta normativa no resulta ni siquiera salvado en el ámbito nacional ya que suelen transponerse de manera automática, literal y sin debate parlamentario mediante un procedimiento que poco conforme al espíritu de la reserva de ley nacional, cfr. C. Ladenburger, *Police and Criminal Law in The Treaty of Lisbon*, en *European constitutional Law Review*, 2008, p. 24 ss; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 63.

<sup>589</sup> Por ejemplo, en el caso de la decisión marco sobre crimen organizado se criticó la definición amplia de lo que debía entenderse por organización criminal porque no permite seleccionar adecuadamente los fenómenos criminalidad organizada dentro de la más amplia área de criminalidad de grupo, entre otras, cfr. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Towards a New definition of organised crime in the european union*, *euoropean journal of crime*, en *Criminal And Criminal Justice*, 2007, 15, 1, 83 a 103; . F. CALDERONI, *la definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze internazionali e nazionali, contro la criminalità organizzata in Europa*, en *Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, en dirigido por A. NICOLA, Francoangeli, Milano, 2011, p. 23 ss, L. SALAZAR, *L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam*, en *Doc. Giustizia*, 1999, C, p. 393; V. MITSILEGAS, *Defining Organised Crime in the European Union: Limits of European Criminal Law in an Area of Freedom, Security and Justice*, en *European Law Review*, vol. 26, 2001, p. 565-591; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 93 ss; S MANACORDA, *l'infraction d'organisation criminelle en europe*, *Presses Universitaires de france*, Paris, 2003; ORLOVA, MOORE, *Umbrellas or building blocks*, *Houston journal of International law*, 2005, 27, p. 267ss. En el caso de la decisión marco sobre terrorismo, por dar otro ejemplo, se hace notar que la amplitud de la definición crea nuevas figuras penales que previamente no se encontraban reguladas en los ordenamientos internos expandiendo los ordenamientos, cf. E SYMEONIDOU, *Defining Terrorism*, *European Journal of Crime*, en *Criminal Law and Criminal Justice*, vol 12, 2004, p. 14 a 35. Sobre el crecimiento del derecho penal y el poco efecto armonizante de las definiciones otorgadas por las decisiones marco cfr. Cfr. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 97; V. MITSILEGAS, *The Third wave of thirt pillar law: which direction ofr EU criminal justice?*, en *European Law Review*, 2009, 34, p. 530. T. Obokata, *EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: a Critical Appraisal*, *Common Market Law Review*, vol 40, 2003, p. 917 ss.

<sup>590</sup> Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 30.04.2004 COM(2004)334 final, Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, p. 8

<sup>591</sup> Council doc 8397/08, presse 96, p. 15; cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal law*, cit., p. 110ss.

<sup>592</sup> Por la imposibilidad de incorporar decisiones marco en tal sentido y la ausencia de normativa vinculada con ellos en el tercer pilar cfr. Comunicación De La Comisión Al Consejo y Al Parlamento Europeo Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir Bruselas, 28.6.2006 COM(2006) 331 final, punto 3.1: “No se ha logrado ningún avance en los últimos tres años con respecto a las normas mínimas básicas sobre derechos procesales aplicables en la UE, tales como el derecho de los detenidos a contar con un intérprete. Las discusiones sobre un texto destinado a definir y condenar uniformemente en Europa el racismo y la xenofobia también están totalmente bloqueadas desde hace casi dos años, aunque hay signos recientes de que podrían retomarse. En lo que respecta a la

Esta situación, se ve profundizada por la construcción del derecho penal de cooperación, sobre la base de instrumentos jurídicos efectivos pero muy cuestionados desde el punto de vista de los principios fundamentales<sup>593</sup>. El principio de reconocimiento mutuo y la eliminación del requisito de la doble incriminación son propicios a afectar la coherencia interna de los sistemas penales y constitucionales, en especial, se hace hincapié en la vulneración que éste implica del principio de legalidad y la protección de los derechos humanos; los jueces nacionales se ven obligados a aplicar sentencias de otros jueces basados en sistemas diversos y en áreas criminales no armonizadas, que pueden implicar contradicciones con el ordenamiento jurídico nacional y la extensión de lo penalmente relevante en el ámbito nacional<sup>594</sup>. La creación de los órganos de cooperación vertical como Eurojust y Europol, es cuestionada por la falta de bases legales claras, la falta de transferencia en su funcionamiento y la falta de responsabilidad o control judicial de sus actividades<sup>595</sup>, y por la tendencia a sumar más autoridades a las nacionales en lugar de buscar la forma de ir generando su reemplazo.

Por su parte, se observa que no obstante la tendencia a privilegiar la cooperación por encima de la armonización encontraría su fundamento en las dificultades que se presentan a la hora de encarar una armonización sustancial, luego se verifica que para que ésta funcione con eficacia requiere de la armonización de ciertas cuestiones de los sistemas penales a cooperar<sup>596</sup>. En efecto, según indica el

---

competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, existe el riesgo de que asuntos de gran importancia y delicados, como el acceso a la justicia o los derechos de asilo no se beneficien del mismo control jurisdiccional o de una aplicación uniforme en Europa”.

<sup>593</sup> Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 11 de abril de 2011, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM(2011) 175 final – no publicado en el Diario Oficial]. El Informe realiza un balance de los siete años de aplicación de la orden de detención europea y afirma que la iniciativa se muestra exitosa en el plano operativo: se han emitido 54 689 órdenes y se han ejecutado 11 630 pero la Comisión señala fallas sobre todo en materia de respeto de los derechos fundamentales. Pide a los Estados miembros que ajusten su legislación a la Decisión-marco 2002/584/JAI en el caso de que no lo hayan hecho y que apliquen instrumentos ya adoptados para mejorar el funcionamiento de la orden. Asimismo, el informe indica que se emiten demasiadas órdenes por infracciones menores e insta a los Estados miembros solicitantes a aplicar el principio de proporcionalidad.

<sup>594</sup> Cfr. S. RIONDATO, *Relazione (corredata di essenziali note) al Congresso nazionale straordinario dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati "Spazio giuridico Europeo. Dai principi costituzionali europei all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali"*, Venezia, 14-16 novembre 2003; K. NICOLAIDIS, G. SHAFFER, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, *Law and Contemporary Problems*, vol 68, 2005, p. 263 ss; MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual above Recognition in Criminal Matters in the European Union*, en *Common Market Law Review*, vol 43, 2006, p. 1282 s; F. TULKENS, *La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives*, en *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, G. DE KERCHOVE, A WEYEMBERGH, Bruselas, Editions de l'université de Bruxelles, 2001, p. 166.

<sup>595</sup> Cfr. E. DENZA, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, Oxford, OUP, 2002, p. 314 s.

<sup>596</sup> Cfr. S. MANACORDA, *La "parábola" de la armonización penal: a propósito de las dinámicas de integración normativa relativa a la organización criminal*, en *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 351 ss.; el prof. Riondato afirma que la eliminación de la doble incriminación produce la armonización del sistema nacional por el derecho penal del estado requirente “*Quel che apparentemente manca nel provvedimento del 2002 è proprio l'espressa definizione armonizzata di ogni reato ivi indicato, perchè in realtà la soluzione prescelta vede il diritto dell'emittente fungere contingentemente da diritto europeo armonizzato; in altri e più incisivi termini: il diritto penale*

prof. Mitsilegas la irrupción del principio de reconocimiento mutuo, ha conllevado a que se deba tender a una mayor armonización del derecho penal y procesal penal ya sea para cooperar en la abolición del requisito de la doble incriminación<sup>597</sup>; para facilitar la adopción de nuevas medidas basadas en el principio de reconocimiento mutuo en áreas donde la heterogeneidad entre los sistemas penal es muy grande<sup>598</sup> o para armonizar ciertos estándares procesales que gobiernan las situaciones legales donde una sentencia va a tener que ser reconocida y ejecutada<sup>599</sup>. Todo ello, en definitiva, demuestra que la armonización resulta ser indispensable para hacer efectiva la obligación de cooperación impuesta a través de los actos del tercer pilar<sup>600</sup>.

Finalmente debe hacerse notar que la imposibilidad de la Comisión de abrir procedimientos de infracción con relación a la falta o incorrecta transposición de las decisiones marco, permitió que aquellos estados no entusiastas en incorporar los cambios a sus sistemas legales, incumplan por años las obligaciones de incriminación establecidas, quitando así efectividad a la pretendida armonización y

---

*nazionale è chiamato a realizzare l'armonizzazione penale europea, secondo un originale modello di contemperamento delle diversità*", cfr. S. RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea, Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo, en Relazione (corredata di essenziali note) al Congresso nazionale straordinario dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati "Spazio giuridico Europeo. Dai principi costituzionali europei all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali"*, Venezia, 14-16 novembre 2003.

<sup>597</sup> En diversas oportunidades se ha debatido dentro de la Unión sobre la necesidad de armonización de algunos delitos respecto de los cuales se elimina el requisito de la doble incriminación en las medidas adoptadas sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, cfr. en tal sentido, Comunicado De Prensa, Sesión n.º 2807 del Consejo, Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 12 y 13 de junio de 2007 ver JAI council conclusions 12-13 junio 2007, doc. 10267/07, p. 38.

<sup>598</sup> V. MITSILEGAS hace notar que en materia de decomiso las diferencias entre las legislaciones son tan grandes que aplicar el principio de reconocimiento mutuo de acuerdo a los parámetros de la ley inglesa, por ejemplo, para muchos países puede implicar amenazas a sus sistemas jurídicos y su constitución. En el ámbito de la Unión, el Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998, se establece que "en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, deben mejorarse y aproximarse, cuando sea necesario, las disposiciones nacionales en materia de incautación y confiscación de los productos del delito, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe". Si bien la heterogeneidad existente se expresa en la exposición de motivos de la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, finalmente se optó por realizar un tentativo de armonización de los sistemas de decomiso en los estados miembros pero introduciendo también diferentes alternativas de sistemas de decomiso en atención de las diferencias existentes, cfr. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, cit., p. 102.

<sup>599</sup> La adopción de la orden de arresto europea conllevó a demandas de armonización para mejorar la protección de los imputados después de que sean entregados a los respectivos estados requirentes. Comisión comenzó sus trabajos en el 2002 y en el 2004 presentó un proyecto de decisión marco sobre los derechos procesales en procesos criminales (bastante modesto en cuanto a los derechos que reconocía según MITSILEGAS p. 104 ver COM 2004, 328 FINAL) pero esta propuesta fue muy debatida

<sup>600</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, cit.; S. MANACORDA, *Introduction. L'intégration pénale indirecte: une première définition*, en *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, dirigido por Giudicelli-Delage, Manacorda, Paris, 2005, p. 21 ss; M. DELMAS MARTY, *Avant-propos*, en *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, cit., p. 15 ss; Giudicelli-Delage, *arques conclusives*, cit., p. 380 afirma que la cooperación hace nacer progresivamente y a largo tiempo la armonización, la pre-armonización se sustituiría por la post-armonización; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 330.

reduciendo la eficacia sancionatoria de los regímenes penales de los Estados miembros que si adoptan las modificaciones<sup>601</sup>. Esta cuestión ha sido reiteradamente puesta en evidencia por los informes de la Comisión Europea donde no se ha dejado de hacer críticas sobre el bajo grado de transposición de los instrumentos del tercer y la consecuente falta de armonización<sup>602</sup>. Por su parte el déficit jurisdiccional del tercer pilar y la falta de efecto directo de las decisiones marco bloquea la posibilidad de que los individuos puedan realizar planteos ante los Tribunales competentes sobre la base de cualquier posición legal más beneficiosa que pueda reconocerles el derecho penal de la Unión<sup>603</sup>.

### E) Caso “Pupino”

Teniendo seguramente en cuenta varias de estas cuestiones y gracias a las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, el Tribunal de Justicia emite un fallo que representa un paso adelante hacia la superación de la estructura de los pilares de la UE<sup>604</sup>.

Cuando se plantea el caso “Pupino” ante el Tribunal de Justicia<sup>605</sup>, se hacen realidad los temores de algunos países miembros, en cuanto a las consecuencias que podía ocasionar el reconocimiento del recurso prejudicial en el ámbito penal. En este caso, un Juez italiano plantea el posible contraste entre dos normas del Código Procesal Penal Italiano y la decisión marco 2001/220/JAI relativa a la posición de la

---

<sup>601</sup> E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, cit., p. 17.

<sup>602</sup> Cfr. *Report from the Commission based on Article 11 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism*, COM (2004) 409 and COM (2007) 1463]; *Report from the Council on the implementation of the Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism* [11687/2/04 REV 2]; *Report from the Commission based on article 6 of the council framework decision of 26 june 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, Bruselas, 05/04/2004 COM(2004)230 final*, Informe de la Comisión, de 13 de diciembre de 2001, basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro [COM (2001) 771 final - no publicado en el Diario Oficial]. Tercer informe de la Comisión, de 17 de septiembre de 2007, basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro [COM (2007) 524 final - no publicado en el Diario Oficial]; Informe de la Comisión basado en el artículo 14 de la Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo [COM (2004) 346 final - no publicado en el Diario Oficial]; Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 30.04.2004 COM(2004)334 final, Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea; Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", EC Report on the Implementation of the Hague Programme for 2007, Com (2008) 373 final Brussels, 2 July 2008; Commission Stagg Working Document SEC 2008, 2048, Brussels, 2 July 2008.

<sup>603</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 26; R. SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1310 ss.

<sup>604</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 282; V. MAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, en *Quaderni cost.*, 2005, p. 886. B. COTTE, *L'encadrement par la norme internationale*, en [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2006/06-04-2006/06-04-06-intervention-cotte.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/06-04-2006/06-04-06-intervention-cotte.pdf).

<sup>605</sup> TJUE, sentencia del 16 de junio de 2005, c-105/03, *Maria Pupino*, ECR 2005 I-5285.

víctima en el proceso penal<sup>606</sup>. Si bien el Consejo y varios países miembros se apresuraron a intervenir a fin de persuadir al Tribunal sobre su incompetencia<sup>607</sup>, no lograron su objetivo y éste emitió una sentencia histórica donde afirmó: los jueces nacionales tienen la obligación de interpretar las normas internas de conformidad a los dispuesto por las decisiones marco del tercer pilar dado que en este ámbito también es aplicable el principio de leal cooperación<sup>608</sup>.

Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal afirma que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 TUE (“crear una unión cada vez más estrecha”) resulta comprensible que los autores del Tratado hayan previsto en el tercer pilar instrumentos jurídicos (las decisiones marco) que produzcan efectos análogos a los previstos en el primer pilar (las directivas), con el objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión. En función de ello, afirma “Sería difícil que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal... no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal... Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco”<sup>609</sup>.

Según el Tribunal este deber de interpretación conforme, encuentra su límite en los principios generales del Derecho, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad, ya que no podría tener por efecto determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones<sup>610</sup> como así tampoco servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional. Sin embargo, siendo que el caso en cuestión no se refería “al alcance de la

---

<sup>606</sup> Dicha petición se presentó en el marco de un proceso penal seguido contra la Sra. Pupino, maestra de parvulario, acusada de haber causado lesiones a alumnos menores de cinco años en el momento en que ocurrieron los hechos. El código procesal penal italiano establecía un procedimiento especial para tomar declaraciones testimoniales a niños, solo en los casos de que se vieran involucrados en delitos sexuales, pero siendo que la decisión marco establecía que los Estados miembros debían velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación, al juez nacional se le plantean dudas en cuanto a la compatibilidad de los artículos 392, apartado 1 *bis*, y 398, apartado 5 *bis*, del CPP con los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco. Ante tal circunstancia, el Juez de Instrucción decidió suspender el procedimiento y solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre el alcance de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco.

<sup>607</sup> El deber de interpretación conforme es el corolario del principio de leal cooperación, de primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea sobre el derecho de los estados partes e implica que en el ámbito nacional todos los órganos internos deben interpretar las normas nacionales de manera conforme a la normativa europea y finalidad europea. Tanto este principio como el de primacía y efecto directo, los cuales son esenciales en las relaciones del derecho nacional y el derecho comunitario, nacen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en célebres fallos. Cf. TJCE, sentencia del 5 de febrero de 1962, c- 26/62, *Van Gend en Loos*; TJCE, 15 de julio de 1964, c- 6/64, *Costa*; TJCE, sentencia del 04 de diciembre de 1974, *Van Duyn*; TJCE, sentencia del 04 de febrero de 1988, c-157/86, *Murphy*; TJCE, sentencia del 13 de febrero de 1990, c-106/89, *Marleasing*.

<sup>608</sup> El principio de leal cooperación, recordemos que luego de Maastricht se incorpora en el artículo 10 TCE.

<sup>609</sup> Cfr. párrafo 43.

<sup>610</sup> En el mismo sentido 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartado 74



responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba” el principio de interpretación conforme debía ser aplicado<sup>611</sup>.

Fue muy debatido en la doctrina el significado que debía atribuírsele a este fallo<sup>612</sup>. Según algunos, a partir de esta sentencia era posible afirmar la extensión de los principios del primer pilar al tercer pilar<sup>613</sup>, puesto que en cierta forma se había reconocido una especie de efecto directo a las decisiones marco atento el vínculo estrecho que hay entre éste y aquel principio<sup>614</sup>. Según otros esa interpretación no podría realizarse ya que reconocer efecto directo a las decisiones marco resultaría contrario a lo expresamente dispuesto por el art. 34 TUE. Por su parte, otros sostenían que voluntariamente el Tribunal había dejado la cuestión abierta a debate porque la aplicación del principio de leal cooperación al tercer pilar, haciendo una especie de analogía sobre la base de una norma amplísima como es el artículo 1 TUE<sup>615</sup> había tenido como objetivo evitar vincular el principio de interpretación conforme con el principio de primacía<sup>616</sup>.

---

<sup>611</sup> El Tribunal nacional sólo deberá asegurarse que las declaraciones de las víctimas sean tomadas en condiciones compatibles con los principios esenciales de los estados miembros y no tornen injusto el proceso criminal seguido contra Pupino, en el sentido del art. 6 del CEDH como así también que se tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco, cfr. párrafo 56.

<sup>612</sup> Para profundizar sobre este caso en particular cfr.: V. MITSILEGAS, *The Transformation of Criminal Law in the 'Area of Freedom, Security and Justice'* transformation, en *Yearbook of European Law*, 2007, 26, p. 1 a 32; D. CHALMERS, *The court of justice and the third pillar*, Editorial, en *European Law Review*, 2005, 30 (6), p. 773 s; M. FLETCHER, *Extending indirect effect to the third pillar: the significance of Pupino?*, en *European Law Review*, 2005, 30 (6), p. 862 a 877; A. KLIP, *EU Criminal Law*, cit., p. 18 ss., E. SPAVENTA, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, en *European Constitutional Law Review*, 2007, 3, p. 5, H. LABAYLE, "Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice", en *Revue trimestrielle du droit européen*, vol. 42, p. 2006, p. 1 ss; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. Dir. Pen. Proc.*, nro. 11/2005, p. 1437 s; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, cit., p. 4; S. MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, en *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 940 ss.

<sup>613</sup> cfr. S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, en *The fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, dirigido por BARNARD, Oxford, OUP, 2007, p. 62 y 63.

<sup>614</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *Un paso mas en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco*, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, vol. 10, 2005. BERNARDI afirma "la differenza tra interpretazione conforme (come appena detto, ormai ammessa anche nel terzo pilastro) ed efficacia diretta (come già ricordato, esplicitamente esclusa nel terzo pilastro ex art. 34 par. 2 lett. b), Tr. UE) rischia di smarrirsi" cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 282; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 64.

<sup>615</sup> Cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 32 s; S. PEERS, *Salvation outside the church, judicial protection in the third pillar after the pupino and Segi judgments*, p. 920 afirma que no se aplica el principio de primacía y efecto directo en el tercer pilar porque en esto reside la diferencia entre el primer comunitario y el tercer pilar sino se estaria ingnorando la intencion de los autores del Tratado.

<sup>616</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 28 s; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of Birds of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, en *European Law Review*, vol 31, 2006, p. 287 ss.

Dicho fallo genera preocupaciones en algunos países, como el Reino Unido<sup>617</sup>, ya que no obstante no hubiese autorizado a sus jueces nacionales a presentar recursos prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, se consideraron aplicables los postulados de este fallo en su territorio la *House of Lords* (como así también otros magistrados nacionales) no dudaron en desaplicar normas nacionales en función de mantener su interpretación conforme a la normativa penal de la Unión<sup>618</sup>. En este orden se afirmaba que a partir de aquél momento, los Tribunales de dicho país iban a tener que construir las reglas de la ley inglesa no sólo teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos de Estrasburgo sino también, y simultáneamente, por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y las decisiones marco de la Unión Europea<sup>619</sup>.

En general, el fallo en cuestión plantea incertidumbres a la hora individualizar el límite a la actividad hermenéutica de los jueces en cada caso particular<sup>620</sup> en ciertas situaciones donde es difícil determinar si la interpretación conforme agrava o no la situación del imputado<sup>621</sup> o cuál es la frontera entre los derechos de la víctima y del imputado<sup>622</sup>. Sobre todo, ello genera preocupación en

<sup>617</sup> Cfr. M. MAZZÓN, *El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia comolaboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido*, cit., p. 1147 ss.

<sup>618</sup> House of Lords, 28/2/2007, “*Dabas vs High Court of Justice Madrid*” [2007] UKHL 6. Asimismo, otros fallos Cfr. UKSC, “*Michaelmas Term*” [2009] UKSC 4 on appeal from [2008] EWHC 2907 (Admin); House of Lords, “*Pilecki (Appellant) v Circuit Court of Legnica, Poland (Respondents)*” [2008] UKHL 7, on appeal from [2007] EWCH 2080 (Criminal Appeal from Her Majesty’s High Court of Justice), “*Office of the King’s Prosecutor, Brussels v. Cando Armas*” [2005] UKHL 67, (2006) 2 AC 1, “*Boudhiba v. Central Examining Court No. e of Madrid*” [2006] EWHC 167 (Admin), (2007) 1 WLR 124; “*R (Hilali) Governor of Whitemoor Prison*” [2008] UKHL 3 (2008) 1 AC 805; High Court England and Wales, “*Prancs vs. Rezekne Court of Latvia*” [2006] EWHC 2573.

<sup>619</sup> Asimismo, manifiesta que esta decisión del Tribunal sugería la modificación de la ley inglesa que regulaba la forma en que la evidencia de niños pequeños debía recabarse en juicio ya que debería preverse la posibilidad de que éstos puedan dar testimonio fuera del juicio cfr. J. SPENCER, *Case Comment child witnesses and the European Union*, en *Cambridge Law Journal*, 2005, 64(3), p. 569 ss.. Sobre las consecuencias en el ámbito constitucional italiano del caso Pupino cfr. R. CALVANO, *Caso Pupino: ovvero dell’alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti Materiali*, 2006, par. 2, en [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/caso\\_pupino/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/caso_pupino/index.html).

<sup>620</sup> F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 438 s. Cfr. sentencias de la Casación Penal Italiana, 26 de septiembre de 2005, *Ilie Petre*, en Cass. Pen., p. 3772 y Cass, 30 de enero de 2007, en Cass. Pen., p. 2007, p. 1911 donde según Grandi la Casación aplica el principio de interpretación conforme casi traspasando su límite con la interpretación contra legem, cfr. C. Grandi, *Riserva di legge...*, cit., p. 64 s.

<sup>621</sup> Se ilustra esta circunstancia mediante el análisis comparativo de la interpretación sostenida por el Tribunal Justicia en el caso “Pupino” y en el caso “Berlusconi” en E. SPAVENTA, *Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, cit., p. 5 ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 30 s; A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, cit., p. 209 ss.; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 64 ss; P. SPAGNOLO, *Il mandato d’arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronuncie giurisprudenziali e primi contratti interpretativi*, en *Leg. Pen.*, 2007, p. 559 s; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of Birds of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, cit., p. 132.

<sup>622</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 26 a 31; V. MITSILEGAS, *The Transformation of Criminal Law in the ‘Area of Freedom, Security and Justice’ transformation*, cit., p. 7 afirma “*The potential effects of such an approach on domestic criminal law are also striking. In Pupino, the application of Community law principles in the third pillar could lead effectively not only in the rewriting of the Italian Code of Criminal Procedure, but also in challenging to a great extent the rights of the defendant. Considerations related to domestic criminal law, its internal balance and coherence, and*

este ámbito, donde –conforme se expusiera anteriormente- parece haber una mayor inclinación por el derecho penal de la seguridad y donde llama la atención como el Tribunal de Justicia traslada al tercer pilar todos los límites impuestos a la influencia del primer pilar en el derecho penal nacional, pero luego decide no aplicarlos al caso particular atento que éste no se vinculaba con el derecho penal sustancial sino con el derecho procesal penal<sup>623</sup>.

### III. Derecho penal en el primer pilar

#### 1. Art. 209 y 280 TCE

Conforme se expusiera en el capítulo anterior, previo al Tratado de Maastricht, ya se había hecho evidente que la heterogeneidad de los ordenamientos nacionales planteaban dificultades para la eficaz protección de los intereses comunitarios<sup>624</sup>. Con la llegada del tercer pilar se plantea cuál sería el pilar adecuado para establecer obligaciones de incriminación a los Estados partes a fin de asegurar su efectiva protección. Teniendo en cuenta que en el ámbito del tercer pilar no había normas que establecieran la protección de los intereses de la Comunidad, que el Tratado expresamente<sup>625</sup> establecía que el tercer pilar no podía debilitar ni interferir con el derecho comunitario y las dudas que ya suscitaba la efectividad de éste<sup>626</sup>, la

---

*its reflection of societal values and interests have been subordinated to the effective achievement of vague Union objectives”.*

<sup>623</sup> Cf. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit. p. 30 y 40 y ver notas; cfr. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., p. 32 y 33.

<sup>624</sup> La heterogeneidad de los sistemas nacionales se advierte por ejemplo en el ámbito del fraude en materia de subvenciones, donde se hace notar que en Alemania se establece un tipo penal específico diverso a la estafa, sobre la base de la cual es posible perseguir penalmente no sólo el delito doloso sino también culposo y la pena prevista es de cinco años de prisión o una multa; en España se ha previsto un delito específico en materia de subvenciones el cual coincide con el delito de estafa y se refiere sólo a los hechos dolosos superiores a 50000 ecu, por debajo de dicho monto esta prevista una multa administrativa; el Portugal y en Italia no se diferencia este tipo de hechos de la estafa y no se condiciona las sanciones a un monto mínimo; en Francia y Bélgica, se sanciona el fraude a las subvenciones como una tentativa de estafa y en Bélgica no era un hecho punible hasta el año 1993 cuando se reforma el código. Cfr. E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della comunità progressi e lacune*, cit., p. 15

<sup>625</sup> Art. 2 y 47 TCE y art. 29 TUE

<sup>626</sup> Por ejemplo 13 años transcurrieron para que pudiera entrar en vigor el Convenio para la protección de intereses financieros de la Comunidad Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 345.

Comisión, el Parlamento europeo<sup>627</sup> y una parte de la doctrina<sup>628</sup> se inclinaron por afirmar que las medidas de protección penal de los intereses comunitarios debían adoptarse en el primer pilar<sup>629</sup>. Debe tenerse en cuenta que la inidoneidad de los mecanismos utilizados en el ámbito comunitario para lograr la protección del balance comunitario, se considera más grave porque se está poniendo en riesgo la misma existencia de la Unión e incide negativamente en los ciudadanos contribuyentes y en la misma credibilidad de la Comunidad<sup>630</sup>. En efecto, se afirma, que el artículo 209 A TCE y posteriormente artículo 280 TCE constituían “*una prima base giuridica per un intervento comunitario in materia penale*”<sup>631</sup>.

Con las reformas realizadas por el Tratado de Maastricht, se reconoce en el ámbito del derecho comunitario<sup>632</sup> el principio de asimilación (en el art. 209 A TCE<sup>633</sup>). Según se interpretaba esta norma cuando las medidas para combatir los

---

<sup>627</sup>El Parlamento europeo, en la resolución sobre la protección jurídica de los intereses financieros de la Comunidad europea, aprobada el 24 de octubre de 1991, solicita la introducción en el tratado de la Unión de un sistema de tutela de los intereses financieros de la Comunidad europea fundado sobre la previsión de un verdadero y propio poder normativo en materia penal de la Comunidad, a ejercitar mediante reglamentos y directivas, para armonizar el derecho penal de los Estados miembros y aplicar sanciones tendientes a tutelar los intereses del balance de la Comunidad europea cfr. G. GRASSO *Tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p. 389 s.. Asimismo, la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores del Parlamento, en las conclusiones del "Informe Bontempi", del 3 de marzo de 1995 (doc. A4-0039/95), pone de manifiesto la divergencia entre esta Comisión del Parlamento y el Consejo de las comunidades europeas en lo referente al carácter comunitario de la protección de los intereses financieros de la comunidad y propone adoptar una directiva sobre la base de los arts. 5 y 209 A del TCE en la que "la Comunidad determine algunos objetivos, dejando a los Estados miembros la facultad de elegir los medios adecuados con relación a su legislación relativa a las sanciones penales".

<sup>628</sup> cfr. L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, dirigido por G. GRASSO Milano, 2000, p. 357.

<sup>629</sup> Asimismo, GRASSO afirma "alcuni operatori del diritto impegnati nella prevenzione e nella repressione dei fatti lesivi delle finanze comunitarie ... hanno sottolineato la necessità di creare un "vero e proprio spazio giudiziario europeo"; esemplare e al riguardo il c.d. "Appello di Ginevra" lanciato qualche mese fa da alcuni pubblici ministeri e magistrati appartenenti a differenti paesi europei" cfr. G. GRASSO *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, *Archivio Penale*, 1/2-98, p. 11.

<sup>630</sup> A. BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, en *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario* – 2001, p. 285 s.

<sup>631</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 337 s.; K. TIEDEMANN, *Pour une espace juridique commun après Amsterdam*, en *Agon*, 1998, n. 17, p. 12; Debe tenerse en cuenta que también se postulan los artículos 100 y 100A del TCE (después del Tratado de Amsterdam artículos 94 y 95 TCE) como base jurídica idónea para la creación de un derecho penal comunitario. Se afirma que estos artículos, al referirse a la competencia de la Comunidad para armonizar las legislaciones, permitirían el dictado no sólo de directivas, sino también de reglamentos penales para la protección de los intereses de la CE. Cfr. BACIGALUPO, *Principios constitucionales*, Hamurabi, 1999, p. 283 ss.; Constantinesco - Kovar - Simon - Joqué, *Commentaires du Daité CEE*, 1992,

<sup>632</sup> Debe tenerse en cuenta que también en el ámbito del tercer pilar se utiliza la asimilación ya que en el Convenio relativo a la corrupción de los funcionarios de la Unión se establece el principio de asimilación, es decir, la obligación de los estados miembros a adaptar la legislación nacional para que los funcionarios de la Unión queden abarcados en las normas que sancionan los actos de corrupción de los funcionarios nacionales

<sup>633</sup> Art. 209 TCE: Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que

fraudes lesivos de los intereses financieros nacionales fuesen de naturaleza penal, se generaba la obligación de los Estados miembros de introducir sanciones penales análogas, a fin de reprimir los fraudes comunitarios<sup>634</sup>. Si bien la introducción de esta norma implicaba reconocer lo ya afirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>635</sup>, su redacción despertó diversas críticas en la doctrina. En primer lugar, se sostenía que su introducción no tenía sentido porque el mismo Tribunal había afirmado que el principio de asimilación era deducible del art. 5 del TCE (es decir, del principio de leal cooperación)<sup>636</sup>; en segundo lugar, se afirmaba que el artículo 209 A TCE no había plasmado correctamente la jurisprudencia del Tribunal y al guardar silencio sobre el principio de proporcionalidad no sería capaz de asegurar la asimilación externa de los ordenamientos, es decir, la armonización de las legislaciones penales de los países miembros<sup>637</sup>; en tercer lugar, se afirmaba que, en definitiva, los mismos objetivos del art. 209 A TCE no podrían alcanzarse a partir de su aplicación puesto que los autores de los delitos contarían con la posibilidad de elegir el territorio donde fuera penado con sanciones menos graves la comisión de sus actos ilícitos, reduciendo así la eficacia preventiva y sancionatoria de los sistemas penales nacionales<sup>638</sup>.

---

afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones”. En el tratado CECA y Euratom, se incorpora en el artículo 78 decimo y el artículo 83 A respectivamente.

<sup>634</sup> G. GRASSO *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 3/1992, p. 835.

<sup>635</sup> Principio reconocido por el Tribunal de Justicia la sentencia Maiz Griego.

<sup>636</sup> G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, p. 836.

<sup>637</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit. p. 335; G. GRASSO *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 837; Parlamento Europeo, cfr. documentos A3-0250/91, del 27 de septiembre de 1991.

<sup>638</sup> E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, cit., p. 17.

Con el Tratado de Amsterdam el artículo 280<sup>639</sup> TCE modifica la redacción del mencionado artículo. Este establece que tanto la Comunidad como los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad a fin de protegerlos de manera eficaz y equivalente en todos los Estados miembros. Se interpreta que este artículo supera los obstáculos de su antecesor ya que al afirmar la necesidad de una protección equivalente de los intereses financieros, la Comunidad se encuentra en condiciones de poder exigir la asimilación externa entre los ordenamientos nacionales, y por lo tanto, su efectiva armonización<sup>640</sup>.

---

<sup>639</sup> Sobre el art. 280 1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a

los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. 4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia. 5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo. cfr. R. SICURELLA, *Il corpus Juris come modello per la definizione di un Sistema penale europeo*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 319 ss.

<sup>640</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 337 s. BACIGALUPO destaca también la incorporación de la Comunidad junto con los Estados miembros cfr. L. BACIGALUPO, *Principios Constitucionale del derecho penal*, cit., p. 286.

Es más, mediante dicha norma, según algunos, se habría abierto una puerta para que el derecho derivado del primer pilar (inclusive los reglamentos<sup>641</sup>) puedan establecer normas de armonización de las disciplinas penales en el ámbito de los intereses financieros de la Comunidad. Se afirma que el artículo 280 TCE al disponer que las medidas a adoptarse serán en el ámbito de la prevención, reconoce expresamente que la Comunidad se encontrará facultada para establecer sanciones penales por vía reglamentaria dado que la pena es justamente una medida de prevención<sup>642</sup>. Inclusive se sostiene que a partir de este artículo se habría redefinido el espacio judicial penal europeo habilitándose la protección de los bienes jurídicos comunitarios mediante legislación de armonización penal y procesal penal<sup>643</sup>. Según los sostenedores de esta postura, en nada se vería afectada su interpretación por el hecho de que el mismo artículo disponía “Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional”. En general, se sostiene que no podía entenderse esta cláusula de reserva como una imposibilidad de “adoptar” normas vinculadas a la materia penal puesto que el artículo nada expresaba sobre el proceso de formación de las normas sino que se refería exclusivamente a su aplicación (lo cual se reserva, en definitiva, a los Estados partes)<sup>644</sup>.

---

<sup>641</sup> Se afirma que la protección contra el fraude de los intereses comunitarios sólo será equivalente en los Estados miembros, si se establecen bases comunitarias de la responsabilidad penal, tipos penales comunitarios y sanciones penales uniformes, cfr. E. BACIGALUPO, *Principios Constitucionales del derecho penal*, cit., p. 288 y 289.

<sup>642</sup> cfr. K. TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, cit., p. 7

<sup>643</sup> E. BACIGALUPO, *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999., p. 291.

<sup>644</sup> L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giudica" del Corpus Juris*. In *marginale al nuovo art. 280 del Trattato CE*, cit., p. 370; K. TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, cit., p. 12 s.; E. BACIGALUPO, *Principios constitucionales del derecho penal*, cit., p. 288. Ciertamente el texto es oscuro, y por ello también se encuentra quienes afirman que dicha frase puede ser sólo interpretada como referente a la modalidad de la intervención de la Comunidad, en el sentido, de que se excluyen medidas comunitarias directamente aplicables que, en cuanto tales, entrarían en evidente colisión para la aplicación del derecho penal nacional (como sería el caso de un reglamento penal) cosa que no ocurriría si las medidas fueran directivas dirigidas a armonizar, las cuales siempre requieren una medida interna que las transponga Cfr. R. SICURELLA, *Il corpus Juris come modello per la definizione di un Sistema penale europeo*, cit., p. 322 ss,

En cuanto a las críticas que el reconocimiento de esta competencia penal podía generar con relación a una posible afectación de la soberanía nacional y del principio de legalidad se afirmaba, por un lado, que la soberanía nacional se encontraba desde hace tiempo en una crisis progresiva<sup>645</sup> ya que la realidad de los Tratados había demostrado que no resultaba indivisible y que podía ser objeto de limitaciones o de formas parciales de transferencia<sup>646</sup>. En cuanto al principio de legalidad<sup>647</sup>, se afirmaba que teniendo en cuenta las reformas introducidas por el Acto Único, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Amsterdam, el déficit democrático del que había sido acusado el proceso decisional de la Comunidad<sup>648</sup> se había visto profundamente reducido al reconocerse formas efectivas de control y participación al Parlamento europeo<sup>649</sup>. Asimismo, se advierte que en el proceso de construcción europea la legalidad comunitaria presentaría perfiles diferentes respecto a la legalidad nacional, no pudiendo negarse al derecho comunitario legitimación democrática a partir de un análisis centrado solamente en parámetros estatales<sup>650</sup>.

## 2. Impulsos de la Comisión:

De conformidad con estas posturas, en efecto, la Comisión realizó diferentes propuestas para dar ingreso al derecho penal en el ámbito del primer pilar, enfocada principalmente en la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Comunidad, el cual fue considerado el interés de la Comunidad por excelencia necesitado de armonización penal en el primer pilar.

En la década de los 90, la Comisión requirió a un grupo de académicos que elaboraran un proyecto para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, el cual fue denominado “*Corpus Juris*”<sup>651</sup>. Este era una especie de “mini código”, que realizaba una síntesis de los principios comunes que rigen en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>652</sup>, incluyendo definiciones de una serie de delitos (por ejemplo: fraude, corrupción, lavado de activos<sup>653</sup>) y disposiciones relativas al derecho proceso penal (como la propuesta de instaurar una Fiscalía Penal Europea)<sup>654</sup>. Se advierte que esta propuesta era más bien una forma de unificar más que de armonizar el derecho penal de la Comunidad ya que significaba la creación de

<sup>645</sup>Crisis debida a la actual tendencia de atribuir parte de las prerrogativas estatales a órganos supraestatales o extra estatales cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, en *Crisi e metamorfosi della sovranità*, dirigido por M. Basciu, Milano, 1996, p. 63 ss.

<sup>646</sup>Cfr. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 dirigido por F. Politi e G. Scaccia, en <http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europea+dei+diritti>.

<sup>647</sup> Luego del Tratado de Amsterdam introducido en el art. 6 par. 2 TUE cuando establece el respecto de los derechos fundamentales garantizados por la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros. Cfr. C. Grandi, *Riserva di legge...*, cit., p. 82 s.; A. BERNARDI, *Principi di diritto e diritto penale europeo*, cit., p. 75 ss.

<sup>648</sup> Cfr. H. LABAYLE, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no 111995, p. 44; GRASSO, *Comunita Europea e diritto penale*, cit., p. 135.

<sup>649</sup> Mediante el proceso de codecisión del art. 189 b del Tratado CEE, cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, cit., p.364; Fantuzzi, *La costruzione dell’Unione europea e il ruolo del Parlamento*, en *Verso la realizzazione della Unione europea*, a cura del Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee dell’Università di Ferrara, Ferrara, 1998, p. 95 ss; Gozi, *Prime riflessioni sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell’Unione*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 326 ss.



un sistema penal supranacional limitado a la protección de los intereses de la Unión<sup>655</sup>. La base jurídica sobre la cual se pretendió adoptar este documento fue el art. 280 TCE pero ello planteó cuestionamientos ya que para algunos la cláusula de reserva de dicha norma hacía imposible su utilización como base legal del *Corpus Juris* y para otros implicaba irremediabilmente una violación del principio de legalidad<sup>656</sup>. Finalmente, este *Corpus Juris* nunca se adoptó, no obstante hubo una segunda una segunda tentativa en el año 2000<sup>657</sup> pero dejó sus huellas en el ámbito de la Unión<sup>658</sup>.

No obstante ello, dicha experiencia no frenó el ímpetu de la Comisión por incorporar el derecho penal al primer pilar y en el año 2001 presentó una propuesta

---

<sup>650</sup> En este orden se propugna la tesis del Tribunal Constitucional Federal Alemán, según la cual en una comunidad de Estados en el ejercicio de las facultades soberanas "la legitimación democrática correspondiente no se podrá establecer de la misma manera que en el seno de un orden estatal (...) regulado en virtud de una constitución de Estado". Cfr. BVerfGE 89, ps. 155-182; BVerfGE 89, ps. 155-182, C.I., 2a) citados por E. BACIGALUPO, principios constitucionales, p. 284; cfr. A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p.364 donde también afirma que la legalidad comunitaria presentaría perfiles diferentes a la legalidad nacional; en este mismo sentido S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 216.

<sup>651</sup> Cfr. M. DELMAS MARTY, *Guest Editorial: Combating Fraud-Necessity, Legitimacy and Feasibility of the Corpus Iureir*, en *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 247 ss.; M. DERLMAS –MARTY, *Towards an Integrated European Legal Studies*, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol 7, 2004-05, p. 17 -31; J SPENCER, *The corpus Juris Project and the Fight against Budgetary Fraud*, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998, p. 77-106; A. BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, cit., p. 283 ss; M. DELMAS-MARTY, J. VERVAELE, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, dirigido por, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, vol. I;

<sup>652</sup> En la inteligencia de que la protección equivalente de los intereses financieros en todos los Estados de la Comunidad requiere no sólo una 'respuesta represiva uniforme', sino también principios uniformes de la responsabilidad penal (como el de la culpabilidad, del error, la tentativa y la participación). Cfr. BACIGALUPO, *Principios Constitucionales de derecho penal*, cit., p. 291 ss.

<sup>653</sup> Se afirma que la nueva concepción del espacio judicial europeo parte de una definición más amplia del problema. La protección de los intereses financieros de la Comunidad no se agota, como se suponía hasta ahora, especialmente en el Convenio PIF, en los fraudes de subvenciones y fiscales. Una protección eficaz requiere también incorporar tipos penales respecto de una correcta administración presupuestaria por parte de los funcionarios de la Comunidad. Cfr. E. BACIGALUPO, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, cit., p 292.

<sup>654</sup> Cfr. J. VERVAELE, *La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea*, en *Revista Penal*, CISS/Praxis, Nro. 9, 2002 En sentido crítico al poder de armonización del Corpus Juris sin que vaya acompañado de una común teoría del delito, cfr. M. VALLEJOS, *Corpus Jusris y proceso penal europeo*, en *Revista de Derecho Penal y procesal penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, fasc. 3, p. 405 ss.

<sup>655</sup> Cfr. G. GRASSO *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, cit., p. 12 ss.

<sup>656</sup> Cfr. M. DELMAS MARTY, T. VERVAELE, *La mise en oeuvre du ColpusJuris dans les Etats membres*, 2000, p, 387 ss; G. GRASSO *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, cit., p. 15 ss.

<sup>657</sup> Cfr. M. DELMAS MARTY, J. VERVAELE, *The Implementation of the Corpus Juris in the Members States*, Ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2000/2001.

<sup>658</sup> No sólo en la legislación del tercer pilar (Convención relativa a los fraudes a la comunidad y sus protocolos) sino también en el próximo Tratado modificadorio (por ejemplo: la figura del Procurador europeo es tomado por el tratado de Lisboa). Cfr. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale armonizzato? Le questini in gioco*, en *Diritto penale contemporaneo*, p. 1 ss.

de Directiva para luchar contra los fraudes a los intereses de la comunidad<sup>659</sup>. Esta directiva buscaba la aproximación de la legislación penal sustancial de los Estados miembros en materia de definición del fraude, la corrupción y el blanqueo que afecten los intereses financieros de la Comunidad, como así también en materia de responsabilidad penal y sanciones penales aplicables. La Comisión argumentó que la normativa adoptada en el tercer pilar había tenido pocos efectos armonizantes, en parte porque fue adoptada en forma de Convención y en parte porque se tardó demasiado tiempo en la ratificación de todos los estados miembros; el primer pilar tenía instrumentos más efectivos para lograr la armonización y existía una base legal para alinear el derecho penal sustantivo de los estados miembros en el art. 280 TCE. Respecto a la cláusula de reserva contemplada en el art. 280 parr 4 se expresó que no era un obstáculo para la adopción de la directiva en cuestión ya que “dicha excepción no se refiere al Derecho penal de modo general y en su totalidad, sino que se refiere exclusivamente a dos aspectos específicos, a saber "la aplicación de la legislación penal nacional" y "la administración de la justicia en los Estados miembros".... Ni la redacción ni el contexto jurídico de dicha disposición se oponen a la adopción de medidas destinadas a fijar determinados criterios objetivos de armonización de carácter penal, siempre y cuando éstas medidas "no se refieran a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia"<sup>660</sup>.

Sin perjuicio de que el Consejo tampoco aceptó adoptar dicha directiva, en el mismo año, la Comisión propuso adoptar una directiva sobre la protección del medio ambiente a través de normas penales<sup>661</sup>. En este caso la base legal se estableció en el artículo 175 TCE<sup>662</sup> y los argumentos de la Comisión se basaron en la poca

---

<sup>659</sup> La transposición de estas disposiciones en la legislación nacional como la persecución y la represión de estas infracciones por las autoridades nacionales son competencia de los Estados miembros. Tal directiva permitiría garantizar finalmente, en cuanto a la legislación penal sustantiva un nivel de protección de los intereses financieros comunitarios equivalente en todos los Estados miembros. A diferencia de las decisiones marco relativas a la armonización del derecho penal, esta directiva no tiene ninguna norma vinculada con la cooperación, extradición, ne bis in idem, transferencia y centralización de las investigaciones, en cuanto idóneas a incidir sobre la administración de justicia, ámbito específicamente excluido por el art. 280, **cf.** Propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, COM (2001) 272 FINAL, Bruselas, 23 de mayo de 2001. Cfr. J CORTENS, *Criminal law in the First Pillar*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 11, 2003, p. 131ss.

<sup>660</sup> Según MITSILEGAS, la Comisión parece haber adoptado la postura de Tiedemann, respecto a que el art. 280 garantiza la aplicación de la ley penal nacional no excluyendo la competencia de la Comunidad a ir más allá de lo establecido por la legislación de los Estados Miembros. Cfr. M. DELMAS-MARTY, VERVAELE, *The Implementation of the Corupus Juris in the Member States*, cit., p. 386.

<sup>661</sup> Propuesta de directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal, COM (2001) 139 FINAL, Bruselas, 13 de noviembre de 2001.

<sup>662</sup> Según lo explicado en el documento de trabajo de la Comisión del 7.02.20014, la Comisión considera que un acervo comunitario sobre el crimen medioambiental puede y debe ser establecido por el Derecho comunitario. Esto es especialmente pertinente en cuanto a la definición de las actividades contaminantes que serán objeto de sanciones penales y también a la obligación general de los Estados miembros de prever dichas sanciones. Esos asuntos son de competencia comunitaria conforme el artículo 175 CE, porque tienden a proteger el medio ambiente. En sus artículos 47 y 29, el Tratado de la UE confiere prioridad clara al Derecho comunitario. Por consiguiente, no hay espacio para un instrumento conforme el artículo 34 del Tratado de UE cfr. exposición de motivos de la propuesta.

efectividad de las legislaciones nacionales para proteger el medio ambiente<sup>663</sup>; en la capacidad del derecho comunitario para requerir a los Estados miembros que establezcan sanciones penales y en la necesidad, en este caso, de recurrir a sanciones penales como únicas sanciones con efecto suficientemente disuasivo (por la desaprobación social que simbolizan, los medios con los que cuentan las investigaciones penales y la garantía de imparcialidad) para asegurar su efectiva y armonizada protección en todos los Estados miembros.

El Consejo rechazó también esta propuesta y la convirtió en una decisión marco<sup>664</sup>. En realidad, se observa que luego de Amsterdam, el Consejo (reacto a aceptar la intervención directa de la Comunidad con instrumentos jurídicos del primer pilar) en reiteradas oportunidades opta por recurrir a la técnica del “doppio testo”<sup>665</sup> para proteger los intereses comunitarios. Recordemos que dicha técnica consistía en la adopción de normas de armonización extrapenal en reglamentos o directivas (donde se establecen las conductas prohibidas) mientras que la obligación de establecer sanciones penales (definiéndolas como delitos y previendo las penas) se establece en una norma del tercer pilar, generalmente, una decisión marco. Según el prof. Picotti, bajo el concurso de fuentes jurídicas, se encuentra siempre un conflicto político institucional entre la Comisión (generalmente apoyada por el Parlamento) y el Consejo (como representante de los Estados)<sup>666</sup>; ello queda claramente expuesto en los dos famosos casos resueltos por el Tribunal de Justicia que trataremos a continuación.

### 3. Impulso del Tribunal de Justicia

En el primer caso, la Comisión de las Comunidades Europeas presenta un recurso ante el Tribunal de Justicia a fin de que anule la Decisión marco 2003/80/JAI relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal<sup>667</sup>. Según la Comisión, con apoyo del Parlamento europeo, dicha decisión marco se había adoptado con fundamento en una errónea base legal ya que su finalidad y contenido correspondían a la competencia de la Comunidad en materia de medio ambiente<sup>668</sup>. En este orden, se afirma que el legislador comunitario es competente para obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales para el supuesto de que se infrinja la normativa comunitaria en materia de protección medioambiental cuando ello constituye un medio necesario para garantizar la efectividad de tal normativa. Según

---

<sup>663</sup> La Comisión expresa “La experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario. No todos los Estados miembros prevén sanciones penales contra las infracciones más graves del Derecho comunitario de protección del medio ambiente. Hay aún muchos casos de grave inobservancia del Derecho comunitario relativo a la protección del medio ambiente que no están sujetos a penas suficientemente disuasorias y efectivas” cfr. Exposición de motivos de la propuesta.

<sup>664</sup> Cfr. OJ L29, 5 de febrero de 2003, p. 55.

<sup>665</sup> Según el prof. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 342 ss.

<sup>666</sup> cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 343

<sup>667</sup> TJUE, sentencia del 13 de septiembre de 2005, c-176/03, *Comision vs. Consejo*, E.C.R. I-7879.

<sup>668</sup> Se habían utilizado los artículos 29, 31 inc. e y 34 apartado 2 del TUE y según la Comisión su correcta base legal se encontraba en los artículos 3 CE, apartado 1, letra 1), y 174 CE a 176 CE

la Comisión, la armonización de las legislaciones penales nacionales, especialmente de los elementos constitutivos de infracciones contra el medio ambiente sancionables penalmente, se concibe como un instrumento al servicio de la política comunitaria en cuestión<sup>669</sup>.

El Consejo, apoyado por varios países miembros, plantea el rechazo del recurso de la Comisión sosteniendo que la Comunidad carecía de dicha competencia ya que no existiendo ninguna atribución expresa de competencia penal no podía admitirse que hubiese sido transferida implícitamente habida cuenta de la importancia del Derecho penal para la soberanía de los Estados miembros<sup>670</sup>. Asimismo, se afirma que la existencia de un título específico para “la cooperación judicial en materia pena” y las cláusulas de salvaguardia de los artículos 135 TCE y 280 TCE, confirmaban su postura en cuanto a que el derecho penal no ingresaba dentro del pilar comunitario<sup>671</sup>.

La Gran sección del Tribunal, decidió anular la decisión marco y aceptar la posibilidad de que la Comunidad legisle en materia penal. Para llegar a tal conclusión afirmó que los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del referido título VI no deben invadir las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuyen a la Comunidad<sup>672</sup>; la protección del medio ambiente constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad y si bien la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni materia de Derecho procesal penal, ello “no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente<sup>673</sup>. Finalmente, en cuanto a las cláusulas de reserva de los artículos 135 CE y 280 CE, apartado 4, sostiene que de ello no puede deducirse que, en el marco de la aplicación de la política medioambiental, deba excluirse toda armonización penal, sobre todo cuando tal armonización sea necesaria para garantizar la efectividad del Derecho comunitario<sup>674</sup>.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia fue, sin lugar a dudas histórica, habiendo aceptado la competencia penal de la Comunidad para adoptar directivas que impongan a los Estados miembros el deber de sancionar penalmente determinadas conductas, toda evaluación discrecional del legislador nacional sobre el mérito y necesidad de pena será limitada y la eventual inercia o inobservancia de las obligaciones de la directiva expondrá al Estado a una precisa responsabilidad sobre el plano comunitario<sup>675</sup>. Como una reminiscencia de los fallos de los años 60’s, se

---

<sup>669</sup> Párrafo 19.

<sup>670</sup> Párrafo 27.

<sup>671</sup> Párrafo 28 y 29.

<sup>672</sup> De acuerdo a lo estipulado en el art. 29 TUE y 47 TCE, párrafo 38 y 39.

<sup>673</sup> Párrafo 48.

<sup>674</sup> Párrafo 52.

<sup>675</sup> F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporto tra diritto comunitario e diritto penale*, *Dir. Pen. Proc.*, nro. 11, 2005, p. cit., p. 1435.

afirma que la “*Court decided to interpret the Treaties creatively in order to expressly establish Community competence to act in criminal matters*”<sup>676</sup>, si los objetivos de la Comunidad se encuentran en juego<sup>677</sup>.

Este fallo provocó gran incertidumbre<sup>678</sup> ya que no había dejado claro si la competencia penal de la UE se encontraba limitada al área de protección del medio ambiente o también si podría extenderse a otros casos donde se verifique la necesidad de alcanzar objetivos primordiales de la Comunidad<sup>679</sup>. En este sentido, el *EU Select Committee de la House of Lords* del Reino Unido emitió dos *Reports*<sup>680</sup>, donde realiza un equilibrado análisis de las implicancias de las sentencias del Tribunal<sup>681</sup> y expresa “*Until September 2005 it was commonly understood that the Treaty establishing the European Community (the EC Treaty or TEC) conferred no power to define criminal offences or prescribe criminal sanctions. The extent of the European Union’s legislative competence in relation to criminal law and procedure was generally considered to be limited to Title VI... of the Treaty on European Union (TEU). That Member States, or at least a majority of them, had seemingly been laboring under a misapprehension as to what they had agreed in the Treaties, and on what basis they had recently settled the text of the Constitutional Treaty, was*

---

<sup>676</sup> V. MITSILEGAS, cit., p. 72.

<sup>677</sup> Esta forma de razonar ha sido criticada teniendo en cuenta la exclusión hecha en los art. 135 y 280 TCE de adoptar normas de derecho penal y el expreso otorgamiento de derecho penal en el ámbito del tercer pilar. Es crítico al respecto, por ejemplo, Richard Plender frente a la House of Lords, ver House of Lords, European Union Committee, 42nd Report with Evidence of Session 2005/2006, *The Criminal Law Competence of the European Community*, HL paper 227.

<sup>678</sup> Sobre el análisis de este fallo cf. V. MITSILEGAS, *written evidence* ante la House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit.; V. MITSILEGAS, *The Transformation of Criminal Law in the 'Area of Freedom, Security and Justice'* transformation, cit., p. 2 a 5; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, en *European Law Review*, 2006, 31, p. 81; M. HEDEMANN-ROBINSON, *The EU and environmental crime: the impact of the ECJ's judgment on Framework Decision 2005/667 on ship-source pollution*, en *Journal of Environmental Law*, 2008, 20(2), p. 279-292; D. CHALMERS, *The Court of justice and the third pillar*, cit., 773 s; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 70 ss; S. PEERS, *The European Community 's Criminal Law Competence: The plot thickens*, en *European Law Review*, 2008, 33, p. 399; H. LABAYLE, *L'ouverture de la jarred de Pandore, réflexions sur la competence de la Communauté en matière pénale*, en *Cah. Dr. eur.*, 2006, p. 379 ss; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., p. 1433 ss.; S. MANACORDA, *judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, en *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 947; SIKACUSA, *Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive. La pronuncia della Corte di Giustizia in materia ambientale*, en *Dir. pen. proc.*, 2006; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit. p. 265; R. SICURELLA, *Diritto penale delle comunità*, cit., p. 118 ss.

<sup>679</sup> Cfr. H. LABAYLE, “*Architecte ou spectatrice? La Cour de justice et l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, *Revue trimestrielle du droit européen*, vol. 42, 2006, p. 63. El prof. PEERS, por ejemplo afirma que con seguridad la competencia de la Comunidad en derecho penal se extiende a otras áreas del derecho comunitario como ser el mercado interno (Artículo 95 TEC) e inmigración ilegal (Artículo 63 TEC) cfr. evidence de S. PEERS en House of Lords, Report 42. Q52.

<sup>680</sup> House of Lords, European Union Committee, 42nd Report with Evidence of Session 2006/2007, *The Criminal Law Competence of the European Community* y 11th Report of Session 2006/2007, *The Criminal Law Competence of the EC: follow-up Report*.

<sup>681</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La Competenza Penale Europea Secondo la House of Lords*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2007, p. 196 a 212; ver traducción efectuada por M. VENTUROLI, 42nd Report (2005-2006), House of Lords, *La Competenza penale dell'Unione Europea*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2007, p. 213 a 268.

*revealed when, on 13 September 2005, the European Court of Justice (the Court) handed down its judgment in Case C-176/03 Commission v Council*<sup>682</sup>.

En el ámbito de la Unión no había acuerdo entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión sobre la interpretación que debía darse a esta cuestión. Mientras el Parlamento entendía que la competencia comunitaria en material penal no se encontraría limitada a la protección del medio ambiente y que podría ser extendida a otros ámbitos previo realizar el análisis de cada caso en particular, el Consejo argumentaba que la competencia penal de la Comunidad se limitaba sólo al ámbito del derecho ambiental<sup>683</sup>. Por su parte, la Comisión, realizaba una interpretación más amplia de la sentencia y sostiene que el derecho penal podría ser utilizado en otros ámbitos comunitarios donde se constatare la necesidad de luchar contra serios defectos en la implementación de las políticas de la Comunidad. En este orden, primero, realiza un listado de las decisiones marco que a su entender habían sido, en parte o en todo, adoptadas sobre una errónea base legal y propone corregirlas fácilmente transformándolas en directivas<sup>684</sup>; luego, propone traspasar la materia del tercer pilar al primer pilar mediante la aplicación del artículo 42 TUE (la cláusula *pasarrelle*) sobre la base argumentos vinculados con la necesidad de democratizar y dar eficacia al tercer pilar<sup>685</sup>. Los Estados no aceptaron ninguna de estas propuestas de la Comisión<sup>686</sup> y prefirieron realizar el análisis de cada caso en particular a partir de las futuras propuestas legislativas de la Comisión.

Antes de que se resuelva el primer caso, se adopta la Decisión marco 2005/667/JAI mediante la cual se establece la obligación de establecer sanciones penales comunes para luchar contra la contaminación procedente de buques y causada de manera deliberada o por negligencia grave. Esta Decisión marco completaba la Directiva relativa a la contaminación procedente de buques donde se establecía la obligación de disponer sanciones adecuadas, proporcionadas y

---

<sup>682</sup> House of Lords, European Union Committee, 42nd Report with Evidence of Session 2005/2006, cit., párrafo 3. Sobre esta cuestión, la House of Lords sostiene que si bien el mismo Tribunal de Justicia habría considerado a la competencia de la Comunidad en el área del derecho penal como excepcional del análisis de la sentencia en cuestión no era posible afirmar que su competencia penal se encontrase limitada a sólo ese sector comunitario.

<sup>683</sup> European Parliament Resolution on the consequences of the judgment of the court of 13 september 2005.

<sup>684</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo) Bruselas, 23.11.2005 COM(2005) 583 final. Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei, in Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale, dirigido por G. GRASSO- R. SICURELLA*, Giuffrè, Milano, 2008, p.323 ss.

<sup>685</sup> Cfr. *Communication from the Commission to the European Council. A Citizens' Agenda: Delivering Results for Europe*, COM (2006) 21 1 final (10 May 2006); *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (Case C 176/03 Commission v. Council) P COM/2005/0583 final*"; Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (C-176/03 Commissione/ Consiglio (2006/2007 (INI))*; Council Of The European Union, Brussels, *Procedural consequences of the judgement of the Court of Justice in case C-176/03*, 16 February 2006, 6466/06, No. prev. doc.: 6053/06 JAI. (190).

<sup>686</sup> Cfr. EU plan to fight terror in Tatters", Financial Times (23-24 September 2006) , ver cita de pag. 80

disuasivas con el objetivo de reforzar la seguridad marítima mediante la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros<sup>687</sup>.

En septiembre de 2005 se resuelve el caso mencionado anteriormente, y sobre la base de lo allí dispuesto, la Comisión plantea un recurso de anulación de la Decisión marco en cuestión, también, por haberse utilizado una errónea base legal<sup>688</sup>. En este segundo caso el Tribunal, también, hace lugar a lo requerido por la Comisión y utilizándolos mismos argumentos que en el fallo precedente acepta la competencia de la Comunidad para adoptar directivas penales en otras materias como la política común de transporte ya que mediante ésta se buscaba proteger el medio ambiente, como uno de los fines esenciales de la Comunidad<sup>689</sup>. Pero, por su parte, da razón al Consejo y deja sin anular los artículos de la decisión marco referidos al tipo y gravedad de la sanción penal ya que entiende que esta materia excedía la competencia de la Comunidad<sup>690</sup>.

De esta manera el Tribunal limita la competencia “implícita” en materia penal, reconocida en su anterior pronunciamiento, permitiendo la existencia del “*doppio testo*” en cuanto a las sanciones. A partir de ese momento las normas del tercer pilar establecerán el tipo de sanción que los Estados deberán introducir en su legislación nacional mientras que las normas del primer pilar describirán las conductas a sancionar penalmente<sup>691</sup>. Se observa que mediante este fallo el Tribunal da algunas precisiones sobre la competencia penal en el primer pilar, evitando darle un cheque en blanco a la Unión para la adopción de cualquier tipo de medida penal en el ámbito de este pilar. Si bien acepta la competencia penal de la Comunidad en una nueva materia, lo justifica por su fuerte vinculación con la protección del medio ambiente, objetivo esencial de la Comunidad, pero sigue dejando en manos de los Estados partes la elección de la pena a aplicar.

Se ha criticado esta sentencia desde el punto de vista técnico y también desde el punto de vista lógico. En el primer sentido, porque al obligar a los Estados a imponer sanciones disuasivas, eficaces y proporcionadas se continúa utilizando una frase demasiado elástica que no sería beneficiosa para la armonización de las legislaciones penales; en el segundo sentido, porque es difícil de concebir una competencia legislativa en materia penal que se exprese sólo en la formulación del precepto y nada pueda disponer respecto de la sanción que constituye el elemento

---

<sup>687</sup> Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, DO L 255, p. 11

<sup>688</sup> Cfr. TJUE, sentencia del 23 de octubre del 2007, c-440/05, *Comission vs. Consejo*. Según la Comisión la base legal correcta era el art. 80 CE apartado 2 ya que la protección del medio ambiente, que constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, deben, según el artículo 6 CE, «integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad», tal protección ha de considerarse un objetivo que también forma parte de la política común de transportes.

<sup>689</sup> Según el Tribunal en el caso de la Decisión marco 2005/667 se observa de su exposición de motivos que tiene como finalidad mejorar la seguridad marítima al mismo tiempo que reforzar la protección del medio ambiente marino frente a la contaminación procedente de los buques.

<sup>690</sup> Párrafo 70, 71 y 72.

<sup>691</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 327.

esencial del ilícito penal<sup>692</sup>. Por otra parte, se sostiene que en la sentencia se utiliza al derecho penal como un medio para conseguir un fin comunitario<sup>693</sup> y que este reconocimiento por medio de la vía jurisprudencial lesionaría el principio de legalidad ya que no sólo no ha sido expresamente previsto en los Tratados sino porque además privaría al legislador nacional de evaluar los presupuestos políticos-criminales de la normativa penal nacional<sup>694</sup>.

## 5. Directivas penales

Como consecuencia de dichos pronunciamientos y previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se aprobaron cuatro directivas que contenían normas tendientes a la armonización de las legislaciones penales: la Directiva 2009/123/CE sobre contaminación de buques que modifica la Directiva 2005/35/CE, la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, la Directiva 2009/48/CE relativa a la seguridad de los juguetes y la Directiva 2009/52/CE referida a sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Estas directivas son expresivas de lo que luego será la competencia penal accesoria de la Unión prevista en el artículo 83 inc. 2 TFUE<sup>695</sup>; buscan garantizar el efecto útil de la normativa comunitaria y evitar que algunos países se conviertan en paraísos criminales capaces de volver ineficaz la actividad de prevención penal desarrollada por los otros países miembros. Continúan a utilizar la técnica del “*doppio testo*” ya que definen los delitos pero la sanción a establecerse se deja en manos del tercer pilar<sup>696</sup>.

De la lectura de los primeros dos instrumentos se advierte que en éstos, de manera similar a las decisiones marco, describen una serie de conductas que deberán ser establecidas como delitos por los Estados miembros, la obligación de sancionar penalmente la participación e instigación con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas (de conformidad con lo establecido por el fallo del Tribunal de Justicia), y la obligación de responsabilizar también a las personas jurídicas que tomen intervención. Por su parte de la lectura de las directivas mencionadas en último término, se advierte que en el marco de una extensa regulación de las materias

---

<sup>692</sup> L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, cit., p. 349, en el mismo sentido en cuanto a la incoherencia de que no pueda disponerse nada respecto de las sanciones en el primer pilar cfr. V. MITSILEGAS, cit., p. 74. WASMEIER, Thwaites, argumentan que la competencia para definir el tipo y escala de la sanción podría ingresar dentro de las competencias implícitas de la Comunidad, cfr. M. WASMEIER, N. Thwaites, *The battle of the pillars: Does the European Community have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 634.

<sup>693</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal law*, cit., p. 84 ss.

<sup>694</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2009, p. 70.

<sup>695</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Competenza penale accessoria dell’Unione europea, problemi e prospettive, diritto penal contemporaneo*, p. 3 [https://www.giurisprudenza.unisalento.it/c/document\\_library/get\\_file?folderId=4474738&name=DLFE-122505.pdf](https://www.giurisprudenza.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=4474738&name=DLFE-122505.pdf)

<sup>696</sup> L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisboa*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisboa*, cit., p. 216 ss.



abarcadas por cada una de ellas se incluye en un apartado el deber de sancionar penalmente ciertas violación a lo dispuesto. En todas las directivas se establece un término de aproximadamente dos año dentro del cual se deberán adoptar los actos legislativos y administrativos necesarios para conformar el sistema jurídico interno a lo dispuesto por la directiva y luego informar sobre ello a la Comisión para que pueda evaluar los efectos de las directivas en cuestión.



## CAPITULO IV: DERECHO PENAL DE LA UNIÓN EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

### I. Pilar Único

#### 1. Constitución Europea

En el año 2004 se firma el Tratado que adopta una Constitución para Europa<sup>697</sup> mediante el cual se pretendía sustituir los precedentes Tratados constitutivos de la Comunidad y de la Unión Europea. Si bien éste no se configuraba como una verdadera Constitución, otorgando plena soberanía de la Unión, establecía una nueva organización para ésta ya sea en su ámbito interno como en el escenario internacional. Este tratado se proponía hacer más dinámico el proceso decisional, acercar la Unión a los ciudadanos y lograr que ésta se exprese con una única voz en el ámbito internacional<sup>698</sup>.

Entre las mayores novedades que traía el Tratado Constitucional se destaca la declaración del fin del sistema de los tres pilares introducido por el Tratado de Maastricht y la unificación de los actos normativos a adoptar en todos los campos de competencia UE<sup>699</sup>. Ello significaba la ampliación de los poderes de la Comisión, el Parlamento y los Parlamentos nacionales en el proceso elaboración de las normas jurídicas de la Unión, el abandono en gran parte del derecho a veto a favor del sistema de votación por mayoría cualificada en el Consejo y una extensión de la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión; asimismo, implicaba la desaparición de las Convenciones y las Decisiones marco como así también la reforma de la disciplina de los reglamentos y las directivas, que pasaban a llamarse leyes europeas y leyes marco europeas.

Se prevé, además, una competencia penal sectorial destinada a introducir imponentes procesos de armonización penal en el interior de los países miembros<sup>700</sup> y se da un definitivo impulso a Eurojust mediante la posibilidad de crear una Fiscalía Europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, a la cual se le podía ampliar sus competencias para luchar contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza<sup>701</sup>. A partir de ello se

<sup>697</sup> Firmado en Roma del 29 de octubre del 2004.

<sup>698</sup> El primer objetivo se vincula con el aumento de miembros que experimenta a partir del año 2004; el segundo se vincula con el primer referéndum negativo del Tratado de Niza que se produce en Irlanda, mediante el cual se hace notar el poco consenso que la Unión tenía en la sociedad y el tercero se relaciona con las diferentes posiciones que se tomaron en el ámbito europeo, luego de los eventos del 11 de septiembre en EEUU, respecto a la necesidad o no de apoyar las medidas adoptadas por EEUU en el medio oriente, cfr. I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 195 ss.

<sup>699</sup> A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, p. 1178.

<sup>700</sup> De manera similar a como el Tribunal de Justicia había auspiciado previamente mediante su jurisprudencia.

<sup>701</sup> La institución de una Fiscalía Europea conlleva a que varios autores entendieran que de manera implícita se estaba reconociendo la competencia de la Unión para crear en el sector de los intereses financieros delitos no sólo mediante una ley marco europea sino también a través de una ley europea,

afirmaba “con il varo della nuova Carta l'epoca pionieristica dell'uropeizzazione del diritto criminale potrà davvero dirsi finita, e definitivamente cominciata quella del "diritto penale dell'Unione"<sup>702</sup>. Todo ello se produce en un contexto con características similares a un proceso constitucional ya que se recoge dentro del Tratado, dándole valor vinculante, a la Carta de derechos fundamentales<sup>703</sup>.

El inicial entusiasmo por la adopción del Tratado constitucional<sup>704</sup>, luego del referéndum negativo de Holanda y Francia y consecuentemente la falta de ratificación de dichos países, dio lugar a visiones gravemente pesimistas acerca de la posibilidad de que pudiese llevarse a cabo una posterior evolución del proceso de integración europeo; así se afirma “It closed with perhaps the biggest crisis in its history, leaving the European Union (EU) at a crossroads”<sup>705</sup>. Luego del fracaso del proyecto constitucional se habla al unísono de una fuerte crisis en Europa y se transita un periodo de grandes incertezas, donde se proponen diferentes soluciones para recuperar la confianza de los ciudadanos en la Unión.

Las propuestas se basan en dos modelos diferentes de Europa: “l'Europe delle politiche” y “l'Europea degli istituti”. El primero abogaba por emprender una Europa más activa en los hechos para que efectivamente solucionara los problemas de los ciudadanos europeos, mientras el segundo propugnaba una modificación del sistema institucional para poder avanzar en el proceso de integración. El Consejo de la Unión opta por desarrollar ambos modelos de manera conjunta pero desde el 2005 hasta el 2007 no logra obtener grandes resultados<sup>706</sup>, sólo “un coraggioso ( a tratti insperato) accordo politico è stato in grado di sbloccare” superando las resistencias de algunos Estados y consintiendo a la confirmación de innovaciones más significativas que el Tratado constitucional<sup>707</sup>.

---

cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, en *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 8 ss; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, en L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000, Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, Cedam, 2004, p. 85 ss; S. MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional*, en *Criminalia*, 2004, p. 208 ss; S. RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea, Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, en *Relazione (corredata di essenziali note) al Congresso nazionale straordinario dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati "Spazio giuridico Europeo. Dai principi costituzionali europei all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali"*, Venezia, 14-16 novembre 2003.

<sup>702</sup> A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 12.

<sup>703</sup> Sobre las modificaciones propuestas por el Tratado constitucional, sobre todo, en el ámbito penal cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, cit., 2004, p. 7 ss; G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milnao, 2006, p. 381 ss.

<sup>704</sup> Debido al fuerte impulse que había tenido ya desde el 2001 en Niza, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2008, p. 17 ss.

<sup>705</sup> I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 201.

<sup>706</sup> Cfr. G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2007, I, p. 8 ss.

<sup>707</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, en *L'evoluzione del diritto penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 3 s.

## 2. Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa se firma en el 13 de diciembre de 2007 y entra en vigor el 1 de diciembre de 2009, después de que se fuera necesario un segundo referéndum en Irlanda y se hayan evidenciado algunas resistencias a su ratificación en República Checa y Polonia<sup>708</sup>. Si bien este Tratado ha atenuado intencionalmente las “formas constitucionales” del Tratado anterior<sup>709</sup> ha mantenido, sin embargo, casi invariable su contenido<sup>710</sup>.

A continuación, siendo que éste es el sistema vigente en la actualidad se procederá a describir con un mayor grado de detalle que en los capítulos anteriores la conformación del marco institucional y sistema jurídico de la Unión en la actualidad. De este modo, y abarcando sólo las reformas relevantes a los fines de este trabajo, se logra una cabal comprensión del grado de avance al que ha arribado la Unión y en definitiva, las cuestiones que se plantean respecto a los instrumentos de carácter penal.

### A) Marco institucional

Con el Tratado de Lisboa la Comunidad Europea queda sustituida por la Unión Europea (UE) y las instituciones antes “Comunitarias” pasan ahora a llamarse de la “Unión”. Además, la UE adquiere la personalidad jurídica que hasta ahora estaba reservada a la Comunidad y en lo sucesivo contará con poder para firmar tratados en los ámbitos de su competencia. Se afirma que en el ámbito institucional es donde el Tratado efectúa los cambios más relevantes<sup>711</sup>.

La pluralidad de competencias y poderes que progresivamente ha ido adquiriendo la Unión se refleja en la creciente complejidad de su sistema institucional y en las diferentes formas de representación que se verifican en su interior<sup>712</sup>. Atento la incorporación que hace el Tratado de Lisboa del Consejo Europeo como una nueva institución de la Unión, ahora son dos los órganos de composición intergubernamental que representan jerárquicamente a los gobiernos en la Unión: en un órgano se reúnen los jefes de estado o gobierno y en otro sus ministros. Por otro lado, se han mantenido los órganos compuestos por sujetos elegidos a título personal y que tienen el deber de actuar en forma independiente al Estado que pertenecen, como es el caso de la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de

<sup>708</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 17 ss.

<sup>709</sup> Se quieron las cuestiones más controvertidas desde un punto de vista simbólico como ser la palabra constitucional para el tratado y ley para sus instrumentos jurídicos, la bandera de la unión, la figura del ministro del exterior, etc. cfr I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 212 ss..

<sup>710</sup> Sobre la persistencia en el Tratado de Lisboa de la “sustancia constitucional” que caracterizaba el Tratado Constitucional para Europa concuerda la mayor parte de los autores, por ejemplo F. BASSANINI, G. TIBERI, F. CLEMENTI, G. TOSATO, C. PINELLI publicados en *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, dirigido por F. BASSANINI, G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2008.

<sup>711</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 18 ss. Mediante el marco institucional se busca promover los valores y objetivos de la Unión Europea, servir a los intereses de los ciudadano y estados miembros como así también a garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones art. 13, par. 1, inc 2 TUE.

<sup>712</sup>R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 52.

Justicia, etc. como así también los órganos conformados por representantes de diversos sectores nacionales, como ser el Comité de Regiones, el Comité Económico y Social, el Banco Central, etc..

En el esquema delineado por el Tratado se observa que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, siguen siendo ejercidas por más de una institución y no existe una tajante separación de los poderes. En efecto, el poder legislativo de la Unión se encuentra compartido por tres de las instituciones principales (el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea), el poder ejecutivo de la Unión, viene ejercitado en sus diversas acepciones por el Consejo y la Comisión y el poder judicial se encuentra organizado hoy en día en diversas instancias y grados de jurisdicción. Por su parte, en el ejercicio de dichas funciones, participan activamente órganos nacionales, como es el caso de los Parlamentos nacionales y regionales en el proceso legislativo y los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación e interpretación del derecho UE.

Se establece que el funcionamiento de la Unión se basará en el sistema de democracia representativa<sup>713</sup>, se otorga mayor poder de participación al Parlamento europeo y a los Parlamentos nacionales<sup>714</sup> en el proceso normativo UE y se convoca a estos últimos para contribuir activamente en el buen funcionamiento de Unión<sup>715</sup>. En función de ello, el Tratado establece que se les debe informar sobre ciertas decisiones políticas, tienen intervención ante la solicitud de adhesión de terceros Estados; participan en el procedimiento de revisión de los Tratados; cooperan con el Parlamento Europeo; cuentan con poder para bloquear cierto tipo de decisiones<sup>716</sup>; velan por el respeto del principio de subsidiariedad<sup>717</sup> y tienen una importante participación en el ámbito penal de la Unión<sup>718</sup>.

Se afirma que la activa intervención dada a los Parlamentos Nacionales, además de permitir a los Estados expresarse por un medio de diferente a los representantes de su gobierno, tiene como propósito “*compensare il progressivo passaggio di sovranità e di competenze dagli Stati alle istituzioni mediante la rivitalizzazione dei rapporti tra queste ultime e gli organi rappresentativi interni*”<sup>719</sup>.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 13 del TUE las principales instituciones de la Unión son siete<sup>720</sup>:

<sup>713</sup> Cfr. art. 10 TUE y art. 2 TUE aparece la democracia como uno de los valores de la Unión.

<sup>714</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 58.

<sup>715</sup> Artículo 12 TUE.

<sup>716</sup> Como por ejemplo las relativas al segundo párrafo del art. 81 TFUE en materia de cooperación civil y las modificaciones a las que se opongan en el procedimiento simplificado de revisión de los Tratados.

<sup>717</sup> Cfr. Protocolo nro. 1 y nro. 2 del Tratado.

<sup>718</sup> D. CHALMERS, G. MONTI, *European Union Law updating supplement*, Cambridge University press, RU, 2008, p. 42 ss.

<sup>719</sup> Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 108.

<sup>720</sup> Sin embargo, la redacción dada al artículo permite ampliar el número de órganos e incluir dentro de su marco institucional a todas las instituciones y órganos que con el paso del tiempo se han ido incorporando. El aparato orgánico de la Unión se ha ido extendiendo y articulando, mediante la multiplicación de diversos órganos de diferente nivel y funciones, nacidos no sólo de las disposiciones de los Tratados sino también de la decisión autónoma de las mismas instituciones de la Unión que actúan dentro de los límites de las atribuciones conferidas por ambos Tratados, según los

## a. Parlamento Europeo

Es el único órgano que es elegido por sufragio directo de los ciudadanos, por lo tanto, es expresivo del principio democrático<sup>721</sup>. Está compuesto por 766 representantes de los pueblos de los Estados miembros, elegidos por un periodo de cinco años. El número de representantes con los que cada país cuenta es proporcional a su población (ningún país puede tener menos de 6 ni más de 96 diputados). Tiene la obligación de reunirse en una sesión ordinaria anual y puede reunirse en sesiones extraordinarias por pedido de la mayoría de sus miembros, del Consejo o de la Comisión<sup>722</sup>. Los diputados del Parlamento se distribuyen en varias Comisiones y delegaciones especializadas, agrupándose por afinidades políticas y no por nacionalidades. Las deliberaciones en el Parlamento se adoptan, salvo que sea previsto lo contrario, por mayoría simple y el quórum se alcanza con un tercio de los miembros presentes<sup>723</sup>.

Ejercita con el Consejo la función presupuestaria<sup>724</sup> y legislativa<sup>725</sup>. En cuanto a esta última cabe afirmar que el Parlamento participa de diferentes formas en la elaboración de los actos normativos de la Unión<sup>726</sup> pero cuando se lleva a cabo el procedimiento legislativo ordinario su aprobación de los textos se ha vuelto indispensable. De esta manera, habiéndose extendido dicho procedimiento a un mayor número de áreas, se ha brindado al Parlamento europeo mayores poderes para influir en el contenido de la legislación UE.

Asimismo, el Parlamento realiza un control democrático respecto a la labor desarrollada por otros órganos de la Unión, como es el caso de la Comisión quien es responsable políticamente ante éste<sup>727</sup>. En este orden, examina las peticiones de los

---

procedimientos, condiciones y finalidades previstas, con leal cooperación entre ellas mismas. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappicchelli, Torino, 2010, p. 51 ss.

<sup>721</sup> Según TJUE, Sentencia del 29 de octubre de 1980, causa nro. 138/79, *Roquette Freres*, y causa 139/79, *Maizena*: la participación del parlamento europeo en el proceso decisional constituye la expresión del fundamental principio de democracia, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder mediante una asamblea de representantes.

<sup>722</sup> La labor del Parlamento Europeo se desarrolla en tres sedes: Bruselas (Bélgica), Luxemburgo y Estrasburgo (Francia). A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 79.

<sup>723</sup> Pero, según lo previsto en el reglamento del parlamento, las deliberaciones son válidas no obstante no se alcance al quórum salvo que expresamente se haya previsto la necesidad de un número mínimo de representantes parlamentarios por ejemplo, en materia de admisibilidad de un nuevo estado miembro art. 49 TUE, procedimiento simplificado de revisión de tratados, art. 48 TUE, moción de censura de la Comisión, violación de un estado de los valores establecidos por el art 2, ver art. 354.

<sup>724</sup> El art. 14 TUE establece que el Parlamento comparte el poder presupuestario con el Consejo y tiene la última palabra en lo que se refiere a los gastos no obligatorios. Da el visto bueno definitivo al presupuesto, controla su ejecución y aprueba su gestión.

<sup>725</sup> Cfr. art. 14 TUE y 223 a 234 TFUE. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 80 a 86; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 76 ss; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, London, 2011, p. 452 ss.

<sup>726</sup> Puede emitir dictámenes no obligatorios (procedimiento de consulta), por ejemplo, en el sector de la política externa y de seguridad común.

<sup>727</sup> El Parlamento supervisa la labor de la Comisión y de las demás instituciones mediante el examen de los informes que ésta elabora anualmente. El nombramiento del presidente y de los miembros de la Comisión está sujeto a la aprobación previa del Parlamento Europeo, quien puede obligar a dimitir a la Comisión en pleno durante su mandato, si aprueba una moción de censura sobre la gestión de la Comisión, cfr. Art. 234 TFUE.

ciudadanos o personas jurídicas y puede crear comisiones de investigación temporales, para verificar alegaciones de infracción o de aplicación errónea de la legislación comunitaria por parte de las instituciones de la Unión<sup>728</sup>.

### **b. Consejo de la Unión Europea**

Es el órgano de los Estados porque está compuesto por un representante de cada Estado a nivel ministerial, habilitado para obligarlo mediante el ejercicio del derecho a voto<sup>729</sup>. No hay miembros como tales, en cada reunión del Consejo, los países miembros envían al representante del gobierno responsable del área en cuestión (relaciones exteriores, finanzas, asuntos sociales, transportes, agricultura, etc.)<sup>730</sup>.

El artículo 16 del TUE expresa que el Consejo delibera por mayoría cualificada<sup>731</sup>, salvo que el Tratado disponga lo contrario. El tratado de Lisboa amplía una vez más, conforme la tendencia constatada en Amsterdam y Niza, los ámbitos de aplicación de la mayoría cualificada en el entendimiento de que el aumento de la cantidad de miembros hace más difícil alcanzar la unanimidad y los riesgos de bloqueo son cada vez mayores<sup>732</sup>. Los Estados disponen de un número de votos en función de su población<sup>733</sup> pero los números están ponderados en favor de los países con menor población<sup>734</sup>. A partir de 2014, se prevé la introducción del sistema conocido como "doble mayoría", es decir, para que una propuesta se apruebe, necesitará el apoyo de dos tipos de mayoría, 55 % de países miembros (por lo menos 15) que representan el 65 % de la población total de la Unión Europea como mínimo. El Tratado de Lisboa también establece una minoría de bloqueo

---

<sup>728</sup> También nombra Defensor del Pueblo europeo, órgano competente para examinar, bajo petición, casos de mala administración por parte de las instituciones u órganos de la Unión, cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 77 y 80.

<sup>729</sup> Art. 16 TUE.

<sup>730</sup> Sobre la composición y funciones del Consejo, cfr. arts. 16 y 237 a 243 TFUE. Asimismo, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 69 ss; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., 486 ss. Esto no significa de que en las reuniones de un consejo determinado no puedan adoptarse medidas referentes a otras materias. El trabajo del Consejo lo prepara un comité de representantes permanentes de los Estados miembros (Coreper) que, a su vez, cuenta con la ayuda de varios grupos de trabajo compuestos por funcionarios de las administraciones nacionales. Este comité asegura la coherencia de los trabajos de las varias formaciones de las instituciones en cuestión. Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 63.

<sup>731</sup> Hasta el 1 de noviembre de 2014 la mayoría calificada se alcanza cuando se reúnen 255 votos (de los 345 votos posibles) de al menos 14 Estados miembros. Un país miembro puede solicitar que se compruebe si la mayoría representa como mínimo al 62% de la población total. De no ser así, la propuesta no puede adoptarse.

<sup>732</sup> El Tratado de Lisboa amplía la votación por mayoría cualificada a varias disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE): de manera directa, precisando los casos en los que el Consejo Europeo o el Consejo decide por mayoría cualificada; de manera indirecta, ampliando el procedimiento legislativo ordinario a nuevos ámbitos. Cfr. ([http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0015\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0015_es.htm)).

<sup>733</sup> Alemania, Francia, Italia y Reino Unido: 29 votos; España y Polonia: 27; Rumanía: 14; Países Bajos: 13; Bélgica, República Checa, Grecia, Hungría y Portugal: 12; Austria, Bulgaria y Suecia: 10; Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Finlandia: 7; Chipre, Estonia, Letonia, Luxemburgo y Eslovenia: 4; Malta: 3 (TOTAL: 345)

<sup>734</sup> Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 76.



compuesta por al menos cuatro Estados miembros representantes de más del 35% de la población de la UE<sup>735</sup>.

En este punto, cabe advertir que el Tratado dispone de cláusulas de flexibilización al sistema de votación establecido como regla. Por un lado, hasta el 31 de marzo de 2017, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan solicitar que el Consejo adopte una determinada decisión con el sistema de votación previo a la doble mayoría<sup>736</sup>. Por otro lado, los Estados miembros podrán solicitar que se aplique el “compromiso de Ioánina”<sup>737</sup>, el cual permite que un grupo de Estados miembros se oponga a un texto, aunque no sea suficiente para constituir una minoría de bloqueo, y que el Consejo deba buscar una solución satisfactoria, para responder a las preocupaciones suscitadas.

Las materias vinculadas con la deliberación por unanimidad han sido muy reducidas y se vinculan con asuntos exteriores, seguridad o impuestos<sup>738</sup>. En estos casos un sólo Estado se puede vetar la decisión con su oposición pero la sola abstención, no obsta a que igualmente se alcance la unanimidad requerida para ciertas medidas ni torna estas inaplicables en el Estado que se abstuvo (238, par. 4, TFUE). En el ámbito del PESC, cuando se delibera a la unanimidad puede aplicarse la “abstención constructiva”<sup>739</sup>, la cual implica que si un Estado acompaña su abstención con una declaración formal (en el sentido del art. 31, par. 1, 2 TUE) de no querer verse vinculado por la decisión del Consejo, la medida que se adopte no lo vinculará

Por el Consejo, pasan sustancialmente todas las decisiones formales sobre las cuales se mueve la vida institucional y la acción cotidiana de la Unión<sup>740</sup>. Si bien se han ampliado las competencias del Parlamento Europeo en el ámbito legislativo, el Consejo sigue siendo el centro de gravedad de los procesos decisorios de la Unión dado que no hay actos donde su intervención no sea necesaria, sea en el momento de la adopción final o de la aprobación previa de la decisión a tomar por otra institución<sup>741</sup>.

Las responsabilidades fundamentales del Consejo son: 1) aprobar la legislación comunitaria; 2) coordinar las políticas económicas generales de los Estados miembros; 3) celebrar, en nombre de la Comunidad Europea, acuerdos internacionales entre la Comunidad y uno o varios Estados u organizaciones internacionales; 4) elaborar el presupuesto de la Unión Europea en colaboración con el Parlamento Europeo; 5) definir la política exterior y de seguridad común

---

<sup>735</sup> Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 64 s.

<sup>736</sup> Cfr. el parr. 2 del art 3 del Protocolo 36.

<sup>737</sup> Consagrado por el Tratado de Lisboa, en la Declaración nº 7.

<sup>738</sup> La unanimidad “*ha visto progressivamente ridursi...il proprio ambito di applicazione in connessione con l'aumento degli Stati membri, e resta ora confinata alle sole decisioni politicamente più sensibili*”, Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 75

<sup>739</sup> art. 238, par. 4 TFUE

<sup>740</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 69

<sup>741</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 175

conforme a las directivas del Consejo Europeo; 6) coordinar la cooperación entre las instancias judiciales y las fuerzas policiales nacionales en materia penal<sup>742</sup>.

### **c. Comisión Europea**

Representa y defiende los intereses del conjunto de la UE. Cuenta con 28 miembros (uno por cada Estado) elegidos por sus competencias generales y por ofrecer garantías de independencia. Los individuos que la conforman si bien son propuestos por los Gobiernos de cada estado, no pueden recibir instrucciones de éstos o sus instituciones<sup>743</sup>. El Presidente atribuye a cada Comisario competencias en ámbitos de actuación específicos<sup>744</sup>.

La Comisión desarrolla un papel esencial en la actividad normativa de la Unión. Dispone prácticamente del monopolio de la iniciativa legislativa ya que es responsable de la elaboración de propuestas de nuevos actos legislativos, que somete al Parlamento y al Consejo<sup>745</sup> y, además, participa activamente en las sucesivas etapas de los procedimientos legislativos. Puede adoptar actos normativos propios y si bien éstos se encontrarían limitados por los Tratados a pocos casos, en la práctica su esfera de actuación se ve ampliada por el frecuente recurso que el Consejo y el Parlamento hacen de la facultad de delegar en la Comisión la adopción de medidas generales que integran o ejecutan los actos legislativos emitidos por aquellos<sup>746</sup>.

Si bien los Estados miembros son responsables de garantizar la oportuna y exacta transposición de las directivas, así como la correcta aplicación y ejecución de la totalidad del derecho de la Unión, la Comisión debe supervisar los esfuerzos de los Estados miembros con ese fin y asegurarse de que su legislación se ajusta al Derecho de la UE. Se afirma que es “el guardián de los Tratados” ya que vela por que el derecho comunitario sea respetado por los particulares, los Estados miembros y las instituciones. La Comisión dispone de una amplia gama de instrumentos para evaluar si las políticas de la UE se aplican adecuadamente; se guía por la información facilitada por los mismos Estados, los ciudadanos, las empresas, las ONG y otras partes interesadas.

Cuando los Estados miembros no cumplen las obligaciones que les impone el derecho de la UE, la Comisión cuenta con facultades para iniciar el procedimiento de infracción formal<sup>747</sup>. Cuando se remite el caso al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 260, apartado 2, del TFUE por incumplimiento de una sentencia previa y del artículo 260, apartado 3, del TFUE por la transposición tardía de directivas, la

---

<sup>742</sup>Cfr. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 484 ss.

<sup>743</sup> Sobre la composición y funciones de la Comisión, cfr. arts. 17 TUE y 244 a 255 TFUE.

<sup>744</sup> El Consejo de Jefes de Estado o de Gobierno designa al presidente de la Comisión, que debe ser aprobado seguidamente por el Parlamento Europeo. La Comisión se organiza en Direcciones Generales que se ocupan cada una de ellas de un ámbito particular. Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 68 s. La sede de la Comisión está repartida entre Bruselas y Luxemburgo. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 87 ss.;

<sup>745</sup> Salvo que los Tratados prevean un procedimiento diferente, cfr. Art. 17 TUE.

<sup>746</sup> Cfr. art. 290 y 291 TFUE, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 87 s.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 144.

<sup>747</sup> Cfr artículo 258 del TFUE.

Comisión puede proponer las sanciones en este último caso y el Tribunal imponerlas<sup>748</sup>.

Finalmente, cabe expresar que también tiene por función representar a la Unión en la firma de acuerdos internacionales con terceros países u organizaciones internacionales<sup>749</sup>.

#### **d. Tribunal de Justicia**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución jurisdiccional de la Unión y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa)<sup>750</sup>. Se encuentra conformado por 28 jueces (uno por cada país) y 8 abogados generales designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros<sup>751</sup>. Los abogados generales<sup>752</sup> ayudan al Tribunal a cumplir su tarea, ocupándose de presentar públicamente, de manera imparcial y con independencia, dictámenes jurídicos sobre los asuntos que se les asignan<sup>753</sup>. Asimismo, existe el Tribunal General que actúa como primera instancia ante la presentación de ciertos recursos<sup>754</sup>.

El Tribunal de Justicia y el Tribunal General tienen la misión de controlar la legalidad de los actos de la Unión y garantizar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión (primario y secundario). El Tribunal de Justicia además resuelve conflictos legales entre los gobiernos y las instituciones de la UE, pudiendo los particulares, las empresas y las organizaciones acudir también a él si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos<sup>755</sup>. Según el art. 19 TUE el Tribunal de Justicia es competente para entender en los recursos establecidos en los Tratados, pero compete a los Estados miembros establecer los

---

<sup>748</sup> Cfr. Estas pueden consistir en la imposición de multas, cfr. K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Unión Law*, cit., p. 506.

<sup>749</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 88 ss.; K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Unión Law*, cit., p. 510 ss.

<sup>750</sup> Las competencias del Tribunal de Justicia relativas a Euroatom son, en principio, las mismas que las ejercidas en el marco de la Unión Europea, cfr. [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/).

<sup>751</sup> cfr. Art. 253 y 255 TFUE, los miembros del Tribunal son elegidos entre juristas que ofrecen una total garantía de independencia y reúnen las condiciones exigidas para ejercer en sus países respectivos las funciones jurisdiccionales más elevadas o que poseen competencias notorias. Entre los mismos Jueces del Tribunal de Justicia eligen a su Presidente por un período de tres años renovable. Los miembros del Tribunal tienen un mandato de 6 años renovable.

<sup>752</sup> Su función no debe confundirse con la de un Fiscal o instancia equivalente.

<sup>753</sup> El Tribunal de Justicia generalmente se reúne en Salas de cinco o tres Jueces. Se reúne en Pleno (27) en casos previstos en su Estatuto (en particular, cuando deba destituir al Defensor del Pueblo o declarar el cese de un Comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones) y cuando considera que un asunto reviste una importancia excepcional. Asimismo, se reúne en Gran Sala (13 Jueces) cuando así lo solicita un Estado miembro o una institución que sea parte en el procedimiento, y para los asuntos particularmente complejos o importantes. El Secretario del Tribunal de Justicia es también Secretario General de la institución, cuyos servicios dirige bajo la autoridad del Presidente del Tribunal

<sup>754</sup> Para ayudar al Tribunal de Justicia a hacer frente al gran número de casos, se establece el Tribunal General con competencia para conocer en primer grado en los recursos por anulación, de omisión, de indemnización por daño extracontractual, en los litigios entre la Unión y sus agentes y la cláusula compromisoria. Se pueden apelar sus sentencias ante el Tribunal de Justicia en lo que se refiere únicamente a cuestiones de derecho. Cfr. art. 254 a 256 TFUE.

<sup>755</sup> K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Unión Law*, cit., p. 523 ss.

remedios jurisdiccionales necesarios para asegurar una tutela judicial efectiva en los sectores disciplinados por el derecho de la Unión, mediante sus propios aparatos jurisdiccionales. En fusión de ello, es posible afirmar que los encargados de aplicar el derecho de la Unión y controlar su correcta transposición en el ámbito nacional son los órganos jurisdiccionales de los estados miembros<sup>756</sup>.

El Tribunal de Justicia tiene competencia para entender ante<sup>757</sup>:

1) recursos por incumplimiento, los cuales pueden ser presentados por los Estados o la Comisión en caso de falta o incorrecta aplicación del derecho de la Unión o una sentencia del Tribunal por parte de un Estado miembro<sup>758</sup>; si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado cuestión el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. Con el Tratado de Lisboa se reducen los tiempos del procedimiento a aplicar en este tipo de recursos y se introduce una nueva hipótesis donde la Comisión puede activarlo: en el caso de que los Estados no hayan cumplido con la obligación de informar las medidas adoptadas para dar aplicación al derecho de la Unión<sup>759</sup>;

2) recursos de anulación, mediante los cuales se solicita la anulación de actos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, por su contradicción con los Tratados o derechos fundamentales de la Unión, por incompetencia o por vicios sustanciales<sup>760</sup>. El Tratado de Lisboa amplía el número de sujetos legitimados para introducir el recurso, incluyendo entre ellos a las personas físicas y jurídicas respecto de los actos que sean destinatarias o que las afecten directamente<sup>761</sup>;

---

<sup>756</sup> Cfr. art. 19 TUE y 251 a 281 TFUE, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 95 ss., 260 ss.; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 81 ss.

<sup>757</sup> M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 309 ss.

<sup>758</sup> Art. 258 a 260 TFUE.

<sup>759</sup> cfr. 260 párrafo 3. TFUE. Esta disposición permite al Tribunal aplicar sanciones financieras ya en la fase de la primera remisión al Tribunal de Justicia de conformidad con al artículo 258 del TFUE, contra un Estado miembro que no haya transpuesto una Directiva, si así se solicita en el recurso de la Comisión. Anteriormente, las sanciones financieras en casos de incumplimiento de la obligación de notificación sólo podían aplicarse en un procedimiento de dos fases, es decir, si un Estado miembro incumplía una sentencia anterior del Tribunal, cfr. [http://ec.europa.eu/eu\\_law/docs/docs\\_infringements/annual\\_report\\_28/com\\_2011\\_588\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/docs/docs_infringements/annual_report_28/com_2011_588_es.pdf)

<sup>760</sup> Cfr. art. 263 TFUE donde se establece que este recurso puede fundarse en incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión o personas físicas y jurídicas. Debe tenerse en cuenta que este recurso también podría fundarse en la violación del principio de subsidiariedad conforme lo establece el art. 8 del Protocolo nro. 2.

<sup>761</sup> Se afirma que esta modificación se vincula con la sentencia "Unión de pequeños agricultores" cfr. TJUE, sentencia del 25 de julio de 2002, causa 50/00 donde se expresó la necesidad de mejorar la accesibilidad de los individuos a la justicia. Cfr. V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 746.

3) recursos por omisión, los cuales se presentan con motivo a la inacción del Consejo, Consejo Europeo, Parlamento, Comisión o Banco Central de la UE, luego de transcurrido un determinado periodo de tiempo y ante su previo requerimiento<sup>762</sup>;

4) recursos directos o de indemnización, los cuales se vinculan con los reclamos por reparación de los daños causados, contractual y extracontractualmente, por los órganos y agentes de la Unión<sup>763</sup>;

5) recurso prejudicial, mediante el cual a petición de las jurisdicciones de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia dictamina sobre la interpretación auténtica del derecho Unión o la validez de los actos de las instituciones o el Banco Central Europeo<sup>764</sup>. Respecto a éste el Tratado de Lisboa eliminó la necesidad de una expresa declaración de cada Estado a fin de autorizar a sus órganos jurisdiccionales a presentarlo, extendiendo explícitamente la competencia Tribunal para interpretar los actos de los órganos u organismos de la Unión, incluyendo entre ellos a Europol<sup>765</sup> y Eurojust<sup>766</sup>.

El Tribunal es incompetente respecto a las disposiciones de política exterior y de seguridad común como así también con relación a los actos adoptados sobre la base de éstas. Sin embargo, es competente para controlar el respeto del art. 40 TUE<sup>767</sup> y la legalidad de las decisiones del Consejo que prevén medidas restrictivas respecto a personas físicas o jurídicas adoptadas sobre la base del título V, capítulo II del Tratado sobre la Unión Europea.

Del análisis de las actuales competencias del Tribunal se concluye que el Tratado de Lisboa ha mejorado de manera relevante el control jurisdiccional ejercitado a nivel interno<sup>768</sup>.

#### **e. Consejo Europeo**

Se incorpora como una nueva institución de la Unión con el Tratado de Lisboa. Por su composición y función es el órgano más político de las instituciones

---

<sup>762</sup> Cfr. art. 265 TFUE. En este recurso gozan de legitimación activa: las personas físicas y jurídicas; los Estados y las demás instituciones de la Unión.

<sup>763</sup> Cfr. art. 268 y 340 TFUE La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

<sup>764</sup> Art. 267 TFUE

<sup>765</sup> Debe tenerse en cuenta que el Protocolo del 24 de Julio de 1996 anexo a la Convención Europol sólo preveía la posibilidad de plantear el recurso prejudicial respecto a la interpretación de la Convención y no de los áctos de Europol y la Decisión marco2009/371/JAI sujeta el recurso prejudicia a las mismas condiciones establecidas en el artículo 35 TUE.

<sup>766</sup> Debe tenerse en cuenta, que el Tribunal también interviene en la solución de otros recursos cuyo detalle excede los fines del presente, tal es el caso de los recursos contemplados en los artículos 270, 272, 273 TFUE.

<sup>767</sup> Art. 40 TUE: La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los artículos 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Asimismo, la ejecución de las políticas mencionadas en dichos artículos no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión en virtud del presente capítulo.

<sup>768</sup> Cfr. V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, cit., p. 740 s.

de la Unión<sup>769</sup>. El Consejo Europeo reúne a los Jefes de Estado o de Gobierno de cada país de la UE<sup>770</sup>, al Presidente de la Comisión<sup>771</sup> y al Presidente del mismo Consejo Europeo, que es quien preside las reuniones y no puede ejercer funciones nacionales. En él también participa el Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Consejo Europeo decide generalmente por consenso, salvo previsión en contrario de los Tratados<sup>772</sup>.

Su función es fijar el rumbo y las prioridades políticas generales de la UE como así también tratar las cuestiones complejas o sensibles que no puedan ser resueltas en el nivel inferior de la cooperación intergubernamental<sup>773</sup>. Cumple un papel importante en la definición de la política criminal de la Unión y actúa de árbitro político en cuestiones de relevancia, cuando los planteos efectuados pueden ser objeto de contrastes susceptibles de bloquear la acción de la Unión<sup>774</sup>.

#### **f. Banco Central Europeo**

El Banco Central europeo consta de dos órganos: El Consejo de Gobierno, compuesto por miembros del Comité Ejecutivo del BCE<sup>775</sup> y los gobernadores de los bancos centrales nacionales de la zona euro. Ambos órganos deciden por mayoría simple y cada miembro dispone de un voto. Para garantizar su actuación independiente, el BCE no puede solicitar ni aceptar instrucciones de las instituciones, de los Estados miembros ni de ningún otro organismo. Es el núcleo de la unión económica y monetaria (UEM) y el responsable de la política monetaria de la Unión (vela por la estabilidad del euro, controla el volumen de emisión, etc.). El BCE tiene también una función consultiva y legislativa: a) Recibe consultas (en asuntos de su competencia) de las instituciones europeas o de las autoridades de los Estados miembros en el ejercicio de sus funciones legislativas respectivas, pudiendo emitir dictámenes; b) Tiene poder de iniciativa legislativa en asuntos de política monetaria y aprueba reglamentos en la medida en que es necesario para efectuar alguna de las tareas que se le han confiado<sup>776</sup>.

---

<sup>769</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 63 a 68. Cfr. arts. 15 TUE y 235 a 236 TFUE.

<sup>770</sup> A elección de cada de Estado.

<sup>771</sup> Tendría por finalidad crear un canal de diálogo entre el Consejo y la institución que tiene a su cargo presentar los proyectos normativos. Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 60.

<sup>772</sup> Cfr. art. 15 inc. 4 TUE. En algunos casos aislados, adopta decisiones por unanimidad o por mayoría calificada según lo establezca el Tratado. Los Presidentes del Consejo Europeo y la Comisión no emiten su voto. Suele haber cuatro reUniones al año, presididas por un Presidente permanente. Su Presidente puede convocar una reunión especial si es necesario. Normalmente se reúne en Bruselas.

<sup>773</sup> Cfr. art. 15 TUE

<sup>774</sup> Cfr. K LENAERTS, P VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 474 ss.

<sup>775</sup> El Comité Ejecutivo, compuesto por el presidente, el vicepresidente y cuatro miembros más nombrados de común acuerdo por los Estados miembros a recomendación del Consejo y tras consultar con el Parlamento Europeo. Su mandato tiene una duración de 8 años no renovables.

<sup>776</sup> Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 88 s. Página del Banco central <http://www.ecb.int/home/html/lingua.es.html>

### **g. Tribunal de Cuentas Europeo**

El Tribunal de Cuentas está formado por un ciudadano de cada Estado miembro elegido entre personalidades que pertenecen o han pertenecido en su país a instituciones de control externo o poseen una calificación particular para esta función y ofrecen total garantía de independencia<sup>777</sup>. La misión de Tribunal de Cuentas es verificar los ingresos y los gastos de la Comunidad y de todos los órganos de la UE para garantizar el respeto de los gastos de la Unión con la normativa y los reglamentos presupuestarios como así también con los principios administrativos y contables. Se ocupa de velar por la calidad de la gestión financiera. Están sujetos al control del Tribunal de Cuentas las instituciones comunitarias y los Estados miembros, así como todo órgano con ingresos o gastos en nombre de la Comunidad y toda persona física o moral que reciba un pago con cargo al presupuesto de la Unión<sup>778</sup>.

### **B) Competencias de la Unión Europea**

Uno de los cambios más destacados que realiza el Tratado de Lisboa es la eliminación de la arquitectura de tres pilares en la Unión Europea. Se pone fin a esta compleja estructura dentro de la cual se superponían diferentes tipos de competencias<sup>779</sup>, cuya delimitación había generado no pocos conflictos de interpretación. El Tratado del Funcionamiento de la UE (TFUE) identifica los diferentes tipos de competencias que tiene la UE, lo cual facilita el control y el ejercicio de dichas competencias de conformidad con los principios fundamentales establecidos al efecto.

#### **a. Reparto de competencias**

Las competencias de la Unión se dividen, principalmente, en exclusivas, compartidas o de apoyo, especificando el Tratado, dentro de cada una de ellas, una lista, no exhaustiva, de las áreas que incluyen<sup>780</sup>. Las primeras son áreas donde sólo la Unión puede legislar y adoptar actos vinculantes. En consecuencia, el papel de los Estados miembros se limita a aplicar las disposiciones de la Unión, salvo que ésta los autorice a adoptar determinados actos<sup>781</sup>. En este ámbito, la necesidad de la acción

<sup>777</sup> . El Consejo, tras consultar al Parlamento Europeo, nombra, por mayoría cualificada, a los miembros del Tribunal de Cuentas por un período de seis años.

<sup>778</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 87 s.

<sup>779</sup> Dado que previo al Tratado de Lisboa, el reparto de competencias se deducía de las normas de cada sector donde se establecía si la comunidad tenía competencia exclusiva o no.

<sup>780</sup> Cfr. Arts. 2, 3, 4 y 6 TFUE.

<sup>781</sup> El art. 3 TFUE dispone: La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: a) la unión aduanera; b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; e) la política comercial común. 2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Respecto a la posibilidad de que la Unión autorice a los estados a regular sobre estas materias, se afirma que teniendo en cuenta la actividad de la Unión desarrollada hasta la actualidad, es poco probable que esta de dicha autorización siendo mas probable pensar que esta precise los fines a alcanzar y dejen en manos de los estados la

adoptada por la Unión se presume y por ello, no es necesario fundamentar que su accionar sea indispensable para perseguir un objetivo prefijado. Las segundas son áreas donde la UE y los Estados miembros están autorizados a adoptar actos vinculantes pero los Estados sólo pueden ejercer su competencia en la medida en que la Unión haya decidido no ejercer la suya (dentro de este ámbito, como se verá mas adelante, se ubica la competencia de la Unión para legislar en materia penal)<sup>782</sup>. Las terceras son ámbitos donde la UE sólo puede intervenir a fin de respaldar, coordinar o completar la acción de los Estados miembros, no disponiendo de poder legislativo ni de interferencia en el ejercicio de las competencias reservadas a los Estados miembros<sup>783</sup>.

Cabe tener presente que la UE cuenta, además, con competencias específicas en determinados ámbitos, como por ejemplo la **PESC** en la cual se encarga de definir y aplicar la política exterior y de seguridad común a través del Presidente del Consejo Europeo y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, entre otros, pero no puede adoptar actos legislativos. En general actúan los órganos intergubernamentales de la Unión (siendo marginal la posibilidad de intervenir del Parlamento y la Comisión)<sup>784</sup>.

#### **b. Principios que rigen las competencias de la Unión**

El artículo 5 del TUE establece tres principios esenciales para delimitar y reglar el ejercicio de las competencias de la Unión.

En primer lugar, se encuentra el principio de atribución el cual implica que la Unión únicamente cuenta con las competencias que le atribuyen los Tratados; se encuentra legitimada a actuar, cuando tenga una base jurídica que le confiera dichas competencias<sup>785</sup>. Por ello se entiende que la competencia de la Unión tiene carácter

---

elección de los medios y las formas de perseguirlos, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 102.

<sup>782</sup> El art. 4 TFUE dispone: 1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6. 2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: a) el mercado interior; b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; c) la cohesión económica, social y territorial; d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; e) el medio ambiente; f) la protección de los consumidores; g) los transportes; h) las redes transeuropeas; i) la energía; j) el espacio de libertad, seguridad y justicia; k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado. 3. En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya. 4. En los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

<sup>783</sup> El art. 6 TFUE dispone: La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) la protección y mejora de la salud humana; b) la industria; c) la cultura; d) el turismo; e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; f) la protección civil; g) la cooperación administrativa.

<sup>784</sup> Cfr. art. 24 del Tratado de la UE.

<sup>785</sup> El Tribunal de Justicia mediante su jurisprudencia (cfr. TJUE, sentencia del 9 de julio de 1987, *Alemania c. Comisión*; TJUE, sentencia del 7 de julio de 1992, *Parlamento c. Consejo*) ha hecho notar



derivado ya que, a diferencia de las competencias estatales, aquellas han sido conferidas por la voluntad de los Estados mediante los Tratados y toda competencia que no se haya atribuido a la Unión pertenece a los Estados miembros<sup>786</sup>.

En segundo lugar, se establece el principio de proporcionalidad<sup>787</sup>, el cual significa que el ejercicio de las competencias de la UE, sean exclusivas o no, no pueden superar lo estrictamente necesario para la consecución de los objetivos de los Tratados<sup>788</sup> (se vincula con las siguientes preguntas: ¿cuál debe ser la forma y naturaleza de la intervención de la UE?<sup>789</sup>). Toda decisión que se adopte debe favorecer la opción menos restrictiva de los derechos de los ciudadanos. Debe existir un nexo de causalidad entre la acción y el objetivo, para identificar una simetría razonable entre las medidas que se adoptan y los objetivos que se persiguen<sup>790</sup>. Todas las instituciones de la Unión deberán velar por el respeto del principio en cuestión y los proyectos de actos legislativos deberán contar con una motivación en cuanto al respeto del principio en cuestión<sup>791</sup>. La Comisión tiene el deber de presentar un informe anual sobre la aplicación que ha hecho de este principio<sup>792</sup>.

En tercer lugar, se prevé el principio de subsidiariedad<sup>793</sup> (ya reconocido con el Tratado de Maastricht) el cual implica que en los ámbitos que no son de su exclusiva competencia, la UE sólo puede intervenir cuando su actuación resulte más eficaz que la de los Estados miembros, las autoridades regionales o locales y los objetivos perseguidos no puede ser suficientemente alcanzados por los primeros<sup>794</sup>. El principio establece una presunción en favor de la actuación de los Estados miembros<sup>795</sup>.

---

que la acción comunitaria puede también no insertarse en el ámbito de una específica competencia explícitamente prevista en el Tratado sino derivar de manera implícita del contexto de algunas disposiciones que, por su naturaleza, le den la base jurídica necesaria para legislar. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 100; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 43 ss.

<sup>786</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 102.

<sup>787</sup> Cfr. art.5 inc. 4. Establece que en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, el cual tiene por finalidad asegurar la puntual observancia de ambos principios y la intervención de los parlamentos nacionales.

<sup>788</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 47 s.

<sup>789</sup> Cfr. Comisión Europea, Informe sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 10/06/2011, COM (2011) 344 final, p. 2.

<sup>790</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 106.

<sup>791</sup> Art. 2 y Art. 5 del Protocolo nro. 2 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad

<sup>792</sup> Ello así, conforme al Protocolo (nº 2) sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>793</sup> Art. 5 inc 3 TUE y Protocolo nro 2 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>794</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 105 s. Este principio se encuentra relacionado con el principio de proximidad, es decir, que las decisiones de la Unión Europea deben ser adoptadas lo más cerca posible de los ciudadanos. Este principio se encuentra afirmado en el art. 1 parr. 2 y en el art. 3 parr. 2. TUE y también en el preámbulo del TUE. Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 48.

<sup>795</sup> Comisión Europea, Informe sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 10/06/2011, COM (2011) 344 final, p. 2.

El Tratado de Lisboa establece, conforme se expusiera respecto al principio de proporcionalidad, que las instituciones de la Unión deberán velar por su respeto y que todo acto legislativo deberá ser fundamentado sobre la base de dicho principio<sup>796</sup>. Pero, específicamente respecto al principio de subsidiariedad, además, establece los procedimientos que se llevarán a cabo a fin de realizar un control (ex-ante y ex-post de los actos legislativos) sobre el debido respeto de dicho principio, mediante la intervención de los Parlamentos nacionales<sup>797</sup> (control político) y la activación de recursos por violación del principio de subsidiariedad ante el Tribunal de Justicia<sup>798</sup>(control jurisdiccional).

El procedimiento establecido para que los Parlamentos nacionales ejerzan el control ex-ante consiste en que se les transmitirán los proyectos de actos legislativos o las modificaciones de actos legislativos a los parlamentos nacionales. Cada parlamento nacional podrá presentar al Parlamento, la Comisión y el Consejo, dentro de un término de ocho semanas, un dictamen motivado donde se exprese claramente las razones en las que se funda para considerar que el principio de subsidiariedad no se ha respetado. Estos dictámenes serán tenidos en cuenta pero cuando representen un tercio de los votos (según la asignación de votos que hace el mismo Protocolo<sup>799</sup>), el proyecto deberá volverse a estudiar. Cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de Libertad, Seguridad y Justicia deberá contar con un cuarto de los votos para que deba ser estudiado nuevamente por la Comisión o el grupo de Estados que lo presentó (tarjeta amarilla<sup>800</sup>). Tras este nuevo estudio, se podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo pero si se decide no retirar la propuesta ni modificarla, se deberá motivar su decisión. En el marco del procedimiento legislativo ordinario, si los votos de los parlamentos nacionales superan la simple mayoría el proyecto no sólo deberán estudiarse nuevamente por la Comisión sino que además todo ello quedará bajo estudio del legislador de la Unión (el Consejo y el Parlamento Europeo) y previo a que finalice la primera lectura, si el 55 % de los votos en el Consejo o la mayoría de los votos del Parlamento, considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimará la propuesta legislativa (tarjeta amarilla)<sup>801</sup>.

---

<sup>796</sup> Cfr. art. 1 y 5 del Protocolo nro. 2.

<sup>797</sup> Cfr. art. 12 TUE, art. 6 y 7 del Protocolo nro. 2 y art. 2, 3 y 4 del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales.

<sup>798</sup> Cfr. art. 8 del Protocolo nro. 2 y G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 107; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 49 s.

<sup>799</sup> Art. 7 establece del Procolo nro. 2 “Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”.

<sup>800</sup> Debe tenerse en cuenta que en el 2012 fue la primera vez que se activó la tarjeta amarilla respecto a Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Si bien la Comisión consideró que el principio de subsidiariedad no había sido violentado, luego comunicó su decisión de retirar la propuesta de Directiva. Cfr. Comisión europea, Informe de la Comisión de 2012 sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 30/07/2013 COM (2013) 566 final.

<sup>801</sup> Cfr. Documento: El principio de subsidiariedad, en [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf)

En cuanto al control ex-post, el Protocolo establece que en el caso de que el acto legislativo adoptado presente vicios por violación del principio de subsidiariedad, a través de sus gobiernos, los Parlamentos podrán presentar recursos por violación de este principio ante el Tribunal de Justicia<sup>802</sup> y a fin de que estos puedan ejercer cabalmente dicho control, también se establece que la Comisión deberá comunicar a los Parlamentos nacionales un informe anual donde explique la aplicación que ha hecho del art. 5 TUE<sup>803</sup>.

Respecto a la participación de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad ha sido por algunos considerado como una positiva forma de democratizar el proceso de integración ya que aseguraría un mayor grado representatividad a nivel europeo<sup>804</sup>. Por otro lado, ha recibido también variadas críticas<sup>805</sup>, ya sea porque se corre el riesgo de proyectar a nivel europeo conflictos internos y hacer demasiado lento el proceso de integración<sup>806</sup> ya sea porque no haría más que poner en discusión la plena legitimidad del Parlamento europeo en su función de representante de los ciudadanos europeos<sup>807</sup>. Con relación al control ex-post se afirma que el recurso del Tribunal era innecesario ya que los Parlamentos nacionales contaban con procedimientos internos para activar un recurso por parte de los gobiernos ante el Tribunal en caso de verificar vicios en los actos de la Unión<sup>808</sup>.

### c. Transferencia de competencias

Debe tenerse en cuenta que el actual reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros no es definitivo. La enunciación que hace el art. 4 de las competencias podría verse ampliada o reducida en razón de nuevas exigencias cuando así lo resuelvan los Estados<sup>809</sup>. Sin embargo, la reducción o ampliación de las competencias de la UE es un asunto que requiere el acuerdo de todos los países

---

<sup>802</sup> Cfr. art. 8 del Protocolo nro 2. Debe aquí resaltarse que el Tribunal de Justicia nunca ha declarado que un acto de la Unión viole el principio de subsidiariedad, cfr. Comisión Europea, Informe sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 10/06/2011, COM (2011) 344 final, p. 3. Sobre el control ex-post cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 107, nota 30.

<sup>803</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 48 s.

<sup>804</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 16; También así se ha expresado el Parlamento europeo, Cfr. Documento del parlamento: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, p. 4 en [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf)

<sup>805</sup> Cfr. P. CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in [http://www.astrid-online.it/rassegna/28-10-2010/Caretti\\_Il-ruolo-dei-Parlamenti-nazionali-prima-e-dopo-il-trattato-di-Lisbona.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/28-10-2010/Caretti_Il-ruolo-dei-Parlamenti-nazionali-prima-e-dopo-il-trattato-di-Lisbona.pdf), p. 12 ss.

<sup>806</sup> Ferraro afirma que ello podría suceder "*laddove esistano diverse maggioranze, come avviene ad esempio nel sistema costituzionale francese nel quale possono sussistere divergenze tra una camera del Parlamento ed il governo. Se e vero poi che il principio di sussidiarietà non e stato sempre correttamente applicato dalle istituzioni comunitarie, non può ignorarsi che la valutazione congiunta di istituzioni europee e nazionali sul rispetto di tale principio potrebbe, se non arrestare, quanto meno rallentare il processo di integrazione europea*", cfr. F. FERRARO, *Le fonti del Diritto dell'Unione Europea*, en *Dir. Pub. Comp. eur.*, 2008, n.1, p. 74; A. RUGGIERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, en *Dir. Pub. Comp. eur.*, 2008, p. 140 ss.; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 109 ss.

<sup>807</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 63.

<sup>808</sup> F. FERRARO, *Le fonti del Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 74

<sup>809</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 104.

miembros y de la activación del procedimiento de revisión de los Tratados. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, solo existía un procedimiento de revisión de los Tratados el cual exigía de la convocatoria obligatoria de una Conferencia Intergubernamental (CIG).

A partir de este Tratado, no sólo se ha vuelto democrático el procedimiento de revisión, mediante el refuerzo de la participación del Parlamento Europeo<sup>810</sup> y de los Parlamentos nacionales<sup>811</sup>, sino también que se disponen procedimientos simplificados de revisión<sup>812</sup> con el objetivo de facilitar la construcción europea en dichos ámbitos, evitando la convocatoria de una Convención Europea y de una Conferencia Intergubernamental. Sin embargo, expresamente se establece que las competencias de la UE no pueden ampliarse mediante un procedimiento de revisión simplificada y sea cual fuere el procedimiento iniciado, los Estados miembros deberán adoptar por unanimidad la revisión de las disposiciones afectadas.

En ciertas hipótesis se dispone de un mecanismo, diferente al de la reforma de los Tratados, para ampliar los poderes de la Unión cuando dichos poderes -no otorgados expresamente- sean necesarios para alcanzar sus objetivos<sup>813</sup>. El artículo 352 TFUE establece una nueva cláusula de flexibilidad mediante la cual se permite a la Unión ampliar el poder de acción que le atribuyen los Tratados, con la aprobación unánime en el Consejo, la presentación de un proyecto de la Comisión y la aprobación del Parlamento europeo. En la Declaración Nro. 41 del Tratado de Lisboa se afirma que estas cláusulas pueden tener por objeto garantizar un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el mercado interno y la acción externa de la Unión.

## **C) Derecho de la Unión Europea**

### **a. Procedimiento legislativo**

Como se expresara anteriormente, el poder normativo de la Unión se encuentra compartido por tres de las instituciones principales: el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (en el proceso decisorio de la UE, en general, y en el procedimiento de codecisión, en particular). Este "triángulo institucional" elabora la legislación UE que se aplicará en toda la Unión. El equilibrio entre estas tres instituciones ha sido difícil de construir ya que

---

<sup>810</sup> Una innovación importante es la adquisición por parte del Parlamento Europeo del derecho de iniciativa. A partir de ahora, el Parlamento puede proponer proyectos de revisión al igual que los gobiernos de los Estados miembros y la Comisión. El Consejo también puede decidir, previa aprobación del Parlamento Europeo, no convocar la Convención si las modificaciones son de menor magnitud. En tal caso, establece directamente un mandato para la CIG.

<sup>811</sup> Los procedimientos de revisión se establecen en el artículo 48 TUE. El procedimiento de revisión ordinario afecta a las modificaciones más importantes aportadas a los Tratados, como la ampliación o la reducción de las competencias de la UE..

<sup>812</sup> Como por ejemplo, el procedimiento de revisión de las política y acciones internas de la Unión.

<sup>813</sup> Cfr. art 352 (antiguo artículo 308 TCE) TFUE. Dicho artículo establecen ciertas limitaciones para la aplicación de ésta, entre ellas, la imposibilidad de aplicarla en ámbitos excluidos por los Tratados de medidas de armonización, en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, para adoptar disposiciones que conducirían sustancialmente, por sus consecuencias, a la modificación de los Tratados evitando pasar por el procedimiento de revisión, cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 44.

este representa, en definitiva, el equilibrio entre los intereses generales de la Unión y los intereses particulares de los Estados en la formación de los actos normativos, asegurando al mismo tiempo la transposición a la Unión del principio democrático. “Il risultato è stato quello di un graduale passaggio di questo (il parlamento) dall’iniziale ruolo consultivo a quello di vero e proprio legislatore”<sup>814</sup>.

El art. 289 TFUE hace referencia a dos tipos de procedimientos legislativos: el procedimiento legislativo ordinario (PLO)<sup>815</sup> y los procedimientos legislativos especiales (PLE)<sup>816</sup>. Estos últimos se vinculan con la falta de voluntad de los Estados miembros a abandonar parte de su poder de oposición en determinados ámbitos políticos “sensibles” para la soberanía estatal, como por ejemplo, el de la política exterior, de la inmigración o de la justicia. El Tratado de Lisboa flexibiliza esta rigidez procesal introduciendo varios tipos de cláusulas que ofrecen mecanismos institucionales distintos a fin de facilitar la construcción europea.

El procedimiento legislativo ordinario es el principal procedimiento por el que un proyecto normativo (sea un reglamento, directiva o decisión) puede ser aprobado en la Unión Europea. El antecedente remoto de este es el procedimiento de cooperación instaurado por el Acto Único Europeo en 1986, luego fue reemplazado por el procedimiento de codecisión establecido en el Tratado de Maastricht y perfeccionado mediante modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam. Dado que este procedimiento fue el que contó con mayor legitimidad desde el punto de vista democrático, con el pasar del tiempo, se convirtió en el procedimiento más utilizado por la Unión.

El Tratado de Lisboa continúa con esta tendencia, moderniza y mejora el procedimiento y lo instaura como el procedimiento general de elaboración del

derecho UE. El detalle de este procedimiento surge del art. 294 TFUE<sup>817</sup>. El procedimiento legislativo ordinario, generalmente, comienza a instancia de la Comisión. Sólo en muy contadas ocasiones el PLO abre la puerta a la iniciativa de las demás instituciones o a los Estados miembros, en solitario o de manera conjunta con la Comisión<sup>818</sup>. Existe, también, la posibilidad de que un millón de ciudadanos de la Unión presenten ante la Comisión una iniciativa para que esta realice un proyecto

<sup>814</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 177.

<sup>815</sup> Cfr. art 293 a 299 TFUE.

<sup>816</sup> Los procedimientos legislativos especiales reemplazan a los viejos procedimientos de consulta, cooperación y consentimiento. Son procedimientos de excepción que si bien son enunciados por el artículo 289 TFUE, no se ha establecido un procedimiento específico al respecto; en cada caso, los Tratados detallan el procedimiento a seguir siendo numerosos y diversos unos a otros, A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 117; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 154.

<sup>817</sup> Cfr. el Cuadro explicativo que surge de [http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/diagram\\_en.htm](http://ec.europa.eu/codecision/stepbystep/diagram_en.htm) ; Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 115 ss; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 645 ss; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 175 ss.

<sup>818</sup> Ejemplos: el procedimiento que se denomina “iniciativa del Parlamento” que establece la posibilidad de que la mayoría de los miembros del Parlamento solicite a la Comisión de presentar propuestas, ver art. 225, y la posibilidad establecida en el art. 241 TFUE donde el Consejo por mayoría simple puede solicitar a la Comisión de presentar un proyecto, en estos casos si la Comisión no lo hace debe motivar su decisión pero ello no significa que corra algún riesgo o que pese sobre ella una obligación. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 115 s.

de acto legislativo<sup>819</sup>. Desde el momento en que la Comisión adopta oficialmente una propuesta legislativa y la remite al Parlamento Europeo y al Consejo para su consideración, se abre el período de ocho semanas (reducibles a cuatro en caso de urgencia) hecho ya referencia sobre el control del principio de subsidiariedad. La Comisión tiene poder exclusivo para modificar su propia propuesta en cualquier momento del procedimiento, lo cual concede a la Comisión una omnipresencia negociadora determinante a lo largo de todo el proceso. Sólo mediante aprobación simple del Parlamento y unánime del Consejo podrá eludirse la opinión de la Comisión y modificar válidamente su propuesta.

El procedimiento luego se basa en el principio de paridad y pretende garantizar que ninguno de los dos órganos decisorios (el Parlamento Europeo y el Consejo) pueda adoptar una norma legislación de forma individual sin contar con el acuerdo del otro. El Parlamento Europeo y el Consejo, conjuntamente y previa propuesta de la Comisión, en igualdad de condiciones, deben aprobar un mismo texto, como cámaras legislativas colegiadas de un sistema de bicameralismo perfecto. El procedimiento se desarrolla a través de tres lecturas luego de que se ha efectuado la propuesta por parte de la Comisión. Las dos instituciones deben llegar al consenso para poder adoptar los actos legislativos en primera y segunda lectura. Si después de la segunda lectura dichas instituciones no llegan a un acuerdo, se convoca un Comité de conciliación.

El Comité de conciliación reúne en su seno a un número igual de representantes del Parlamento Europeo y del Consejo, así como al Comisario europeo encargado del seguimiento del asunto con el fin de arribar a un acuerdo satisfactorio para las dos cámaras co-legisladoras (Parlamento y Consejo) y que permita elevar un proyecto pactado en el Comité para proceder a una tercera y última lectura sobre el texto. El texto que se remite al Parlamento Europeo y al Consejo, no puede sufrir enmiendas de ningún tipo. Si alguno de los órganos colegisladores interpone su veto sobre el proyecto común o no se pronuncia en el plazo requerido (seis semanas prorrogables) el acto se considerará no adoptado<sup>820</sup>.

Finalmente cabe aquí hacer referencia a las cláusulas “*pasarelles*”. El Tratado de Lisboa ha establecido dos tipos de cláusulas pasarelas que permiten aplicar el procedimiento legislativo ordinario a aquellas áreas donde se haya previsto un procedimiento especial como así también permiten aplicar el sistema de votación a mayoría cualificada para adoptar actos cuya adopción es prevista por unanimidad. Las modalidades de aplicación de estas cláusulas se diferencian en cada caso y son descritas en cada artículo que prevé su aplicación<sup>821</sup>.

---

<sup>819</sup> Cfr. Art. 11 TUE donde se establece el derecho de iniciativa ciudadana.

<sup>820</sup> U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, cit. p. 151 ss.

<sup>821</sup> Existen seis cláusulas pasarela específicas, que son aplicables en el marco financiero plurianual; a la política exterior y de seguridad común; a la cooperación judicial en materia de Derecho de familia; a las cooperaciones reforzadas en ámbitos regulados por unanimidad o por un procedimiento legislativo especial; en materia social; en materia de medio ambiente.

## b. Fuentes

En el sistema jurídico diseñado por el Tratado de Lisboa se continúa distinguiendo entre fuentes primarias y fuentes secundarias. Las fuentes primarias son, en principio, los Tratados con los cuales la Unión ha sido constituida y sucesivamente modificada, mientras que las fuentes secundarias son los actos emanados de las instituciones de la Unión, adoptados sobre la base de los procedimientos establecidos en los Tratados, que tienen por objeto desarrollar sus objetivos<sup>822</sup>.

En verdad, la doctrina hace notar que el sistemas de fuentes de la Unión es bastante más complejo ya que dentro éstas se encuentran actos de características y efectos muy variados<sup>823</sup> como así también de diferente naturaleza<sup>824</sup>. En este sistema donde el juez se ve obligado a realizar una actividad de decoupage entre una gran cantidad de normas, también, es necesario colmar sus carencias mediante el desarrollo de fuentes que influenciaran profundamente en la interpretación y aplicación del derecho de la Unión, tal es el caso de los principios generales y la jurisprudencia de los jueces de la Unión<sup>825</sup>.

## i. Derecho primario

En el día de hoy los tratados constitutivos de la Unión son el Tratado de la Unión Europea (ex tratado de Maastricht) y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (ex Tratado de Roma)<sup>826</sup>. El TUE y el TFUE disciplinan, mediante las reglas y principios, la atribución y el ejercicio de las competencias de la Unión y el funcionamiento de sus órganos. Ambos tratados son parte de un complejo normativo único con el mismo valor jurídico<sup>827</sup>. Junto a la Unión Europea, continúa vigente el

---

<sup>822</sup> Cfr. F. FERRARO, *Le fonti del Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 69; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, cit., p. 817 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 111 ss; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 100 ss.

<sup>823</sup> Se señala que existen disposiciones sin normas como la Carta europea, fuentes sin disposiciones como la jurisprudencias del Tribunal, fuentes con efectos mediatos como las directivas, fuentes privadas de aplicabilidad como las normas nacionales contrastantes con el derecho UE, etc. cfr. V. MANES, *Metodo e Limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penal*, en *Arch. pen.*, 2012, p. 1 ss..

<sup>824</sup> Existen fuentes de naturaleza internacional como los acuerdos internacionales que firma la Unión, de naturaleza "comunitaria" como el derecho derivado, de naturaleza nacional como son las normas que transponen las normas EU. Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 2.

<sup>825</sup> A la cual se le otorga un valor de relevancia, inclusive mayor que en otros ordenamientos, por el hecho de haber colaborado en la definición de elementos esenciales del sistema jurídico de la Unión, cf. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 3.

<sup>826</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 113 ss. Debe tenerse en cuenta que muchas veces, en internet, se publican textos consolidados lo cual consiste en fundir en un texto único, sin valor oficial, un acto de base (tratado o legislación comunitaria) y sus modificaciones y correcciones sucesivas. Estos textos tienen únicamente una finalidad práctica y las instituciones no se hacen responsables de su contenido pero basándose en los textos consolidados, la Comisión puede tomar la iniciativa de una codificación o de una refundición. La codificación consiste en aprobar el texto consolidado, un poco modificado, siguiendo el procedimiento legislativo. El nuevo texto se publica en el Diario Oficial como un acto legislativo y adquiere carácter oficial.

<sup>827</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 98 ss. Sobre la importancia de esta prevision a la luz de las diferentes interpretaciones que habian suscitado el TCE y el TUE cfr. F. FERRARO, *Le fonti del Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 71.

Tratado que creó la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euroatom) , razón por la cual también éste forma parte del derecho primario. Además, el Derecho primario también consta de los Tratados por los que se modifica la UE; los Protocolos anexos a los Tratados fundacionales y modificativos<sup>828</sup>; los Tratados de Adhesión de los Estados miembros de la UE<sup>829</sup>.

A partir de lo dispuesto por el art. 6 TUE<sup>830</sup> (luego de las reformas de Lisboa) donde se reconoce igual valor jurídico a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que los Tratados es posible afirmar que los principios y derechos reconocidos por dicho instrumento forman parte del derecho primario de la Unión<sup>831</sup>. Cabe aquí hacer notar que si bien la mención que el artículo 6 hace del CEDH (al cual el tratado enuncia que se adherirá) para algunos ha significado otorgarle también a este valor de derecho primario, otros –entre ellos el Tribunal de Justicia<sup>832</sup>- niegan que el CEDH goce actualmente de tal carácter dentro de la Unión<sup>833</sup>.

Por su origen y forma de rescisión, los Tratados constitutivos y los Tratados que los modifican son consideradas acuerdos internacionales<sup>834</sup>. Estos son directamente negociados por los Estados y deben luego ser ratificados de acuerdo con los procedimientos establecidos por los ordenamientos de cada país que forma parte, generalmente, mediante el parlamento nacional o el referéndum<sup>835</sup>. La naturaleza internacional de los Tratados es, también, afirmada sobre la base del derecho de rescisión establecido en el art. 50 TUE<sup>836</sup>.

Sin perjuicio ello, tomando en consideración el ordenamiento jurídico al cual los Tratados dan vida como así también las particulares características que presentan, han sido asimilados a una Constitución<sup>837</sup>. En efecto, el Tribunal de Justicia en

---

<sup>828</sup> Los protocolos disciplinan algunos aspectos sobre el funcionamiento de la Unión no regulados o contemplados en forma general en el texto de los Tratados. Se tratan, en muchos casos, de disciplinas que tienen importancia pero que han sido insertas en protocolos para evitar que el texto del Tratado se convierta en algo muy denso. Las normas contenidas en los Protocolos tienen el mismo valor jurídico que las normas de los Tratados a los cuales se encuentran anexados, cfr art. 51 TUE. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 117 s.

<sup>829</sup> Debe tenerse en cuenta que los tratados –tanto constitutivos, modificatorios y de adhesión- vienen acompañados de un importante número de declaraciones concernientes a específicas partes o normas de éstos. Si bien éstas no tienen valor normativo, son instrumento de interpretación de las normas a las cuales directamente se refieren, cfr. TJUE, Sentencia del 20 de febrero de 2001, Kaur, causa c-192/99, cfr. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 100. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 118 ss.

<sup>830</sup> Cfr. Art. 6 TUE 1.

<sup>831</sup> Cfr. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina; A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 100; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 123 ss.

<sup>832</sup> Cfr. TJUE, sentencia del 26 de febrero de 2013, causa 617/10, *Fransson*.

<sup>833</sup> Cfr. F. RINALDI, *I rapporti tra ordinamento interno e CEDU*, <http://www.filodiritto.com/i-rapporti-tra-ordinamento-interno-e-cedu/#.Ukc1ToY2XC0>; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, en *Rivista Diritto penale contemporaneo*, 3/2013, p. 245 ss.

<sup>834</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 89, afirma que son acuerdos internacionales en el sentido de la Convención de Viena de 1969 y 1986.

<sup>835</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 383 s.

<sup>836</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 90.

<sup>837</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 86 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 112 a 116.



reiteradas oportunidades, ha afirmado que los tratados constituyen la Carta constitucional de una comunidad de derecho<sup>838</sup>. Si bien la Unión no logró adoptar un texto constitucional escrito, se afirma que igualmente se verifica un proceso de constitucionalización *in progress*, en continua elaboración y afinamiento, que se ha venido desarrollando en diferentes etapas: con el nacimiento de las Comunidades se adoptan Tratados constitutivos similares a las Cartas constitucionales<sup>839</sup>; la elaboración de los principios que rigen las relaciones entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y los estados miembros son expresión de un sistema jurídico completo<sup>840</sup>; ha habido un desarrollo permanente de un sistema de tutela de derechos fundamentales primero, por la actuación del Tribunal de Justicia<sup>841</sup>, después por la elaboración de la Carta europea de derechos fundamentales y actualmente, con su incorporación en el derecho primario de la Unión y la futura adhesión de la Unión a la CEDH<sup>842</sup>.

<sup>838</sup> TJUE, Sentencia del 23 abril de 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste les Verts c Parlamento Europeo*, parrafo 23.

<sup>839</sup> Sobre el caracter constitucional de los tratados constitutivos, cfr. F. G. PIZZETTI, *Trattato "costituzionale" europeo e ordinamenti costituzionali nazionali: profili di un rapporto circolare di continua e reciproca "relazione-integrazione"*, en [http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti\\_05-1.pdf](http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti_05-1.pdf) donde afirma la "storia del lungo processo «constituyente» europeo (...) trae la sua origine dall'istituzione stessa delle Comunità coi Trattati di Parigi e di Roma degli Anni Cinquanta del secolo scorso"; A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina; S. GAMBINO, *Prospettive e limiti del processo di costituzionalizzazione europeo*, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegnaic200510/gambino.html>.

<sup>840</sup> Se afirma que los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico UE surgen, en particular, por la combinación de dos sentencias del Tribunal de Justicia donde se afirman dos principios fundamentales del derecho comunitario: el principio del efecto directo y el principio de la primacía expresivos de la misma dimensión constitucional de la construcción europea. Sobre el carácter constitucional de tales sentencias cfr. G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 35; B. DE WITTE, *Direct Effet, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, en *The Evolution of EU Law*, dirigido por P. CRAIG, G. DE BÚRCA, Oxford, 2011, p. 360; A. STONE STWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, en *Journal of Global Constitutionalism*, 2012, p. 53 ss, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 37. Por otro lado, también se señala como una principio que permite comprender la dimensión constitucional del ordenamiento de la Unión, el principio de interpretación conforme reconocido en TJUE, sent. del 4 de febrero de 1988, causa 157/86, *Murphy*, en *Racc.*, 1988, p. 690, sent. 13 de febrero de 1990, causa 106/89, *Marleasing*, cfr. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea Brevi osservazioni di un penalista*, en *Rivista penale contemporaneo*, 3/2013, p. 233; M. FLETCHER, *Extending indirect effect to the third pillar: the significance of Pupino?*, en *European Law Review*, 2005, 30 (6), p. 862.

<sup>841</sup> Se afirma así "ha sido creado en el ámbito europeo un conjunto de principios que, aunados a aquellos existentes sobre las relaciones entre el ordenamiento UE y los ordenamientos nacionales (recordados en el párrafo anterior) dan vida a un verdadero y propio corpus constitucional bajo muchos aspectos análogo a aquél que se encuentra en los países de constitución no escrita" cfr. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>842</sup> El artículo 6 TUE y la posibilidad otorgada a los sujetos de impugnar frente a los jueces del Tribunal los actos de derecho UE por su contradicción con las garantías fundamentales, expresan la creciente atención, en sentido constitucional, de la Unión en el tema de derechos fundamentales y de los relativos mecanismos de protección. Cfr. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina. En este sentido se afirma que aabido es que en la tradición occidental, el fin primario de la Constitución es, en efecto, aquel de tutelar los derechos humanos Cfr. E. CASTORINA, *Riflessioni sul processo costituyente europeo*, Torino,

Por su parte se señala, además, que el carácter constitucional de los Tratados surge evidente de su dimensión cualitativamente diversa de la ley ordinaria, es decir, jerárquicamente superior al derecho derivado<sup>843</sup> y el establecimiento de un órgano de tipo jurisdiccional que garantiza su primacía jerárquica<sup>844</sup> y asume un rol similar al de las Cortes Constitucionales de los Estados miembros, es decir, de control sobre el respeto de los derechos constitucionales por parte de las normas de derecho común<sup>845</sup>. Finalmente, para diferenciar los Tratados de un normal acto de derecho internacional y asimilarlos a los texto constitucional, se hace hincapié en que el Tribunal de Justicia -en diversas oportunidades- ha sacrificado la letra de los artículos del TCE a fin de salvaguardar o afirmar principios y valores del ordenamiento jurídico, tal como suele suceder en la interpretación que las Cortes constitucionales hacen de las normas constitucionales<sup>846</sup>.

En el mismo orden de lo expuesto, se afirma que en línea con la originalidad de la Unión Europea<sup>847</sup>, también el relativo modelo constitucional en desarrollo es un modelo sui generis, caracterizado por significativas diferencias respecto a algunos usuales modelos constitucionales de impronta estatal; es un sistema multinivel de tutela<sup>i</sup>, una especie de “ordenamiento interconstitucional”, en el ámbito del cual se realiza un continuo intercambio con las constituciones nacionales de las cuales recibe aportes y condiciones<sup>848</sup>.

## ii. Derecho derivado

Las fuentes secundarias se distinguen entre actos típicos –expresamente disciplinados y previstos por los tratados- y actos atípicos –elaborados por la práctica de las instituciones-. Los primeros, a su vez se distinguen entre actos vinculantes, es decir, reglamentos, directivas y decisiones, y actos no vinculantes, como es el caso de las recomendaciones<sup>849</sup> y los dictámenes<sup>850</sup>. Los segundos, es decir los actos

---

2010, p. 358 ss.

<sup>843</sup> Ello se deduce del art. 263 TUE conforme el cual un acto adoptado por las instituciones europeas puede ser anulado por violación a las normas del Tratado cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 97 y 98.

<sup>844</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 397, recuerdan que La Corte di Giustizia ha, più precisamente, giurisdizione esclusiva per ciò che riguarda, tra l' altro, l' interpretazione del trattato e del diritto derivato, nonché il giudizio di legittimità sul diritto derivato (cioè sulla validità di esso rispetto ai trattati v. 234 TCE).

<sup>845</sup> Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p.383 y 384.

<sup>846</sup> Cfr. TJUE, sentencia 6 de octubre de 1982, causa 283/81, *Cilfit*, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 115 s.

<sup>847</sup> Subraya, entre otros, el hecho de que “el sistema de los Tratados comunitarios (...) y de toda la Unión no puede ser asimilado ni con el ordenamiento de una organización internacional ni con la estructura de un confederación de estados ni tampoco de algún sistema de estado federal”, cfr. M. FRAGOLA, *Temi di Diritto dell'Unione Europea*, Milán, 2008, p. 20 ss.

<sup>848</sup> A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 15 ss.

<sup>849</sup> Las recomendaciones permiten a las instituciones expresarse y proponer una línea de conducta sin establecer una obligación jurídica para los destinatarios (Estados miembros, otras instituciones y, en determinados casos, también los ciudadanos de la Unión).

<sup>850</sup> Los dictámenes son actos que permiten a las instituciones pronunciarse de manera no obligatoria, es decir, sin imponer una obligación jurídica a sus destinatarios. Su objetivo es establecer el punto de vista de una institución sobre una cuestión

atípicos, son los actos internos de las instituciones que regulan su propio funcionamiento, los programas generales, las comunicaciones, las declaraciones, etc.<sup>851</sup>

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el derecho comunitario ha pasado a ser el derecho de la Unión, formando también parte de él todas las disposiciones adoptadas en el pasado en virtud del Tratado de la Unión Europea en su versión anterior. Sin embargo, los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen en tanto dichos actos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados. Lo mismo ocurre con los convenios celebrados entre los Estados miembros sobre la base del Tratado de la Unión Europea<sup>852</sup>.

El derecho derivado vinculante de la Unión tienen ciertos elementos comunes: deben estar motivados, indicar la base jurídica en la que se fundan y su eficacia en el tiempo<sup>853</sup>. El requisito de motivación tiene por objeto hacer conocer a los Estados miembros y los ciudadanos el modo en que las instituciones aplican los Tratados y facilitan el control de los órganos jurisdiccionales<sup>854</sup>. La indicación de la base jurídica tiene importancia desde el punto de vista del principio de atribución y al reparto de competencias entre las diferentes instituciones de la Unión<sup>855</sup>. Una vez que son publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), entran en vigor en la fecha por ellos señalada o a los veinte días de su publicación si esta no fue dispuesta. Una vez que entran en vigor, los Estados deben adoptar todas las medidas de derecho interno necesarias para dar ejecución a los actos vinculantes de la Unión<sup>856</sup>, los cuales gozarán de primacía y efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional.

En este punto, debe hacerse notar que el art. 297 TFUE diferencia entre actos legislativos –son aquellos reglamentos, directivas o decisiones adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario u especial- y actos no legislativos –que pueden ser adoptados en forma de reglamento, directivas y decisiones en función de una delegación contenida en un acto legislativo efectuado a favor de la Comisión para integrar o modificar determinados elementos no esenciales del acto legislativo<sup>857</sup> o

---

<sup>851</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 384 s; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 165 ss. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 100 ss.

<sup>852</sup> Cfr. art. 9 Protocolo nro. 36 disposiciones transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los Títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

<sup>853</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 157 ss.

<sup>854</sup> Requisito establecido por el art. art. 296 TFUE, donde se preve que la motivación no requiere una fórmula particular, siendo suficiente que surja del acto las razones de hecho y derecho que han llevado a las instituciones a emanarlo. El defecto o la falta de motivación es un vicio que se traduce en la violación de formas sustanciales conforme el art. 263 TFUE.

<sup>855</sup> Esto último es importante porque los tratados, en efecto, prevén procedimientos diferentes de formación del consenso (unanimidad, mayoría calificada, simple) y una diversa actuación por parte de las instituciones europeas, cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 101 s.

<sup>856</sup> Cfr. Art. 291 TFUE

<sup>857</sup> Cfr. Art. 290 TFUE; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 145.

para dar ejecución general uniforme a un acto legislativo<sup>858</sup>. En el sistema actual de las fuentes sólo es posible delinear una relación de tipo jerárquico entre la normativa primaria y la secundaria, pero en principio no es posible individualizar en el interior de ésta última un orden de prioridad entre los instrumentos jurídicos<sup>859</sup>.

El reglamento es un acto normativo que tiene alcance general<sup>860</sup>, es obligatorio en todos sus elementos<sup>861</sup> y directamente aplicable en todos los Estados miembros<sup>862</sup>. Tienen las características de una ley<sup>863</sup>. Sus efectos jurídicos se imponen en el conjunto de las legislaciones nacionales de forma simultánea, automática y uniforme, sin necesidad de normativas internas que las traspongan<sup>864</sup>. Esta última característica no impide que los Estados miembros adopten medidas de ejecución si fuera necesario. Los particulares podrán utilizarlos como referencia en sus relaciones con otros particulares, con los Estados miembros o con las autoridades europeas. Su aplicación es obligatoria para todos, ya sea jueces y administración pública<sup>865</sup>. A los órganos legislativos de los países miembros les está prohibido reelaborar o reproducir textualmente las prescripciones comunitarias en el ámbito interno ya que ello las haría perder su condición supremacía sobre el derecho nacional y su efecto directo<sup>866</sup>. Además de esta forma es preservada la reserva hecha al Tribunal de Justicia como último interprete del derecho de la Unión y se sustrae a éstas de un control nacional de constitucionalidad.

Las directivas son actos UE que tienen como destinatario a los Estados Miembros y los vinculan en cuanto al resultado obtenerse. Una vez adoptada a escala europea, la Directiva debe transponerse al Derecho interno de los Estados miembros dentro de un término fijado por la misma directiva (generalmente de 6 meses a 2 años)<sup>867</sup>. Cada Estado cuenta con discrecionalidad en lo relativo a las formas y

---

<sup>858</sup> Cfr. Art. 291 TFUE.

<sup>859</sup> Según Ferraro una diferente jerarquía podría derivarse del procedimiento utilizado para su adopción Cfr. F. FERRARO, *Le fonti del Diritto dell'Unione Europea*, cit.

<sup>860</sup> Efectivamente, va dirigido a categorías abstractas de personas y no a destinatarios identificables. Esto los distingue de las decisiones que se dirigen a sujetos particulares, conforme establece el artículo 288 del TFUE, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 146 s.

<sup>861</sup> Para las instituciones, los Estados miembros y los ciudadanos de la Unión, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 147 s.

<sup>862</sup> No están sujetos a ninguna medida de incorporación al Derecho nacional; atribuye derechos y obligaciones con independencia de cualquier medida nacional de ejecución incorporándose automáticamente en el ordenamiento jurídico nacional cfr. R. WARD, A. AKHTAR, *English Legal System*, cit., p. 121.

<sup>863</sup> Cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 102 s; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 146 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 146 ss.

<sup>864</sup> Así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia (en TJUE, sentencia del 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, donde se afirma que la aplicabilidad directa debe ser entendida en el sentido de que las normas del derecho comunitario deben tener efecto de manera uniforme en todos los estados miembros a partir de su entrada en vigor y por toda la duración de su validez

<sup>865</sup> A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 102 ss; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 385 ss.

<sup>866</sup> Cfr., TJUE, sentencia del 18 febrero de 1970, causa 40/69, *Bollmann*; TJUE, sentencia del 10 de octubre de 1973, *Variola*

<sup>867</sup> Al igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

medios a través de los cuales procederá a transponer la directiva<sup>868</sup>. Generalmente se han adoptado directivas como instrumento de armonización de las legislaciones nacionales ya que se consideran más respetuosas de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico nacional<sup>869</sup>. Pero suele suceder en la práctica, que las directivas no se limitan a fijar los resultados a obtenerse sino que reglamentan las disciplinas con un tal grado de detalle que terminan por limitar profundamente la discrecionalidad de los Estados<sup>870</sup>. Estos son los casos de las directivas denominadas “detalladas”, cuya legitimidad es cuestionada por una parte de la doctrina cuando la materia sobre la cual tratan no autorizaba a los órganos de la Unión a la adopción de un Reglamento<sup>871</sup>.

Todos los órganos del estado, se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para alcanzar el resultado pretendido por las directivas<sup>872</sup>, las cuales serán comunicadas a la Comisión. El Tribunal de Justicia ha afirmado que la exacta y puntual transposición de una directiva es incluso más importante que la fuerza obligatoria de un reglamento dado que las medidas de transposición han sido dejadas a la discrecionalidad de cada estado con la consecuencia de que si tales medidas no alcanzan los fines fijados dentro del término establecido, las directivas quedarían privadas de sus efectos<sup>873</sup>. El estado miembro que encuentra dificultad para transponer las directivas en término, no tiene otro remedio que solicitar una prórroga<sup>874</sup>. En caso contrario la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia que condene a los Estados. El Tribunal de Justicia considera que la Directiva podría gozar de efecto directo (es decir, los particulares pueden alegarla ante el juez para hacer un reclamo vertical)<sup>875</sup> en determinadas condiciones y también se ha concedido a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización por los daños que le ocasione la incorrecta transposición o la falta de transposición de una Directiva<sup>876</sup>.

---

<sup>868</sup> Esto significa que un estado puede elegir si transponer una directiva mediante una ley, un reglamento o mediante actos de la administración pública, para asegurar la actuación/aplicación plena, correcta y cierta. cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 384. puede elegir libremente la forma y los medios para aplicarla, pero deben elegir medios que satisfagan la exigencia de claridad y certeza de las situaciones reguladas por la directiva. Por ejemplo el Tribunal de Justicia, ha declarado inadecuada la supuesta transposición de una directiva efectuada mediante la simple praxis administrativa sin adoptar ninguna medida formal que la transponga, cfr. TJUE, sentencia del 11 de junio de 1991, *Commissione c. Francia*; TJUE, sentencia del 15 de octubre de 1986, *Commissione c. Italia*, c. 168/85.

<sup>869</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 154.

<sup>870</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 385.

<sup>871</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 154 y nota 175, p. 154, donde se indican sentencias del Tribunal de Justicia que no obstante las críticas de las directivas detalladas, convalidan su legalidad y se hace notar que la práctica de las directivas detalladas podría encontrar aval en el protocolo sobre el principio de subsidiariedad y proporcionalidad del tratado de Amsterdam, punto 6, donde se contraponen las directivas marco con las detalladas.

<sup>872</sup> TJUE, sentencia del 24 de octubre de 1996, *Kraaijveld*.

<sup>873</sup> TJUE, sentencia del 21 de junio de 1973, *Commissione c. Italia*; TJUE, sentencia del 26 de febrero de 1976, *Commissione c. Italia*.

<sup>874</sup> TJUE, sentencia del 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*.

<sup>875</sup> Cfr. jurisprudencia citada en capítulo II.

<sup>876</sup> TJUE, sentencia Francovich y otros, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90 donde el Tribunal afirma que sobre la base del sistema instituido por el Tratado y la obligación impuesta por el art. 5 TCEE, es posible sostener que el derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las

Finalmente, son parte del derecho derivado de carácter vinculante, decisiones, las cuales pueden dirigirse a uno o varios destinatarios como así también a ningún destinatario en particular. Son obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables como los reglamentos, pero a diferencia de éstos generalmente se dirigen a sujetos específicos como un Estado o una persona. Tienen las mismas características que un acto administrativo de los derechos nacionales<sup>877</sup> por cuanto son actos con los cuales los órganos de la Unión aplican las normas generales y abstractas contenidas en otras fuentes normativas europeas a casos particulares y concretos. Por ejemplo, la Comisión puede utilizar las decisiones para sancionar a las empresas que han organizado cárteles o que han cometido abusos de posición dominante<sup>878</sup>.

### iii. Acuerdos internacionales

Los acuerdos internacionales firmados por la Unión con terceros estados (según las pautas del art. 216 ss TFUE) fuentes del derecho de la Unión Europea<sup>879</sup>. El Tribunal de Justicia ya había afirmado que las normas del derecho consuetudinario internacional y los acuerdos internacionales vinculan a las instituciones y son parte del ordenamiento jurídico<sup>880</sup>. Que estos acuerdos sean parte del ordenamiento jurídico de la Unión no significa que de por sí pueden ser invocados en juicio, y tal posibilidad ha sido condicionada por el Tribunal a que estos cumplan con los requisitos exigidos para que cualquier norma de la Unión goce de efecto directo, agregándose en este casos, la necesidad de examinarlas a la luz del objeto y finalidad y del contexto del acuerdo<sup>881</sup>. Los acuerdos concluidos con terceros Estados se encuentran evidentemente subordinados a los Tratados ya que el ejercicio de las competencias de la Unión debe ser respetuoso de las reglas y procedimientos establecidos. Pero se ha interpretado que el art. 216 TFUE, al establecer que los acuerdos vinculan no sólo a las instituciones sino también a los Estados miembros, los establece como un parámetro para valorar la legitimidad de los actos del derecho

---

violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, cuando ocurre como en ese caso que un Estado miembro incumple la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva. Ello se encontrara sujeto a tres requisitos: que la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

<sup>877</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 148.

<sup>878</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 385; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 148; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p.150; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 158 ss.

<sup>879</sup> Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 129.

<sup>880</sup> TJUE, sentencia 16 de junio de 1998, c-162/69, *Racke*; TJUE, sentencia del 30 de abril de 1974, c. 181/73, *Haegeman*; TJUE, sentencia del 11 de septiembre de 2007, c. 431/05, *Merck Genéricos*. Actualmente el art. 216 TFUE establece que los acuerdos vinculan a las instituciones y los estados miembros. Se trata siempre de acuerdos entre sujetos del derecho internacional (Estados miembros u organizaciones) cuyo objetivo es establecer una colaboración internacional.

<sup>881</sup> TJUE, sentencia del 31 de enero de 1991, c- 18/29, *Kziber*; TJUE, sentencia del 5 de abril de 1995, c. 103/94, *Krid*; TJUE, sentencia del 20 de noviembre de 2001, causa c-268/99.

derivado. El tribunal de Justicia ha afirmado dicha obligación inclusive respecto a los acuerdos firmados entre todos los estados miembros<sup>882</sup>.

#### **iv. Jurisprudencia y principios generales del derecho:**

La jurisprudencia se encuentra conformada por el conjunto de las decisiones tomadas por los órganos que ejercen el poder jurisdiccional dentro de la Unión y ésta tiene un rol esencial en su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es desarrollada por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, los cuales velan por la correcta interpretación y la aplicación del derecho UE<sup>883</sup>, como así también por los Tribunales nacionales que son los encargados de aplicar cotidianamente el derecho de la Unión y el derecho nacional de transposición<sup>884</sup>.

En particular, el Tribunal de Justicia se ha empeñado, desde principios de los años 60 del siglo pasado, en establecer “las líneas directrices de un sistema jurídico completo, fuertemente caracterizado por modelos típicamente estatales, puesto sobre los sistemas jurídicos nacionales y en comunicación directa con los ciudadanos de cada Estado miembro”<sup>885</sup>. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal ha guiado las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional mediante el reconocimiento de principios esenciales tales como el principio de primado y efecto directo del derecho de la Unión, el deber de interpretación conforme del derecho nacional al derecho de la Unión, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado frente a los particulares por haber incumplido la normativa de la Unión<sup>886</sup>; el principio de asimilación y proporcionalidad de los sistemas sancionatorios nacionales, etc.

Asimismo, ha sido la jurisprudencia del Tribunal la que abrió las puerta a los principios generales del derecho (es decir principios no escritos establecidos por la misma jurisprudencia del Tribunal) como fuentes del derecho de la Unión, para así dar solución a cuestiones sobre las que los Tratados habían guardado silencio<sup>887</sup>. En este orden, siendo que el art. 340 TFUE (ex art. 288 TCEE) reenviaba a los principios generales –pero, en verdad, sólo respecto a cuestiones de responsabilidad extracontractual- el Tribunal hizo uso de dicho artículo para aplicar<sup>888</sup> y evocar principios comunes a los ordenamientos nacionales en diversas materias (como

---

<sup>882</sup> TJUE, sentencia 3 de junio de 2008, c. 308/06, *Intertanko*

<sup>883</sup> Cfr. R. WARD, A. AKHTAR, *English Legal System*, cit., p. 115.

<sup>884</sup> La mayoría de las sentencias del Tribunal son pronunciadas con carácter prejudicial [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-11/es\\_cj\\_jurisprudence.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-11/es_cj_jurisprudence.pdf)

<sup>885</sup> R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 122.

<sup>886</sup> En 1991, el Tribunal de Justicia desarrolló el concepto fundamental responsabilidad de un Estado miembro frente a los particulares por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento por parte de dicho Estado del Derecho comunitario, cfr. TJUE, 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*.

<sup>887</sup> Se consideran que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión en la medida en que resulten vinculados a situaciones disciplinadas por este derecho Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 123; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 262.

<sup>888</sup> Cfr. TJUE, sentencia del 5 de marzo de 1996, C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*.

criterios de interpretación, individualización de las limitaciones en el ejercicio del poder, parámetros de legitimidad de un acto o conducta, etc.)<sup>889</sup>.

Dentro de ellos, incluyó a los principios fundamentales y derechos humanos<sup>890</sup>, puesto que las normas de los Tratados nada decían al respecto y la primacía del derecho de la Unión era resistida por Estados miembros temerosos a verse obligados por textos de la Unión que redujeran los derechos y garantías establecidos en el ámbito nacional<sup>891</sup>. De esta forma el Tribunal recabó principios y derechos fundamentales de las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales firmados por los países miembros (como el CEDH), los cuales se convirtieron en fuentes complementarias del derecho de la Unión. Hoy, como tantas veces se verifica con la evolución jurisprudencial de la Unión, ello ha sido reconocido en el Tratado de Lisboa donde expresamente se establece que los derechos y garantías del CEDH y que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales<sup>892</sup>.

## II. Derecho penal en el Tratado de Lisboa

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión avanza decididamente hacia la integración supranacional en materia penal<sup>893</sup>. Se le atribuye a dicho Tratado el significado de haber marcado “il passaggio da un diritto penale europeo inteso quale forma sintetica delle diverse forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale...ad un primo germe di vero e proprio diritto penale dell’Unione Europea”<sup>894</sup>. La necesidad, expresada por el Grupo X “Libertad, Seguridad y Justicia”, de alinear con el primer pilar el proceso decisional y el control judicial de los actos normativos penales<sup>895</sup> se traduce en la “comunitarización del tercer pilar”<sup>896</sup>.

---

<sup>889</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 108 ss.

<sup>890</sup> Cfr. TJUE, sentencia 12 novembre 1969, causa 29/1969, *Stauder*. A este respecto, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos cfr. sobre este tema sintéticamente, G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, p. 434 ss; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione europea*, cit., p. 252.

<sup>891</sup> Cfr. TJCE, sentencia del 17 de diciembre de 1970, causa 11/1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>892</sup> Cfr. art. 6 TUE y capítulo V.

<sup>893</sup> Sobre las similitudes y diferencias del Tratado de Lisboa y el Tratado constitucional, cfr. E. HERLIN-KAMELL, *The Treaty of Lisbon and the Criminal Law: Anything New Under the Sun?*, 10 *Eur. J.L. Reform*, 2008, p. 321 ss.

<sup>894</sup> R. SICURELLA, “*Eppur si muove*”, *alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell’Unione Europea*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 283.

<sup>895</sup> Cfr. Relazione finale del Gruppo X “Spazio di Liberta, Sicurezza e Giustizia”, Bruselas, 2 de diciembre de 2002, Conv 426/02.

<sup>896</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Estados Unidos, 2009, p. 39 ss; C. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, en *European Constitutional Law Review*, 2008, 4, p. 29 s; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, en *Diritto penale contemporaneo*, p.



Dicha comunitarización se refleja en los nuevos poderes que se le otorgan, en el ámbito penal, a los órganos de la Unión (la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia) y en los instrumentos legales puestos a disposición en esta materia (las directivas y según algunos, también, los reglamentos). Dichos cambios buscan darle mayor eficacia a la normativa penal de la UE, otorgando mayor poder de injerencia a los órganos de la Unión en los sistemas penales nacionales a fin de profundizar la armonización y la cooperación, sobre la base del reconocimiento mutuo y la actividad de Europol y Eurojust.

El *EU Select Committee de la House of Lords* y el *EU Scrutiny Committee de la House of Commons del Reino Unido*<sup>897</sup> han afirmado la fusión de la estructura de los pilares aporta claridad y coherencia al esquema de competencias de la Unión y a un control más transparente de la legislación por parte del Parlamento y el Tribunal de Justicia<sup>898</sup>.

El desarrollo del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia forma parte de los objetivos principales de la Unión<sup>899</sup> y pasa a ser el nombre del Título V del TFUE. El artículo 67 TFUE establece que los ámbitos abarcados por este espacio son el control de fronteras, inmigración y asilo, la cooperación en materia de derecho penal y derecho civil. Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 2 TUE, este artículo establece que las medidas que se adoptarán en este espacio deberán ser “dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”<sup>900</sup>.

En efecto, la doctrina en general pone en evidencia que el Tratado de Lisboa ha realizado un importante avance democrático al establecer un estrecho vínculo entre el Parlamento europeo y los Parlamentos nacionales y ha dado un “*più ampio respiro garantistico dell’ordinamento sovranazionale rappresentato non solo dall’esplicito riconoscimento di alcuni valori fondamentali...ma soprattutto del potenziato ruolo di controllo della Corte di Giustizi quanto al rispetto dei diritti fondamentali*”<sup>901</sup>. Así como los derechos penales de muchos países europeos se

---

43 [https://www.giurisprudenza.unisalento.it/c/document\\_library/get\\_file?folderId=4474738&name=DLFE-122505.pdf](https://www.giurisprudenza.unisalento.it/c/document_library/get_file?folderId=4474738&name=DLFE-122505.pdf); A. KLIP, *European Criminal law*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 22 ss.; S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, en Statewatch Analysis, p. 8ss. (<http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-uk-ireland-opt-outs.pdf>); G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione Europea*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2307 ss; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 177 ss.

<sup>897</sup> House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, *The Treaty of Lisbon: in impact assessment. Volume I: Report*. Tener en cuenta también House of Commons, European Scrutiny Committee, 35<sup>th</sup> Report of Session 2006/07, *European Union Intergovernmental Conference* y 3<sup>rd</sup> Report of Session 2007/08, *European Union Intergovernmental Conference: Follow up Report*.

<sup>898</sup> House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit., p. 114 s. y párrafo 6160 y 6161.

<sup>899</sup> El artículo 3 apartado 2 TUE dispone: “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”.

<sup>900</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 38. Sobre este tema ver capítulo V.

<sup>901</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori*

encuentran sujetos a los límites y objetos de tutela fijados por sus propias constituciones, el derecho penal europeo se enmarca en un “proceso de constitucionalización”, que actuará como marco de contención y guía de actuación, por efecto de los principios y garantías reconocidos por la Carta europea de derechos humanos, los Tratados fundacionales, el CEDH y las tradiciones constitucionales de los países miembros<sup>902</sup>.

## 1. Nuevos poderes de los órganos de la Unión en ámbito penal

### A) Parlamento Europeo y parlamentos nacionales

A partir de Lisboa, la regla para la adopción de las normas de cooperación y armonización en materia penal será el procedimiento legislativo ordinario. Ello es una de las consecuencias de la comunitarización del tercer pilar<sup>903</sup> e implica que la decisión de adoptar las normas propuestas recaerá no sólo en el Consejo, quien votará por mayoría cualificada<sup>904</sup>, sino también en el Parlamento Europeo, el que ahora cuenta con poder de veto y de enmienda. El objetivo en la instauración de este procedimiento en el ámbito penal fue democratizar y reforzar la legitimidad de la acción de la UE mediante la intervención del Parlamento Europeo<sup>905</sup>.

El papel de relevancia otorgado al Parlamento europeo, en el *decision making*<sup>906</sup> o *fase centralizzata*<sup>907</sup> del procedimiento legislativo, ha sido considerado como un factor determinante para tener por disminuido considerablemente el déficit democrático de los actos normativos penales de la Unión<sup>908</sup>. De esta forma se le da legitimidad<sup>909</sup> al derecho penal de la Unión ya que el órgano que representa a los

---

*d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, dirigido por G. GRASSO L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 16 s.

<sup>902</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones penales europeas*, en *Revista Penal*, nro. 27, enero 11, p. 15 ss.; A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea Brevi osservazioni di un penalista*, en *Rivista penale contemporaneo*, 3/2013, p.1 ss.

<sup>903</sup> Procedimiento reglado en el art. 289 y art. 294 TFUE, que se aplica para adoptar medidas vinculadas con las políticas relativas al control en las fronteras y a la inmigración (art 77, 78 y 79 TFUE); cooperación en materia civil (art. 81 TFUE) cooperación judicial en materia penal (art. 82 TFUE), armonización penal (art. 83 TFUE), la lucha contra el terrorismo (art. 75 TFUE), la prevención de los delitos (art. 84), Europol (art. 88 TFUE), Eurojust (art. 85 TFUE), cooperación policial y de autoridades nacionales (art. 87 y 88 TFUE), cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 39.

<sup>904</sup> El reemplazo de la unanimidad en el Consejo por la mayoría cualificada, favorecerá a la agilidad del proceso decisional ya que la oposición de un estado no impedirá la adopción de decisiones si subsiste la mayoría requerida.

<sup>905</sup> Cfr. S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty and Justice and Home Affairs: Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 3. Con relación a las dificultades que presentaba el anterior método legislativo, cfr. House of Commons, Home Affairs Committee, 3rd Report of Session 2006/2007, *Justice and Home Affairs issues at European Union level*, HC 76-I; G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, cit., p. 7 ss.

<sup>906</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 39.

<sup>907</sup> El prof. BERNARDI habla de un vistoso incremento de la legitimación democrática de los productos normativos de la Unión cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones penales europeas*, cit., p. 15 ss.

<sup>908</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 333.

<sup>909</sup> Cfr. L. KUHLE, *Spazio Giudiziario di cooperazione o di integrazione penale, L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, en *L'evoluzione del diritto*

ciudadanos afectados por las normas europeas, se encuentra a un nivel de paridad absoluta<sup>910</sup> con el órgano que representa a los gobiernos. Si a ello se suma la necesidad de transposición de los instrumentos legales, la participación de los parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad (*ex-ante* y *ex-post*) y la incorporación de los derechos fundamentales en el derecho primario de la Unión, según algunos, podrían considerarse superadas las críticas relativas al déficit democrático del procedimiento decisonal<sup>911</sup>.

La participación de los Parlamentos nacionales ha sido particularmente valorada en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>912</sup>. Expresamente se establece en el artículo 69 TFUE que los actos normativos se encontrarán sujetos a la vigilancia sobre el respeto del principio de subsidiariedad de los Parlamentos nacionales según lo establecido en el Protocolo pertinente<sup>913</sup>; a partir de ello se indica que este poder de “*segnalazione preventiva*”<sup>914</sup> en el momento de formación del acto normativo coadyuvará a garantizar un mayor control democrático sobre el contenido y las modalidades de acción de la Unión en un sector que suele generar tensión para la tutela de los derechos individuales<sup>915</sup>. Pero la participación de los Parlamentos no ha sido limitada sólo a ello ya que el Tratado dispone, además, que los Parlamentos nacionales deberán ser informados sobre el trabajo desarrollado para fomentar e intensificar la cooperación operativa en materia de seguridad interior y la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros<sup>916</sup>; ha sido prevista su asociación al Parlamento europeo para el control político de las actividades de Europol y Eurojust<sup>917</sup> y se ha establecido que serán informados sobre la evaluación efectuada por los Estados y la Comisión sobre la aplicación de las políticas de la Unión en el área de libertad, seguridad y justicia, específicamente en pos de favorecer el reconocimiento mutuo<sup>918</sup>.

---

penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, dirigido por G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011, p. 723; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit. p. 48 s.; House of Commons European Scrutiny Committee, *Democracy and Accountability in the EU and the Role of National Parliaments*, 33 rd Report, session 2001-02, HC 152; R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 16 s.

<sup>910</sup> C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 114.

<sup>911</sup> Cfr. G. GRASSO *La “competenza penale” dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 705 s.; R. SICURELLA, *Il corpus Juris come modello per la definizione di un Sistema penale europeo*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 739 ss.; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 132 ss..

<sup>912</sup> D. CHALMERS, G. MONTI, *European Union Law updating supplement*, Cambridge University press, RU, 2008, p. 44.

<sup>913</sup> Cfr. supra principios que rigen la competencia de la Unión.

<sup>914</sup> Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 112

<sup>915</sup> Cfr. C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, cfr. <http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=320&IDNumero=31> cit. Hasta la actualidad no se ha activado ninguna señal de alamar por la violación del principio de subsidiariedad en el ámbito penal, Cfr. Comisión europea, Informe de la Comisión de 2012 sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 30/07/2013 COM (2013) 566 final.

<sup>916</sup> Cfr. art. 71 TFUE

<sup>917</sup> Cfr. art. 85 y 88 TFUE

<sup>918</sup> Cfr. art. 70

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que si bien el procedimiento ordinario es la regla, podrían adoptarse directivas de armonización en materia penal utilizando un procedimiento especial ya que, según el artículo 83 inc. 2 TFUE, las normas penales se adoptarán “con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión”. Ello ha sido criticado porque no aseguraría que dichos actos en materia penal se adopten con el debido control democrático<sup>919</sup>. Si bien, aquí también hubiese sido preferible que se asegure la intervención vinculante del Parlamento, se afirma que dicha crítica pierde relevancia ya que hoy han sido ampliamente reducidas las materias reguladas por procedimientos especiales y más reducidas aún las situaciones en las cuales el Parlamento europeo participa en una función puramente consultiva<sup>920</sup>.

## **B) Control de la Comisión y el Tribunal de Justicia**

Otra consecuencia que se derivó del derrumbe del tercer pilar fue que ahora la correcta implementación de las normas penales de la Unión estará sujeta al control de la Comisión, quien podrá hacer valer sus poderes como “guardián del derecho de la Unión”<sup>921</sup>. Cabe aquí recordar que dichos poderes han sido además intensificados por el Tratado de Lisboa ya que a la facultad de la Comisión de abrir el procedimiento de infracción contra el Estado incumplidor de la sentencias del Tribunal de Justicia que había declarado la falta o incorrecta transposición de la normativa UE, se le ha reconocido la facultad de iniciar un procedimiento de infracción, también, cuando el Estado falla en la comunicación de las medidas de transposición en los plazos establecidos al efecto<sup>922</sup>. Dicha ampliación de los poderes de la Comisión encuentran su fundamento en el entendimiento de que la amenaza de la sanción ejercerá una presión más fuerte sobre los Estados miembros, haciéndoles cumplir las obligaciones impuestas por la Unión<sup>923</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el Tratado mantiene en este ámbito, el poder de iniciativa de la Comisión compartido con los Estados miembros, siempre que éstos últimos representen por lo menos un cuarto de los países que conforman la Unión<sup>924</sup>.

---

<sup>919</sup>Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p.16 nota 12.

<sup>920</sup> Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 120 ss.; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 154 s.

<sup>921</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 40.

<sup>922</sup> Cfr. art. 258 a 260 TFUE,

<sup>923</sup> V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, cit., p. 742; G. SALCUNI, *Diritto penale europeo*, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, dirigido por A. GAITO, Utet, Torino, p. 197 ss. Ha sido planteado como un asunto prioritario de la Comisión reducir los retrasos en la transposición, cfr. Comunicación de la Comisión titulada «Una Europa de resultados – la aplicación del Derecho comunitario», COM(2007)502 final, p. 9. Conforme se advierte del informe de 2012 presentado por la Comisión sobre los recursos de infracción presentados por transposición tardía fueron 447 en 2012, 1 185 en 2011 y 855 en 2010, sobre la base de 56 directivas por transponer en 2012, 131 en 2011 y 111 en 2010. En el 2012 ninguno se vinculó con directivas de carácter penal. Cfr. Informe de la Comisión trigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del derecho de la UE, Bruselas, 22.10.2013, COM(2013) 726 final.

<sup>924</sup> Cfr. art. 76 TFUE.

La participación de los Estados<sup>925</sup> en esta etapa ha sido valorada como una de las flexibilizaciones del sistema puesto que así se les permitiría a éstos continuar liderando y orientando las iniciativas en esta materia<sup>926</sup>. Sin perjuicio de ello, que para otros consideran que dicha participación es beneficiosa para el desarrollo del derecho penal de la Unión ya que los Estados podrán promover el proceso de armonización de las legislaciones según las necesidades constatadas en sus ámbitos de actuación<sup>927</sup>.

Como efecto de la comunitarización del tercer pilar, también, las normas penales de la Unión se encuentran sujetas a la amplia competencia del Tribunal de Justicia. Se afirma que los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa (también en el interior de cada recurso) “*permettono di rafforzare l’effettività del controllo giurisdizionale e l’uniformità d’applicazione delle norme di diritto penale europeo nell’UE*”<sup>928</sup>; se superaría así, según algunos, el déficit jurisdiccional del tercer pilar<sup>929</sup>.

En lo esencial, el Tratado ha suprimido la necesidad de contar con una autorización del Estado miembro para que los jueces nacionales puedan activar el recurso de interpretación prejudicial en materia penal<sup>930</sup>, lo cual ha sido valorado como positivo porque permitirá abrir nuevas instancias de diálogo entre el Tribunal de Justicia y las Cortes nacionales. Asimismo, este recurso se ha extendido para interpretar los actos de los órganos u organismos de la Unión, incluyendo entre ellos a Europol y Eurojust. Por su parte, se le ha otorgado a los individuos la facultad para interponer recursos de anulación de los actos de la Unión, respecto de los actos que sean destinatarios o que los afecten directamente<sup>931</sup> y recursos por indemnización de daños por los hechos cometidos por los agentes de la Unión<sup>932</sup>.

Asimismo, el Tribunal de Justicia cuenta con competencia para controlar la normativa penal de la Unión y su adecuación a los principios y derechos fundamentales que forman parte del derecho primario de la Unión, es decir, será el encargado de realizar el “control de constitucionalidad” dentro del ordenamiento supranacional<sup>933</sup>. Respecto de la normativa de transposición, si bien las Cortes

---

<sup>925</sup> Cfr. Sin embargo hasta diciembre de 2012 no hay propuestas realizadas por los Estados, cfr. S. PEERS, *The EU Justice and Home Affairs agenda in 2013*, Statewatch, 27 de Diciembre de 2012.

<sup>926</sup> V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, cit., p. 41 ss.

<sup>927</sup> Cfr. C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1227 s; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 117.

<sup>928</sup> V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, cit., p. 742.

<sup>929</sup> Cfr. G. DE AMICIS, B. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce la Costituzione per l’Europa*, en *Cass. Pen.*, 2004,, p. 3070; R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 16 ss; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 130 s; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 40.

<sup>930</sup> Se establece la posibilidad de activar un renvío acelerado en los casos urgentes, cfr. art. 105 del Reglamento del procedimiento de la Corte.

<sup>931</sup> Cfr. art. 263 TFUE.

<sup>932</sup> Cfr. art. 268 TFUE.

<sup>933</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Le “Qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisboa*, cit., p. 342 s; A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina. El control de constitucionalidad abarcará también el control

Constitucionales tendrán el control de los principios supremos y derechos fundamentales del ordenamiento interno, el Tribunal de Justicia, mediante el recurso por incumplimiento, podrá valorar la correspondencia de ésta a la normativa primaria (entre esta la Carta Europea de Derechos Humanos ) y secundaria de la Unión<sup>934</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe aquí advertirse que como resultado de las históricas contradicciones que encierra para los Estados aceptar la cesión de competencia penal a un ente supranacional, la competencia penal del Tribunal de Justicia continúa siendo incompleta dado que la violación de las normas penales europeas será juzgada y eventualmente aplicada la sanción penal por jueces de los Estados miembros<sup>935</sup>. El Tratado de Lisboa no le otorga al Tribunal de la Unión de un concreto poder coercitivo para aplicar el ordenamiento penal supranacional, en efecto, se advierte *“l’Unione europea diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva”*<sup>936</sup>. Por su parte, el Tribunal continúa a ser incompetente para analizar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro o para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior<sup>937</sup>.

### C) Consejo Europeo

El Consejo europeo será quien continuará definiendo las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>938</sup>.

Ejercerá un papel relevante cuando se active el freno de emergencia en el ámbito de la armonización penal, cuando no se alcance la unanimidad requerida para adoptar la normativa vinculada con la Fiscalía Europea o las medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades policiales; cuando se deba determinar de las consecuencias que acarreará la no participación del Reino Unido e Irlanda en las futuras medidas de Schengen<sup>939</sup>. Se afirma que en el caso de que se haya activado el freno de emergencia de los arts. 82 y 83 TFUE actuará como mediador entre los Estados que conforman la mayoría y las minorías, mientras que cumplirá la función de árbitro político para desbloquear contrastes susceptible de estancar la acción de la

---

sobre el respeto del principio de subsidiariedad de acuerdo a lo establecido por el art. 8 del Protocolo nro. 2, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 40.

<sup>934</sup> Se hace notar que en los hechos ante la presentación de un recurso prejudicial, el Tribunal muchas veces se expide sobre la adecuación o no de la norma nacional al derecho de la UE, no obstante esta no sea la finalidad de dicho recurso y realice la tarea que corresponde llevar a cabo al juez nacional, cfr. A. BERNARDI, *Le “Qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, cit., p. 344.

<sup>935</sup> R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 7.

<sup>936</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., p. 327.

<sup>937</sup> Art. 275 y 276 TFUE, cfr. A. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 80 s.

<sup>938</sup> Cfr. art. 68 TFUE

<sup>939</sup> Cfr. art. 82, 83, 86, 87 TFUE y art. 5 del Protocolo nro. 19.

Unión, como sería en los casos del art. 86 TFUE, 87 TFUE, art. 5 par. 4 Protocolo 19<sup>940</sup>.

A pesar de que el art. 15 TFUE expresamente establece que no tiene competencia legislativa, varias de sus atribuciones tienen repercusión en la acción legislativa de otras instituciones, ya que por ejemplo, debe definir los orientamientos estratégicos de la programación legislativa de la Unión en el área de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>941</sup>. La relevancia otorgada a este órgano, ha sido interpretada como otra instrumento de flexibilidad del sistema instaurado en Lisboa puesto que demostraría que los Estados miembros continuarán a liderar y establecer la orientación de este espacio<sup>942</sup>.

## 2. Instrumentos normativos de armonización del derecho penal

La comunitarización del tercer pilar se refleja, conforme ya se expresara, en los instrumentos normativos que los órganos de la Unión podrán utilizar en materia penal. Los artículos 82 y 83 TFUE establecen la posibilidad de que se adopten directivas con el objetivo de armonizar las legislaciones penales sustanciales y procesales penales<sup>943</sup>.

Ello implica que el derecho penal de la Unión podrá gozar de efecto directo (a diferencia de los instrumentos del tercer pilar donde estaba expresamente excluida dicha posibilidad) en caso de falta o defecto en la transposición<sup>944</sup>, y gozarán también de primacía sobre el derecho nacional, (principio que a pesar de no haber sido incorporado en ninguna norma del Tratado<sup>945</sup>, continúa a aplicarse como principio fundamental del sistema nacional). Es decir, en el caso de conflicto entre la norma penal nacional y una directiva UE no transpuesta o incorrectamente transpuesta deberá darse primacía a esta última y se deberá desaplicar la norma penal en cuestión, siempre que ello no implique determinar o agravar la situación del imputado o realizar una interpretación *contra legem*. En tales casos, el juez no podrá suplir la omisión del legislador y el Estado nacional podrá ser sometido a un procedimiento de infracción por el incumplimiento de sus obligaciones con la Unión<sup>946</sup>.

---

<sup>940</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 46.

<sup>941</sup> cfr. art. 68 TFUE.

<sup>942</sup> V. MITSILEGAS, *Eu criminal law*, cit., p. 46 s.

<sup>943</sup> Cfr. G. GRASSO, La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona, cit., p. 696; C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 119 ss; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 334.

<sup>944</sup> Las directivas para gozar de efecto directo deben cumplir con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 4 de diciembre de 1974, c-41/74, *Van Duyn vs. UK*. Al respecto son relevantes también las sentencias: TJUE, sentencia del 2 de agosto de 1993, C-271/91, *Marshall vs. Southampton & South West Health Authority* y TJUE, sentencia 9/10/1970, c-9/70, *Grad vs. Finanzampt*.

<sup>945</sup> Se encuentra reconocido en la Declaración nro. 17 de la Conferencia intergubernativa donde expresamente se establece que el principio sigue teniendo vigencia a pesar de su no incorporación al Tratado de Lisboa. En el tratado que adopta una Constitución para europeos del 2004 este principio se encontraba reconocido en el art. I-6.

<sup>946</sup> Cfr. TJUE, Sentencia del 3 de mayo de 2005, *Berlusconi*,

Las directivas, como ya fue señalado, obligan a los Estados en cuanto a los resultados a obtenerse, por ello es que requieren de su transposición y dejan a elección de éstos la forma y los instrumentos para alcanzarlos. Sin embargo, en el caso de las “*direttive dettagliate*”, donde se realiza con alto grado de precisión la descripción de los resultados a alcanzarse, los efectos vinculantes de éstas las asimilan a los reglamentos por quitar cualquier margen de maniobra a los Estados en la transposición. El riesgo de que se emitan este tipo de directivas tensaría, al derecho penal de la Unión con el principio de legalidad<sup>947</sup>.

Si bien la redacción poco feliz del art. 82 TUE<sup>948</sup> podría llevar a pensar que el Tratado de Lisboa continúa poniendo a la armonización del derecho penal al servicio de la cooperación<sup>949</sup>, varios autores coinciden en que ésta se ha independizado de la cooperación. En efecto, se afirma que en el ámbito penal sustancial se le ha otorgado al legislador europeo competencia penal autónoma para fijar el núcleo de desvalor de los delitos penales a adoptarse a nivel nacional en ciertos ámbitos, con total independencia de la finalidad de complementar la cooperación judicial<sup>950</sup> (conforme sí lo requería el tercer pilar) e, inclusive, de cualquier otra norma europea de contenido extrapenal<sup>951</sup>.

---

<sup>947</sup> G. SALCUNI, *Diritto penale europeo*, cit., 182.

<sup>948</sup> El artículo 82 establece: “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83”

<sup>949</sup> Cf. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 39 y 40; capítulo 3 y 4.

<sup>950</sup> Casos contemplados en el art. 83 y 325 TFUE

<sup>951</sup> Casos contemplados en el art. 83 inc. 1. TFUE, Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 2; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., p. 334; L. ARROYO ZAPATERO, M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen et Traité de Lisbonne: le cas de l’harmonisation autonome*, in *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2011, par. 1, in corso di pubblicazione; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2625, nt. 85; S. MANACORDA *Introduction. L’integration pénale indirecte, une première définition*, in *L’integration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne*, dirigido por G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, Paris, 2005, p. 21 ss.; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 395 ss.; G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 693 s.



En lo que atañe a las decisiones marco y demás medidas ya adoptadas en el campo del tercer pilar, se establece que éstas conservarán sus efectos hasta diciembre del año 2014. Luego de esa fecha, aquellas medidas que no hayan sido modificadas, derogadas o reemplazadas, mediante el procedimiento estipulado en el Tratado, tendrán los mismos efectos que las directivas y por lo tanto, sobre ellas también recaerán los poderes del Tribunal de Justicia y de la Comisión<sup>952</sup>.

### **A) Armonización del derecho penal sustancial**

El legislador europeo se ha convertido, a partir de Lisboa, en co-legislador de la norma penal nacional puesto que ahora se encuentra legitimado para definir las conductas que los Estados deberán sancionar penalmente en los sistemas jurídicos internos. Si bien la afirmación de nuevas hipótesis de responsabilidad penal de los individuos, promovidas por la Unión, deberán ser transpuestas por el legislador nacional, éste deberá traducir a nivel nacional “*le valutazioni di meritevolezza e necessità di pena espresse dalle disposizioni delle direttive penali adottate sulla base del articolo 83 (o nello specifico settore della lotta antiforze sulla base della disposizione dell’art. 325 TFUE)*” que serán realizadas por el legislador europeo<sup>953</sup>. En definitiva, la Unión podrá limitar la discrecionalidad de los legisladores nacionales delimitando los intereses a tutelar, las técnicas de tutela a utilizar y la elección de las sanciones a establecer<sup>954</sup>.

Dado que el derecho penal, como ya se hizo notar, forma parte de las materias que son competencia “concurrentes” entre la Unión y los Estados miembros<sup>955</sup>, resulta aplicable a su respecto el art. 2 TFUE según el cual los Estados ejercitan su competencia en la medida en que la Unión no ha ejercitado la propia<sup>956</sup>. Es decir, actualmente la Unión cuenta con prioridad para dictar medidas en los ámbitos establecidos por el Tratado de Lisboa pero cuando ejercite dicha competencia deberá respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad establecidos en el art. 5 TUE<sup>957</sup>.

#### **a. Armonización autónoma**

---

<sup>952</sup> Ver art. 9 y 10 del Protocolo nro. 36 sobre medidas transitorias del Tratado de Lisboa.

<sup>953</sup> R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 6.

<sup>954</sup> G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 669ss.

<sup>955</sup> Cfr. arts. 4, 67.3 y 82 a 86 TFUE. Cfr. L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, en *Il diritto penale nella prospettiva europea Quali politiche criminali per quale Europa?*, dirigido por S. CANESTRARI, L. FOFFANI, 2005, p. 370.

<sup>956</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione Europea*, cit., p. 2317; G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 685

<sup>957</sup> Sobre este tema ver infra capítulo V.

El inciso 1 del artículo 83 TFUE dispone que se podrán establecer “normas mínimas relativas no sólo a la definición de las infracciones penales sino también de las sanciones”. Es claro que el artículo en cuestión busca ir más allá de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en el fallo comentado en el capítulo anterior<sup>958</sup>, como así también que pretende establecer cierta limitación a la intervención penal de la Unión. Sin embargo, se hace notar que difícilmente tendrá este último efecto ya que se ha optado por utilizar una frase técnicamente imprecisa e inidónea para dar parámetros claros sobre el grado de profundidad y detalle que podrá contener la normativa penal europea<sup>959</sup>. Desde esta perspectiva, ha sido criticada la previsión del instrumento jurídico de las directivas para establecer las normas en cuestión dado que, además de que la costumbre de la Unión a sancionar “directivas detalladas”, se observa que el legislador europeo, para poder alcanzar el objetivo de armonización de la norma, se verá obligado a ir más allá de la descripción de los “resultados” debiendo ingresar en el ámbito de las “formas a utilizar” para alcanzarlos: si la directiva es demasiado concreta, se producirá una fuerte presión sobre los legisladores nacionales y si es amplia, se podría generar desigualdad entre los Estados y no armonización<sup>960</sup>.

A partir de la interpretación de dicha frase se afirma que se ésta referiría a la descripción de las conductas que, como mínimo, deben ser castigadas por los Estados, por debajo de lo cual no se podrá descender para que tenga lugar la garantía de un elevado nivel de seguridad; en cambio, no se darían limitaciones para que los Estados castigaran por demás<sup>961</sup>. La competencia otorgada a la Unión para definir sanciones tiene por objetivo armonizar la disparidad en los niveles sancionatorios<sup>962</sup> y superar la dicotomía que generaba la técnica del “*doppio testo*”<sup>963</sup>, legitimando que se prevean obligaciones más incisivas inclusive que las ya practicadas en el tercer

---

<sup>958</sup> Cfr. sentencia contaminación de buques

<sup>959</sup> Cfr. G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 700; R. SICURELLA, *La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l’armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, cit., p. 385.

<sup>960</sup> Cfr. M. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislaición penal europea: ¿una convergencia imposible?*, en *El Derecho Penal de la Unión Europea, Situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Cuenca, 2007, p. 80 s.; R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 25; A. BERNARDI, *Le “Qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, cit., p. 365 ss.

<sup>961</sup> Cfr. T. WEIGEND, en *ZStW* 116 (2004), p. 285 y B. SCHÜNEMANN, *ZStW* 116 (2004), p. 391, citados por el prof. Silva Sánchez quien, refiriéndose a las normas del proyecto constitucional afirma que esta interpretación es sistemáticamente coherente, puesto que son varios los lugares de la constitución (por ejemplo, el artículo 111-234.6) en que ésta admite que los Estados dicten normas que impliquen una mayor protección de la resultante de las leyes o leyes marco europeas, cfr. M. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislaición penal europea: ¿una convergencia imposible?*, cit., p. 81.

<sup>962</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 699.

<sup>963</sup> Y su continuo conflicto de competencias entre la Comisión y el Consejo, L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 216 s.

pilar (de acuerdo al del mínimo del máximo o a una rango pena de mínima del máximo de la escala penal)<sup>964</sup>.

Se afirma que es claro que la Unión no podrá adoptar directivas tendientes a regular solamente cuestiones de la parte general del derecho penal pero, por otro lado, no caben dudas que en las directivas vinculadas con alguna de las áreas delictivas detalladas en el artículo 83 TFUE, podrán establecerse disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas, la tentativa, la participación, etc., conforme ya se realizara en el ámbito del tercer pilar y en las propuesta de directivas que derogan y reemplazan algunas de dichas decisiones marco<sup>965</sup>. Inclusive se sostiene que sería legítimo que el legislador europeo establezca en dicho contexto los requisitos de relevancia y, en concreto, las situaciones o conductas que quedarían subsumidas en tales nociones. Es que la normativa penal europea necesariamente ocasionará una cierta armonización en dichos ámbitos y en el caso de que el legislador europeo se mantenga ausente, ésta se llevará a cabo por la intervención e interpretación del Tribunal de Justicia lo cual comprometerá no sólo equilibrio institucional sino las exigencias del principio de legalidad<sup>966</sup>.

El artículo 83 inciso 1 TFUE establece que las infracciones y sanciones definidas por la normativa penal europea deberán vincularse con ámbitos delictivos de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o repercusiones de las infracciones o de una particular necesidad de combatirlas según criterios comunes. Esta última frase evidencia la finalidad “*pratico-securitarie*” de las directivas que surgirán en este ámbito, de un todo conforme con los objetivos individualizados por el Programa de Estocolmo<sup>967</sup>. Según el prof. Grasso la fórmula utilizada por la norma para limitar y establecer los requisitos de la intervención penal de la Unión es demasiado genérica e imprecisa, no obstante se especifiquen cuáles son los ámbitos criminales en los que se actuará: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la

---

<sup>964</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 27; cfr. V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, cit., p. 107 ss.

<sup>965</sup> Cfr. Por ejemplo, Directiva 2011/36/UE que reemplaza a la Decisión marco 2002/629/JAI; Propuesta de Directiva que reemplaza a la Decisión marco 2004/68/JAI; Propuesta de directiva que deroga la Decisión marco 2005/222/JAI.

<sup>966</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 28 ss. Sobre la inevitable armonización de la parte general cfr. A. NIETO MARTÍN, *Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo*, en *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por M. Muñoz de Morales Romero, L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Universidad de Castilla La Mancha, 2007, p. 341 s.

<sup>967</sup> Esto objetivos fueron evidenciado en el Program de Estocolomo( 2010-2014) donde se delinea la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Partiendo de la constatación de que la criminalidad organizada esta asumiendo una dimension global y alarmante, dicho Programa insiste en la adopción de una articulada estrategia de lucha para confrontar dicha criminalidad. Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 3.

delincuencia organizada<sup>968</sup>. Se advierte que estos ámbitos, se vinculan con los “crímenes odiosos”, en los que resulta fácil contemplar al delincuente como el “otro” y donde es común que las garantías sustantivas, al menos, queden debilitadas<sup>969</sup>.

Dicha enunciación no es taxativa ya que los ámbitos de actuación podrán verse ampliados, mediante una decisión del Consejo adoptada por el voto unánime de sus miembros, previa aprobación del Parlamento europeo. Varios autores hacen notar que a partir de ello, la competencia armonizadora de la Unión se puede ver extendida, tendencialmente, a todos los delitos<sup>970</sup> por lo que, en general, se lamentan de que se haya previsto para dicha decisión un procedimiento que desdibuja la figura del Parlamento quien no podrá aportar modificaciones al texto ya predispuesto por el Consejo<sup>971</sup>.

### **b. Armonización accesoria**

El artículo 83 TFUE, inciso 2, establece “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 medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate”. Se interpreta que mediante esta norma se atribuye a la Unión una competencia penal accesoria (en comparación con la competencia penal autónoma del inciso anterior que representa el núcleo duro de la política criminal europea)<sup>972</sup> ya que podrá adoptar directivas de armonización penal en ámbitos donde ya hubiesen sido aprobadas normas de armonización extra-penal, siempre que ello sea indispensable para garantizar la eficacia de las políticas de la Unión porque las medidas oportunamente adoptadas no han demostrado ser eficaces. Las normas que nazcan para llevar a cabo esta armonización cumplirán la función de completar a las medidas extra-penales de la Unión consintiendo que en dichos sectores normativos el procesos de armonización contengan también un aspecto sancionatorio, de conformidad con lo oportunamente dispuesto por el

---

<sup>968</sup> Cfr. G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 697.

<sup>969</sup> El prof. Silva Sanchez expresa que estos ámbitos demuestran que la idea central es la de «seguridad». Cfr. M. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislaicón penal europea: ¿una convergencia imposible?*, cit., p. 76. En este mismo sentido, se señala que se reproduce la logica de la efectividad y de utilizar el derecho penal como un medio para un fin lo cual podría conllevar a una expansión del derecho penal tanto en la Unión como en los Estados miembros, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 112.

<sup>970</sup> T. WEIGEND, *ZStW* 116 (2004), p. 275 ss. citado por M. SILVA SÁNCHEZ, *Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?*, cit., p. 77.

<sup>971</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 697; C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, en M. D’Amico, P. Bilancia, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 159; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 47 ss.

<sup>972</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 217.

Tribunal de Justicia en las sentencias sobre el medio ambiente y sobre la base del principio de leal cooperación<sup>973</sup>.

Esta competencia penal de la Unión debe ser entendida en forma extensiva ya que si fuese considerada solamente como accesoria a disposiciones de armonización extra-penal de la Unión, dejaría fuera de la intervención penal los sectores de competencia exclusiva donde ésta nunca interviene a través de medidas de armonización como así también los sectores de competencia compartida donde se haya intervenido con medidas de unificación, lo cual no tendría lógica<sup>974</sup>. En función de ello se afirma que la norma en cuestión debe ser interpretada como el reconocimiento de competencia para aproximar disposiciones penales vinculadas con la necesidad de satisfacer exigencias de tutela propias del ordenamiento supranacional conectadas a la eficaz actuación de las políticas europeas<sup>975</sup>.

La ratio de esta norma es diversa a la del inciso primero, razón por la cual no se sujeta a los mismos requisitos que aquello pero requeriría una evaluación más rígida de la subsidiariedad a partir de la comprobación de su “indispensabilidad”<sup>976</sup>. Sin embargo, no todos están de acuerdo en que la “indispensabilidad” garantice que el derecho penal europeo vaya a ser utilizado como elemento subsidiario para la protección de los bienes jurídicos, sobre todo, teniendo en cuenta la tendencia de los órganos UE a justificar su actuación a fin de garantizar la eficacia de las políticas de la Unión<sup>977</sup>.

## **B) Armonización procesal penal**

El artículo 82 inc. 2 TFUE reconoce expresamente, también, la competencia de la Unión para establecer directivas de armonización en materia procesal penal, en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la cooperación en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Dichas directivas podrían abarcar solamente las áreas relativas 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; d) otros elementos específicos del procedimiento penal que el Consejo determine previamente, mediante una decisión adoptada por unanimidad con la aprobación del Parlamento Europeo<sup>978</sup>.

<sup>973</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 43 ss.

<sup>974</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., p. 2329; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 334; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, p. 5 s.

<sup>975</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 699.

<sup>976</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p.39.

<sup>977</sup> Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 335; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 108 y 112 s.; sobre la cuestión que esta norma plantea para el opt in/opt out del Reino Unido cfr. House of Lords, European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*, Volume II, 10th Report, session 2007-08, par. 6.179 a 6.189.

<sup>978</sup> Esta norma resulta de suma relevancia dado que existió un gran debate en cuanto a las existencia o no de base legal para que la Unión adoptara normativas de armonización en materia procesal penal.

Claramente en este ámbito el objetivo de la armonización se encuentra subordinado a mejorar el mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales y la cooperación policial. Ello marca una significativa diferencia con la aproximación sustancial prevista en el artículo 83 TFUE<sup>979</sup> y genera dudas en cuanto a la necesidad o no de demostrar que su adopción facilitará la referida cooperación<sup>980</sup>.

### 3.¿Competencia penal directa?

Dada la necesidad de transposición del instrumento jurídico de las directivas, se afirma que la competencia penal atribuida a la Unión en el ámbito penal es indirecta o mediata<sup>981</sup> ya que no cuenta con facultades para establecer normas penales directamente aplicables en los territorios nacionales. Sin embargo, para una parte de la doctrina ello no es aplicable en el ámbito de los intereses financieros de la UE donde el Tratado de Lisboa habría instituido, mediante lo dispuesto en el artículo 86<sup>982</sup> y 325<sup>983</sup> TFUE, también la competencia penal directa de la Unión<sup>984</sup>.

---

Cfr. House of Lords, European Union Committee, *1st Report of Session 2004-05 Procedural Rights in Criminal Proceedings*; Relazione finale del Gruppo X "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", CONV 426/02, Bruxelles, 02/12/02 (04.12); V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 90 ss y 105 s.

<sup>979</sup> G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 693 s.

<sup>980</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 109 s.

<sup>981</sup> Sobre la competencia indirecta de la Unión cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e rogetto di Costituzione Europea*, en DPP, 2004, p. 5 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, p 2; R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 384-385; G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 696; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 331.

<sup>982</sup> Art. 86 TFUE dispone: "Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust... Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones".

<sup>983</sup> Art. 325 TFUE establece: La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. 4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.

El artículo 86 TFUE establece que mediante un reglamento, adoptado según un procedimiento legislativo especial (unanimidad en el Consejo y con aprobación del Parlamento), podrá instituirse una Fiscalía europea para combatir los delitos que lesionan los intereses financieros de la Unión<sup>985</sup>. Asimismo, establece que el Consejo (también por unanimidad y la aprobación del Parlamento) podría extender las competencias de ésta para luchar contra la criminalidad grave que presenta una dimensión transnacional<sup>986</sup>. La doctrina se lamenta que en estos procedimientos también se haya restringido la actuación del Parlamento a la sola aprobación de los actos y sin darle su habitual rol de legislador<sup>987</sup>. Con este artículo se establece la base jurídica para la creación de la Fiscalía y previendo el posible bloqueo que algunos Estados podían presentar, se establece la posibilidad de impulsar el mecanismo de cooperación reforzada por parte de algunos Estados miembros en el caso de que el proyecto de reglamento no pueda alcanzar la unanimidad requerida<sup>988</sup>, así se afirma “è dunque evidente l'intento di rendere concretamente possibile tal inedito intervento penale europeo”<sup>989</sup>.

La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento que la crea, para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Además, ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la

---

<sup>984</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 325 ss; PICOTTI, *Il corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, en *Il corpus Juris 2000. Nuova formalazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 80; respecto a la misma norma del proyecto constitucional. cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, en DPP, 2004, p. 8 y 9; S. MANACORDA, *Los estrechos caminos d eun derecho penal de la Unión Europea. Problemas y perspectivas de un competencia penal “directa” en el Proyecto de Tratado Constitucional*, en *Crim*, 2004, p. 208 ss; S. RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea, Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, en *RTDPE*, 2004, p. 1128 ss.

<sup>985</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 225 ss. En el proyecto de Constitución la competencia no estaba restringida al ámbito de los intereses financieros. El artículo 86 es similar a una propuesta efectuada en el *Corpus Juris*, pero a diferencia de lo previsto en este último, el Procurador europeo no representa un órgano judicial supranacional al cual corresponde una unificación del derecho penal sustancial; el procurador debería ser el dominus de la faz de la investigación preliminar (en las materias confiadas a sus competencias) cfr. la similitud de este artículo con el *corpus iuris*, cfr. C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 158.

<sup>986</sup> Art. 86, inciso 4: Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión.

<sup>987</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 47 s.

<sup>988</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 718 hace notar que en este caso podría tener sentido experimentar la institución de una Fiscalía europea en un ámbito territorial más limitado para después extenderlo a otros estados en caso de que su utilización sea exitosa.

<sup>989</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 225.

acción penal relativa a dichas infracciones. El reglamento que establezca el Procurador debe establecer el estatuto de éste y las condiciones del ejercicio de las funciones, las reglas procedimentales aplicables a su actividad, a la admisibilidad de las pruebas y el control jurisdiccional de los actos del Procurador<sup>990</sup>. De esta forma se establecería un “corpus de reglas aplicables a la fase de las investigaciones preliminares delineándose un sistema procesal europeo”<sup>991</sup>.

La instauración de esta Fiscalía tiene por objeto accionar contra los delitos contra los intereses financieros de la Unión porque se habría verificado que “las autoridades competentes no siempre investigan y enjuician esos delitos, debido a lo limitado de los recursos asignados a la ejecución de la legislación. Como consecuencia, los esfuerzos nacionales en este ámbito están a menudo fragmentados y la dimensión transfronteriza de dichos delitos suele pasar desapercibida para las autoridades”. Se considera que los instrumentos legales intercambio de información y coordinación puestos a disposición de Eurojust, Olaf y Europol no son suficientes para lograr que los procedimientos penales de los Estados miembros sean estrechamente coordinados y eficaces a escala europea<sup>992</sup>.

Por su parte, el artículo 325 TFUE referido las medidas que podrá adoptar la Unión para combatir el fraude a sus intereses financieros, ha eliminado la frase que contenía su antecesor el artículo 280 TCE (“Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”) sobre la cual muchos se habían basado para negar la competencia directa de la Comunidad<sup>993</sup>. Este cambio ha generado incertezas en la interpretación de la norma<sup>994</sup>. Según algunos sólo muestra la mayor mordacidad de la competencia penal de la Unión en el ámbito de los intereses financieros ya que al no contar dicha norma con los límites establecidos por el art. 83 TFUE las medidas europeas no estarán sujeta a tener que adoptar sólo reglas mínimas e indispensables<sup>995</sup>, pero para otros esta norma crea una específica base jurídica para la creación de un derecho penal europeo diseñado para proteger los intereses financieros comunes, inmediatamente

---

<sup>990</sup> Cfr. V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, cit., p. 753 s.

<sup>991</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 715; Sobre la posibilidad de que dicho Corpus implique una unificación, cfr. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale ‘armonizzato’? le questioni in gioco*, *Diritto penale contemporaneo*, 17 de diciembre de 2013, en [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/50-/2706-il\\_diritto\\_penale\\_applicabile\\_dalla\\_procura\\_europea\\_diritto\\_penale\\_sovranazionale\\_o\\_diritto\\_nazionale\\_\\_\\_armonizzato\\_\\_\\_le\\_questioni\\_in\\_gioco/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/50-/2706-il_diritto_penale_applicabile_dalla_procura_europea_diritto_penale_sovranazionale_o_diritto_nazionale___armonizzato___le_questioni_in_gioco/)

<sup>992</sup> Cfr. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, Bruselas, 17/7/2013, COM(2013) 534 final. Sobre esta propuesta, cfr. S. RECCHIONE, *European Public Prosecutor Office*, en *Rivista elettronica di diritto penale contemporaneo*, [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/56-/2748-european\\_public\\_prosecutor\\_office\\_anche\\_gli\\_entusiasti\\_diventano\\_scettici/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/56-/2748-european_public_prosecutor_office_anche_gli_entusiasti_diventano_scettici/)

<sup>993</sup> L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 224.

<sup>994</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 109.

<sup>995</sup> G. GRASSO, *La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 719 ss.



operativo en cuanto a normas ( y sanciones) de derecho penal sustancial de la misma manera que aquellas que fueran delineadas en el *Corpus Juris*<sup>996</sup>.

En una perspectiva análoga, el prof. Sotis afirma que, en verdad, se habría instituido una competencia penal casi directa para la Unión ya que ésta podría emitir reglamentos donde se describan las normas de incriminación pero renviaría a los legisladores nacionales para la determinación de las sanciones aplicables<sup>997</sup>. En tal orden, afirma que de haberse otorgado una competencia penal directa a la Unión debería haberse establecido, conforme lo sostiene Grasso, en una norma clara y precisa y no en una norma ambigua como es el art. 86 TFUE, el cual en su traducción al castellano y al francés hace referencia a la definición de los intereses y no de las infracciones.

El prof. Grasso afirma que el atribuir la competencia penal directa a la Unión es un hecho muy importante para el derecho comunitario, razón por lo cual debería encontrarse establecido en una norma clara y precisa. La experiencia histórica enseña que cuando en los Tratados constitutivos han pretendido dar vida a un sistema penal supranacional lo han hecho mediante previsiones unívocas previendo al mismo tiempo una serie de disposiciones procesales para aplicar. En verdad, a partir de la lectura del art. 86TFUE, se podría validamente interpretar que el reglamento que establezca la Fiscaliza europea podrá individualizar las infracciones a las cuales se extiende la competencia supracional de ésta en lugar de interpretar que ha sido autorizada la Unión para crear reglamentos de derecho penal<sup>998</sup>.

---

<sup>996</sup> Cfr. L. PICOTTI, *Il corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, cit., p. 85s.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, p. 215 s. y 224 ss.; L. KUHL, *Spazio Giudiziario di cooperazione o di integrazione penale, L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 723, afirma que el Art. 325 cuando expresa "las medidas necesarias" crea la base jurídica para que la Unión pueda adoptar normas de aplicación directa donde prevea los delitos a nivel europeo, cuya persecución estará a cargo de la Fiscalía Europea responsable en la protección de los intereses financieros. Sin la previsión de algunos delitos a nivel europeo, considera que no será eficaz el funcionamiento eficaz de la Fiscalía.

<sup>997</sup> Cfr. C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit, p. 161; C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, p. 344 s.

<sup>998</sup> Cfr. G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 716 s.

## CAPITULO V: FLEXIBILIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. Constitucionalización del proceso de integración

El reconocimiento de la competencia penal a los órganos supranacionales, desde un principio, ha sido resistida por los Estados puesto que ella genera tensiones con principios y postulados considerados esenciales para el derecho penal nacional. A lo largo de la relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho penal de los Estados miembros, los principales cuestionamientos han encontrado basámen en el principio de soberanía nacional, los diferentes corolarios del principio de legalidad y el principio de ultima ratio del derecho penal. Por su parte, el reconocimiento por vía jurisprudencial del principio de primacía y efecto directo del derecho de la Unión y la ausencia de normas que afirmaran principios y derechos fundamentales en los Tratados constitutivos, contribuyeron a bloquear, por largo tiempo, que el derecho penal pudiese ingresar en el sector “comunitario”.

Desde muy temprano, la Unión ha ido ensayando diversas fórmulas y ha incorporado cambios en su ordenamiento legal para así permitir elastizar las tensiones generadas con los principios fundamentales y lograr que los Estados miembros acepten cederle una porción del preciado poder penal. El modelo diseñado por el Tratado de Lisboa implica el mayor avance realizado por la Unión en pos de lograr la armonización de las legislaciones penales; pero no se ha logrado sin esfuerzos compartidos, flexibilizándose las posturas, en la búsqueda de lugares comunes que permitieran avanzar pero poniendo al resguardo aquello que desde siempre ha sido considerado esencial.

Corresponde hacer notar que esta posibilidad de mayor intromisión de la Unión vino de diferentes instrumentos de flexibilización, que a modo similar de los “contralimiti” establecidos por los máximos Tribunales de los países miembros, permite a los Estados miembros de la Unión estar seguros de que podrán mantener al resguardo el núcleo esencial de sus principios fundamentales. Se afirma así que el precio de flexibilidad que la UE debió pagar por el reconocimiento de la competencia penal es no menor<sup>999</sup> y que ha debido aceptar que subsistan numerosos elementos intergubernamentales<sup>1000</sup> en las disposiciones del Tratados<sup>1001</sup>.

Amén de ello, la doctrina en general coincide que ha sido el proceso de constitucionalización que se viene produciendo en Europa, mediante el progresivo reconocimiento de principios y derechos fundamentales, ahora con valor de derecho primario, el factor determinante que allanó el camino para la aceptación de la

---

<sup>999</sup> M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 89 ss.; House of Lords, Justice Committee, 7<sup>th</sup> Report of Session 2009/2010, cit., parágrafo 15; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 37 ss.; S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty and Justice and Home Affairs: Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 5 ss.; C. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon A New Dimension for the Community Method*, cit., p. 31 ss.

<sup>1000</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 37, 41 a 57; A. KLIP, *European Criminal law*, cit., p. 35 y 36; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, cit., p. 192 ss.

<sup>1001</sup> Ver arts. 4 inc 2, 6 inc. 3, 67, 82 y 83 TFUE.

competencia penal de la Unión; ha sido aquello que finalmente dará legitimación a los instrumentos jurídico-penales de los que ésta se valdrá. Sabido es que los principios y los derechos fundamentales son “lugares privilegiados” para reflexionar sobre la construcción del derecho penal; hoy parece que así como las Constituciones de los Estados de Derecho legitiman y limitan al derecho penal nacional, el derecho penal de origen europeo también encuentra su legitimación y límite en los principios “constitucionales” establecidos por las tradiciones Constitucionales comunes y aquellos emergentes de su propio orden constitucional.

El Tribunal de Justicia cumple un rol esencial en este contexto. Por un lado, fue quien dio impulso al reconocimiento actual de los derechos y principios fundamentales en el ordenamiento de la Unión<sup>1002</sup>; en función de ello se afirma que “el activismo de los jueces de Luxemburgo –aceptado, aunque no sin vacilaciones, por los mismos países miembros y sus Cortes Supremas- ha terminado por comportar una verdadera y propia obra creativa de integración normativa confiriendo precisamente, según algunos, un evidente perfil constitucional a la (entonces) Comunidad Europea”<sup>1003</sup>. Por otro lado, es el encargado de velar por éstos en el ordenamiento jurídico de la Unión puesto que es quien deberá valorar, en última instancia, la legitimidad constitucional de sus normas y de las normas de transposición, bajo los parámetros aportados la Carta de derechos Fundamentales de la UE, el CEDH, las tradiciones constitucionales de los países miembros y aquellos reconocidos en los Tratados fundacionales<sup>1004</sup>.

Conforme se observará a continuación, el carácter *sui generis* de la Unión Europea<sup>1005</sup> ha marcado también a fuego el modelo constitucional que se ha venido desarrollando y dentro del cual se encuentra en gestación el derecho penal de la Unión. Una Constitución en transformación, constituida por principios escritos y no escritos, influida y en ciertas aristas similar a las constituciones nacionales, pero en medida ciertamente no menor apta para condicionar a estas últimas y a su vez, desarrollar diferenciadamente conceptos “constitucionales” de impronta marcadamente estatal. Dicho proceso exige que las constituciones nacionales dejen de ser sistemas cerrados y autosuficientes, para abrirse paulatinamente a los aportes externos de la Constitución europea, conformándose así un sistema multinivel de tutela, apto para desarrollar al maximum standard los principios y derechos fundamentales de los ordenamientos que lo conforman<sup>1006</sup>.

---

<sup>1002</sup> Entre otros, señala la marcada formación jurisprudencial del ordenamiento europeo A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 15.

<sup>1003</sup> A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>1004</sup> Ellos marca definitivamente el carácter constitucional del sistema UE dando legitimidad al derecho penal de la Unión, cfr. Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 138.

<sup>1005</sup> Subraya, entre otros, el hecho de que “el sistema de los Tratados comunitarios (...) y de toda la Unión no puede ser asimilado ni con el ordenamiento de una organización internacional ni con la estructura de un confederación de estados ni tampoco de algún sistema de estado federal” M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell’Unione europea*, Milán, 2008, p. 20 ss.

<sup>1006</sup> A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 15 ss.

## II. Flexibilización

Conforme recientemente se afirmara si bien, a partir de Lisboa, los Estados han aceptado verse obligados a las elecciones sancionatorias hechas por el legislador europeo, han exigido incorporar diversos instrumentos de flexibilización que les permitan maniobrar de manera individual ante la posible vulneración de los principios fundamentales de sus sistemas jurídicos nacionales. Así es que a la ya reconocida (por las Cortes constitucionales) posibilidad de activar los “contralimiti” cuando se verifica el riesgo luego de adoptada la norma europea, ahora se ha adicionado la posibilidad de activar previo a que ésta se sancione, diversos instrumentos de flexibilización como ser el freno de emergencia o mantenerse opt-out durante el proceso decisional, o podrán activar.

La “teoría de los contralímites” (teoria dei controlimiti), fue inaugurada con la Corte Constitucional Italiana y el BVG<sup>1007</sup> en los años 70s., pero luego fue retomada por otras Cortes constitucionales en Europea<sup>1008</sup>. Fundamentalmente sostiene que el Estado continúa siendo plenamente soberano con relación a los principios supremos y derechos fundamentales en su núcleo esencial, en función de lo cual es posible que para asegurar su efectiva tutela establezca un “controlimite” a las limitaciones, espontáneamente aceptadas por la ratificación de los Tratados<sup>1009</sup>. De esta manera se acepta, desde aquella época, que si se constatan conflictos entre la norma europea y alguno de los principios contenidos en el núcleo esencial del derecho de la Unión, sea puesto un límite a la primacía del primero en pos de salvaguardar estos últimos.

Ahora bien, no obstante es claro que hoy la Unión Europea da un paso de relevancia en pos de intensificar la integración en materia penal<sup>1010</sup>, se advierte que ese paso no pudo evitar que en él se refleje la tensión que existe entre los reclamos nacionales de diversidad de los países miembros y la demanda de uniformidad de las instituciones supranacionales<sup>1011</sup>. Ello expresa una “Europa a varias velocidades”<sup>1012</sup>,

<sup>1007</sup> Corte Costituzionale Italiana, sentencia del 27 de diciembre de 1973, n. 183, *Frontini y del BVG*, sentencia del 20 maggio 1974, *Solange I*.

<sup>1008</sup> Cfr. por ejemplo Tribunal Constitucional Español, sentencia del 14 de abril 1991, n. 28. Al respecto, SÁNCHEZ PATRÓN, *El control judicial nacional del respeto a los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario europeo*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n. 38/39, 2002, p. 172 s.

<sup>1009</sup> Entre otros, cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, dirigido por M. CARTABIA, Bologna, 2007, p. 22; N. GARCÍA RIVAS, *La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa*, in *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, dirigido por L. M. Díez Picazo, A. Nieto Martín, Navarra, 2010, p. 103 ss.; A. RANDAZZO, *I contro limiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente*, en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>1010</sup> Es decir, normas que son adoptadas por mayoría calificada en el Consejo Europeo, con participación activa del Parlamento Europeo y poderes de contralor sobre su aplicación por parte de la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. arts. 67, 82 y 83 TFUE.

<sup>1011</sup> Cfr. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, en *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 72, 76 y 93 ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Estados Unidos y Canada, 2009, p. 39 ss.

<sup>1012</sup> Expresión utilizada, entre otros, por Jacques Chirac luego del naufragio de la constitución europea. En el mismo sentido, cfr. F. TUYTSCHAEVER, *Differentiation in European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 174 se refiere a una “multi-speed integration”; D. CHALMERS, G. MONTI, *European*

puesto que permite a los países miembros frenar o retrasar su ingreso en el proceso de integración supranacional cuando éste avanza hacia áreas de mayor sensibilidad, donde no se encuentran preparados para ceder porciones de soberanía estatal. Por otra parte, estas formas de flexibilizar el sistema generan temores ya que podrían crear demasiada fragmentación en el orden jurídico de la Unión, tornándolo incierto<sup>1013</sup>, complejo en su interpretación y aplicación, en definitiva, incapaz de convertirse en un espacio común<sup>1014</sup>. Se afirma “*flexibility might be regarded as a way of maintaining the momentum of integration when national scepticism threatens to stall that process (enhanced cooperation mechanism), but it might equally be viewed as a way of harnessing national scepticism in order to stall integration and maintain a less unified and so less powerful EU*”<sup>1015</sup>.

### 1. Freno de emergencia y cooperación reforzada

Se sostiene que se ha podido ampliar la votación por mayoría cualificada a los artículos 82 y 83 porque, por otro lado, se ha previsto el «freno de emergencia», el cual ha sido valorado como “*garanzia di sussidiarietà e di democraticità delle scelte in campo penale*”<sup>1016</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 83 TFUE cuando un Estado miembro considere que un proyecto de directiva 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 legislativo ordinario, esto es el procedimiento conocido como “freno de emergencia”. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada se considerará concedida y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada. Debe tenerse en

---

*Union Law Updating supplement*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008, p. 17s hacen referencia a una Europa a “*variable geometry*”; W. VAN GERVEN, *The European Union: A Polity of States and Peoples*, Hart publishing, Oxford, p. 28, hace notar que John Major utilizó en este mismo sentido la expresión “*Europe à la carte*”.

<sup>1013</sup> D. CHALMERS, G. MONTI, *European Union Law Updating supplement*, cit., p.18; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 200 y 202.

<sup>1014</sup> S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty and Justice and Home Affairs: Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice*, en *Policy Brief No. 141*, CEPS (2007), p. 1 y 9, ([www.ceps.eu](http://www.ceps.eu)). Cfr. También G. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2007, I, p. 14 ss.; E. BERSELLI, A. CAVALLI, *Una strada, due velocità*, cit., p.109; G. BURCA, J. SCOTT, *Constitutional Change in the EU, From Uniformity to Flexibility*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 1 a 5.

<sup>1015</sup> M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 76.

<sup>1016</sup> A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, en *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 63; G. SALCUNI, *Diritto penale europeo*, cit., p. 182.

cuenta que el freno de emergencia es también contemplado en el artículo 82, parr. 3, TFUE para los casos en que un proyecto de directiva, con los objetivos establecidos en el parr. 2, afecte aspectos fundamentales del sistema nacional y el art. 86 y 87 establecen variantes del freno de emergencia y la cooperación reforzada.

Las cláusulas de freno se han creado para limitar el procedimiento legislativo ordinario, de este modo, el interés de las cláusulas de freno no reside tanto en el mecanismo que proponen sino en el hecho de permitir la ampliación del procedimiento legislativo ordinario a las políticas en cuestión ya que sólo así se ha podido convencer a los Estados miembros más recalcitrantes para que apliquen el procedimiento legislativo ordinario en determinadas políticas que antes aplicaban la regla del voto por unanimidad. Se ha hecho notar que si bien el freno de emergencia es un instrumento que buscaría resguardar a los estados nacionales, también debe ser analizado y utilizado con mucha cautela puesto que puede activar un procedimiento de cooperación reforzada, que permitiría adoptar las medidas en cuestión con el consentimiento de sólo 9 miembros sin necesidad de alcanzar una mayoría cualificada ni tener en cuenta la opinión del Parlamento<sup>1017</sup>. Se afirma que es un procedimiento confuso y complejo, que permite a sólo un Estado bloquear cada posibilidad de armonización del derecho penal; es un procedimiento engorroso y difícilmente eficaz, que en definitiva trastoca el sistema legislativo previsto compensándolo con una cooperación reforzada que no tiene sentido por cuanto ha quedado demostrado que la política de la Unión es efectiva cuando es seguida por todos los estados miembros y no por solo un grupo reducido<sup>1018</sup>.

## 2. Opt-in/opt-out

Otro de los mecanismos de flexibilización actualmente incorporados en el ámbito penal de la Unión Europea (para ya utilizado previamente en el área de la inmigración y control de fronteras) es el instrumento del opt-in/opt-out, mediante el cual se consiente que algunos Estados, más celosos de su poder soberano, se mantengan opt-out de la legislación penal europea y se reserven el derecho de opt-in para aquellos casos en que la normativa propuesta no se manifiesta peligrosa para el sistema jurídico nacional.

Este procedimiento podrá ser utilizado por el Reino Unido e Irlanda respecto a todas las medidas que se adopten en el ámbito penal europeo. Implica reconocer que dichos países no se verán obligados por las normas que se adopten en tal ámbito ni por la interpretación que de ellas realice el Tribunal de Justicia, salvo que notifiquen su intención de formar parte en la discusión y adopción de cualquier medida, dentro de un determinado plazo. Asimismo, en el caso de que no se haya

---

<sup>1017</sup> Según M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 90,

<sup>1018</sup> G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., p. 701; G. GRASSO, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 150; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 43.

efectuado dicha notificación podrán ejercer el opt-in con posterioridad a la adopción de las medidas, siempre que ello sea autorizado por la Comisión<sup>1019</sup>.

Dichos Protocolos con el Tratado de Lisboa incorporan una novedad, el deber del Reino Unido e Irlanda de soportar las consecuencias financieras que se deriven de su no participación en las modificaciones de normas del tercer pilar ya vigentes y vinculantes en su territorio. Respecto a esto último, se establece que tendrán la facultad de elegir si participar o no en las modificaciones que se propongan (bajo las mismas condiciones que para en el caso en que se deban adoptar nuevas medidas), pero si decide no intervenir en la versión modificada, el Consejo -a propuesta de la Comisión- podrá instarlo a presentar un informe, cuando considere que ello implica la “inviabilidad” de la medida para los otros Estados miembros o para la Unión. Una vez transcurrido el plazo, si el Reino Unido no ha realizado notificación alguna, la medida previamente existente dejará de ser vinculante para dicho país y el Consejo podrá determinar (por mayoría calificada de los Estados que intervienen en la modificación) que soporte las consecuencias financieras directas que se deriven, necesaria e inevitablemente, de su no participación<sup>1020</sup>.

Por otra parte, el Protocolo nro. 36 dispone a favor de sólo el Reino Unido<sup>1021</sup> que podrá notificar hasta el 1 de junio de 2014, su deseo de que no se apliquen los poderes del Tribunal de Justicia y la Comisión a las medidas adoptadas en el marco del tercer pilar (siempre que no hayan sido modificadas con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa)<sup>1022</sup>. En ese caso, todas las medidas no modificadas dejarán de ser aplicables en su territorio pero, el Reino Unido podrá notificar ulteriormente al Consejo, en cualquier momento, en cuáles de los actos que hayan dejado de tener vigencia en su territorio desea volver a participar<sup>1023</sup>.

Previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el *EU Select Committee de la House of Lords* y el *EU Scrutiny Committee de la House of Commons* emitieron diversos Reports<sup>1024</sup> donde se destacó la importancia del mecanismo de opt-in/opt-out establecido en los Protocolos nro. 21, nro. 36 y nro. 19<sup>1025</sup> puesto que tomando en

---

<sup>1019</sup> Conforme el procedimiento establecido por el art. 5 A, apartado 3 del TCE. Cfr. V. MILLER, *UK Government opt-in Decisions in the Area of Freedom, Security and Justice*, House of Lords Library, 19/10/2011, p. 2 ss.

<sup>1020</sup> Ver art. 4 bis Protocolo 21 del Tratado de Lisboa.

<sup>1021</sup> El resto de los *opt outs* también son concedidos a Irlanda del Norte.

<sup>1022</sup> Protocolo nro. 36 sobre las disposiciones transitorias, artículo 10,1. Cfr. J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, cit., p. 200 a 203.

<sup>1023</sup> Caso en el cual se aplicarán las disposiciones del Protocolo sobre el acervo de Schengen o del Protocolo nro. 21, tratando de restablecer el mayor nivel posible de participación del Reino Unido y evitando afectar gravemente el funcionamiento y coherencia de los diversos componentes. Ver las diferencias entre la aplicación de las disposiciones de uno u otro protocolo en S. PEERS, *The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing measures in 2014*, p. 6 ss.

<sup>1024</sup> House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, *The Treaty of Lisbon: in impact assessment. Volume I: Report*. Tener en cuenta también House of Commons, European Scrutiny Committee, 35<sup>th</sup> Report of Session 2006/07, *European Union Intergovernmental Conference* y 3<sup>rd</sup> Report of Session 2007/08, *European Union Intergovernmental Conference: Follow up Report*.

<sup>1025</sup> Sobre el mecanismo del *opt- in/opt-out* después de Lisboa y sus consecuencias cfr. S. PEERS, *EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, cit., p. 7 ss.; J. PIRIS, *The Lisbon Treaty A legal and political analysis*, cit., p. 198 a 200; V. MITSILEGAS,

consideración los nuevos poderes de las instituciones europeas, el Reino Unido podía verse obligado en el futuro a adoptar medidas no conformes a su sistema jurídico nacional (haciendo realidad el temor de muchos a la supresión del common law y a la pérdida de control e influencia del Reino Unido en estas áreas<sup>1026</sup>). Pero, por otro lado, también se ha mostrado preocupación por que la utilización de este mecanismo conlleve al aislamiento del Reino Unido y a la pérdida de su influencia política dentro de la Unión<sup>1027</sup>.

Por su parte, el Protocolo nro. 22 establece respecto a Dinamarca que no obstante este país no tendrá participación en las medidas que se adopten o se modifiquen conforme con lo establecido por el Título V del Tratado (sin posibilidad de ejercer en ningún momento el opt in), conservarán sus efectos las medidas anteriormente adoptadas en el marco del tercer pilar con los mismos efectos que tenían antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa. Las únicas medidas de éste título en las que participará Dinamarca son las que se adopten en pos de construir el ‘*Schengen acquis*’ (llamada medidas vinculadas al visado y control de fronteras).

Debe tenerse en cuenta que este modelo de integración mediante sistemas diferenciales no pareciera ser aquél que teleológicamente se ha propuesto la Unión, es decir, no es la meta final de ésta sino que sólo se presenta como una provisoria conclusión a difíciles procesos de negociación y de estrategias políticas<sup>1028</sup> en pos de avanzar hacia una integración cada vez más profunda. Ello se manifiesta en la previsión de una posible expulsión del Reino Unido en algunos sectores de los que ya forma parte y de la facultad de hacerlo cargar con los costos económicos de sus decisiones. Es evidente la antipatía que el *pick and choose* genera en la Unión y, en definitiva, el propósito de influenciar y de alguna manera presionar para que cada vez se involucre más profundamente en el proceso de integración regional<sup>1029</sup>.

---

*EU Criminal Law*, cit., p. 53 ss; M. FLETCHER, en *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 89 ss; A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, cit., 3 ss.; S. PEERS, *The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing measures in 2014*, p. 1 ss.

<sup>1026</sup> House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, cit., p. 110 a 113, 115 y 163. Todas estas cuestiones fueron también expuestas en House of Lords, Justice Committee, 7th Report of Session 2009/2010, cit.. Debe tenerse en cuenta que cuando se habla de temor por la pérdida de influencia del Reino Unido dentro de la Unión se hace referencia al hecho de que este país se vería obligado a activar el freno de emergencia cada vez que una medida no se vislumbrase conforme a sus sistema jurídico nacional habilitando al resto de los Estados a avanzar mediante el sistema de cooperación reforzada sin control parlamentario y aprobación de la mayoría calificada.

<sup>1027</sup> Cfr. House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Volume I, p. 162 ss; M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs'*, cit., p. 96 s.

<sup>1028</sup> N. WALKER, *Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe*, cit., p. 10.

<sup>1029</sup> Cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, cit., p. 6. Donde afirman “*The “all or nothing” nature of the opt-out was not – it is thought – exactly what the UK negotiators wanted, but was insisted on by the other Member States: in order to discourage the UK from exercising the opt-out lightly, and also to avoid recurrent disruptions from the UK opting out of measures one by one*”.



### III. Principios fundamentales y derechos humanos

#### 1. Principios fundamentales en las Tres comunidades

En los Tratados constitutivos de las tres Comunidades no se hacía mención alguna a principios y derechos fundamentales y el Tribunal de Justicia hasta fines de los años 60 del siglo pasado, el Tribunal de Justicia sostuvo que la salvaguarda de los derechos del hombre no ingresaba en su ámbito de competencias<sup>1030</sup>. En efecto, se señalaba que las instituciones comunitarias no tenían poder para promulgar la legislación penal en razón de que el ejercicio de esos atributos causa interferencia con las libertades individuales y como contraparte el respeto de principios fundamentales no estaba garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>1031</sup>.

No obstante ello, debe afirmarse que los Tratados europeos (CECA, EURATOM y sobre todo el CEE), preveían algunos principios capaces de tener consecuencias en el ámbito penal. En este orden es posible citar, a modo de ejemplo, el principio de no discriminación, previsto en el art. 7 del Tratado CEE<sup>1032</sup> y el principio de igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, previsto en el art. 119 del Tratado CEE, etc. Por su parte, el Acta Única Europea fue la primera en establecer, en su preámbulo, la necesidad de promover la democracia basándose sobre los derechos fundamentales sancionados en las constituciones, las leyes de los estados miembros y el Convenio para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y la Carta social europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia<sup>1033</sup>.

Sobre la base de algunos artículos del Tratado CEE que parecerían autorizar el recurso a principios generales de derecho no escrito<sup>1034</sup>, el Tribunal de Justicia fue progresivamente elaborando principios vinculados con los derechos fundamentales<sup>1035</sup>. En verdad, se advierte que la atención del Tribunal a los derechos fundamentales se vinculó con la necesidad de dar legitimación a la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno<sup>1036</sup> ya que los países miembros estaban reacios a reconocerla por el temor de que los órganos CE promulgaran normas en contraste con los derechos fundamentales reconocidos en sus ordenamientos legales.

Así fue que a partir de la sentencia Stauder<sup>1037</sup>, el Tribunal de Justicia comenzó a afirmar que los derechos fundamentales constituían parte integrante de los

---

<sup>1030</sup> La primer aproximación del Tribunal de Justicia en el tema de los principios y derechos fundamentales fue en la sentencia del 4 de febrero de 1959, causa 1/58, *Stork*.

<sup>1031</sup> C. HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, en *Rev. Marché commun Un. eur.*, 1993, p. 352 ss.

<sup>1032</sup> Sobre sus reflejos en el ámbito penal cfr. S. MANACORDA, *Principio comunitario di non discriminazione e diritto penale: primi appunti sulla efficacia neutralizzante*, en *Politica del diritto*, 2007, p. 49 ss.

<sup>1033</sup> Cfr. Preámbulo del Acta única europea

<sup>1034</sup> Arts. 164, 173 e 215 Tr. CEE, luego transformados en los arts. 220, 230 e 288 Tr. CE.

<sup>1035</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 406.

<sup>1036</sup> Cfr., G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, p. 434 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Turín, 1996, p. 26 ss.

<sup>1037</sup> TJUE, sentencia del 12 de noviembre de 1969, causa 29/1969, *Stauder*.

principios generales del derecho, de los cuales él mismo garantizaría su observancia. Posteriormente, fue precisando que entre éstos debían considerarse comprendidos aquellos previstos por las Cartas Internacionales a las cuales han adherido los países miembros de la Unión<sup>1038</sup> y los derechos fundamentales que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes<sup>1039</sup>.

Se hace notar que éstos últimos eran individualizados por el mismo Tribunal a través de investigaciones de tipo comparativo, pero ello no era una tarea simple. Los criterios teóricamente utilizables para recabarlos eran múltiples y podían ocasionar consecuencias muy diversas en cuanto al catálogo y grados e desarrollo de cada uno de los principios<sup>1040</sup>. En la práctica, los criterios comparativos más utilizados han sido el criterio de la orientación prevaleciente, en función del cual los principios y derechos fundamentales son reconocidos a nivel UE sobre la base y dentro de los límites de la “tendencia prevaleciente en los estados miembros” y el criterio de la *better law*, el cual implica someter a correctivos al criterio de la orientación prevaleciente por especial necesidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>1041</sup> o de cada caso concreto<sup>1042</sup>. No obstante lo expuesto, debe aquí hacerse notar que más allá de la técnica utilizada, la problemática de esta cuestión estriba en que al tener que individualizar los principios contenidos en las tradiciones constitucionales de 28 ordenamientos legales, que regulan culturas sociales y jurídicas diversas, el Tribunal debe necesariamente ejercitar un alto grado de discrecionalidad, no aconsejable desde el punto de vista de la certeza del derecho.

Ahora bien, en lo concerniente, específicamente, a la materia penal, entre los principios de derecho no escrito con mayores consecuencias en este ámbito se encuentra el principio de proporcionalidad. Este principio, leído conjuntamente, en particular, con el principio de leal cooperación de los países miembros de la

---

<sup>1038</sup> En la práctica, el texto internacional más usado ha sido el del CEDH; de vez en cuando el Tribunal ha hecho referencias al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, al Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales y a la Carta social europea, cfr. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>1039</sup> TJUE, sentencia del 14 de mayo de 1974, causa 4/1973, *Nold*.

<sup>1040</sup> Sobre las incertezas relativas a las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros, cfr. A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 77 ss.; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, en *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 624 ss.; A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 181 ss.

<sup>1041</sup> Una parte de la doctrina ha subrayado que el criterio de la *better law* (en sus primeros decenios de vida todavía esencialmente tendiente a los intereses económicos) “tiende a comprimir el desarrollo de los derechos fundamentales” y en sustancia a rebajar el natural porte constitucional de cada sistema de protección de los derechos en cuestión cfr. A. CIANCIO, *A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, [http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/41\\_2012.pdf](http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/41_2012.pdf), p. 5.

<sup>1042</sup> Entre estos dos criterios, aquel de la *better law* parecería, en definitiva, ser el privilegiado, en forma más o menos explícita por los jueces de Luxemburgo. G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 626.

Unión<sup>1043</sup>, ha consentido al Tribunal de Justicia, por un lado, declarar la ilegitimidad comunitaria de numerosas normas penales nacionales caracterizadas por contener sanciones excesivamente severas<sup>1044</sup> y por otro lado, admitir reales obligaciones de incriminación a cargo de los Estados miembros para trasponer textos del primer pilar. En este último sentido se ha afirmado que a partir del principio de proporcionalidad los jueces de Luxemburgo han comenzado por realizar el proceso de armonización penal de las sanciones<sup>1045</sup> y desarrollado una verdadera teoría de la “sanción nacional comunitariamente adecuada” con importantes consecuencias para los sistemas penales internos<sup>1046</sup>.

Asimismo, se reconoció como formando parte del derecho no escrito de la Unión (extraído de las tradiciones constitucionales comunes<sup>1047</sup> y el art. 7.1 del CEDH) el principio de legalidad. Este principio, al inicio, no fue desarrollado más allá de lo oportunamente realizado por el TEDH, reconociendo como sus corolarios la irretroactividad, claridad y precisión, interpretación previsible y no analógica de la ley penal<sup>1048</sup> pero luego de que este fuese reconocido por el Carta europea de derechos fundamentales, el Tribunal se habría adelantado algunos años a sus colegas de Estrasburgo, incluyendo como uno de sus corolarios el principio de ley penal más benigna. En este punto cabe destacar que se verifican dos constantes en la jurisprudencia del Tribunal, con relación al principio de legalidad: por un lado, no se observa que éste brinde particular importancia al corolario de la reserva de ley del Parlamento en la configuración del principio en cuestión<sup>1049</sup>, por otro lado, se

<sup>1043</sup> Ahora, art. 4 inc. 3 TUE .

<sup>1044</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* dirigido por T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 257 ss., let. a); A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 111 ss.

<sup>1045</sup> M DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, p. 543 ss.

<sup>1046</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit. p. 200 ss. Cfr. el debate sobre las obligaciones comunitarias de incriminación, C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, dirigido por G. GRASSO, Milán, 2000, p. 118-119; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, , p. 171 ss.; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 260 ss.; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, cit., p. 114 ss. En particular, TJUE, sentencia del 13 de julio de 1990, causa C2/88, *Zwartveld*; TJUE, sentencia del 28 de enero de 1999, C-77/97, *Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*.

<sup>1047</sup> En efecto, se señala que en la labor comparativa de las tradiciones constitucionales comunes parecería haberse utilizado el criterio del mínimo común denominador, A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 54.

<sup>1048</sup> Cfr. TJUE, sentencia del 10 de julio de 1984, causa 63/83, *Kent Kirk*; TJUE, Sentencia del 12 de diciembre 1996, causa C-74/95 y C-129/95, *Procedimento penale a carico di X*; TJUE, Sentencia del 28 junio de 2005, causa C-189/02 y otras, *Dansk Rørindustri*. Se afirma en efecto que el orientamiento de las sentencias de ambos Tribunales internacionales se alinean en el mismo sentido, salvo algunas interpretaciones sostenidas por el TJUE que han erosionado los perfiles garantistas del principio de legalidad (en particular en cuanto a la prohibición de modificaciones in malam partem) Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale europea*, cit., p. 92 ss.

<sup>1049</sup> Ello es advertido a partir de las sentencias que admiten la adopción de directivas penales sin especificar la forma en que deben ser transpuestas. Cfr. C. GRANDI, *Riserva di Legge e Legalità penale*

advierde que una especial relevancia se le otorga al principio de retroactividad de la ley penal más benigna y a la imposibilidad de determinar o agravar la responsabilidad penal de un individuo por efecto de una normativa europea no transpuesta o deficientemente transpuesta<sup>1050</sup>; ello es así al punto tal que no se ha dudado en darle prioridad al principio de retroactividad de la ley penal más benigna sobre el principio de primacía del derecho de la Unión europea<sup>1051</sup>.

En consonancia con el Tribunal de Justicia, se observa que los otros órganos emitieron una declaración en donde afirmaron que la normativa comunitaria además de comprender las normas de los Tratados y del derecho comunitario derivado, incluyen a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el derecho constitucional de los Estados miembros<sup>1052</sup>.

## 2. Principios fundamentales durante la vigencia de los tres pilares

Debe tenerse en cuenta que a fin de evitar los potenciales conflictos que pudiera aparejar una eventual dualidad jurisdiccional TEDH y TJCE, se pretendió salvar a partir de la incorporación de la Comunidad Europea al CEDH, lo cual no fue aceptado por el Tribunal de Justicia. Este entendió que la mentada incorporación entrañaría un cambio sustancial en los sistemas comunitario y de protección de los derechos humanos en la Comunidad, lo que tendría implicancias institucionales fundamentales para ésta y los Estados Miembros, excediendo el propósito y el alcance del art. 235 TCE. Asimismo, añadió que dicha hipótesis sólo sería viable a partir de una reforma del Tratado ya que en ese momento la Comunidad carece de competencia para acceder a la mencionada Convención atento que ninguna previsión del Tratado acuerda un poder de tal magnitud a las instituciones comunitarias<sup>1053</sup>.

No obstante el Tratado de Maastricht no realizó modificaciones en ese sentido, estableció en el texto del Tratado CE que la Comunidad “respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”<sup>1054</sup>. Asimismo, en el ámbito del tercer pilar que las medidas a adoptarse deberían respetarse el CEDH<sup>1055</sup>. Si bien ello fue un primer paso en pos de reconocer los principios y derechos fundamentales en el ámbito del derecho de la Unión, se advierte que no implicó someter de alguna manera el derecho de la

---

*europa*, cit., p. 94.

<sup>1050</sup> Cfr. TJCE, sentencia 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, TJCE Ordenanza del 13 de julio de 1990, *Zwartveld*; TJUE, sentencia del 16 de junio de 2005, c-105/03, *Maria Pupino*.

<sup>1051</sup> Cfr. TJUE, Sentencia del 3 de mayo de 2005, *Berlusconi*, cfr. A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, en AA.VV., *Ai confini del «favor rei»*, dirigido por BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI, Torino, 2005, p. 31 ss.

<sup>1052</sup> Dichiarazione comune è pubblicata in Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione delle Comunità, adottata a Lussemburgo il 5 aprile 1977, cfr. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. C 103, 27 aprile 1977, p. 1.

<sup>1053</sup> Cfr. TJUE, la Opinión Consultiva 2/94 del 28 de marzo de 1996.

<sup>1054</sup> Cfr. el artículo F 2 TCE.

<sup>1055</sup> Cfr. art. K.1.

Comunidad al control de la Convención ni tampoco se parecería haber habilitado mediante el Tratado que ésta utilizase el CEDH como parámetro de control de su propio derecho puesto que el art. L del TCE excluyó expresamente dicha norma del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Justicia<sup>1056</sup>. Por su parte, de relevancia fue el reconocimiento que el Tratado de Maastricht realiza del como formando parte de los “principios de derecho escrito”, el principio de subsidiariedad, el cual implicó un claro límite a la extensión de la competencia de la Comunidad en el primer pilar<sup>1057</sup>.

El Tratado de Amsterdam no trasladó la restricción impuesto por el art. L del TCE, incluyendo el ex art. F.2. dentro de la órbita del Tribunal de Justicia, por medio del art. 46 TCE. Asimismo, este Tratado positivizó como principios comunes el de libertad, democracia, respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Ello significaría según el Tribunal que “la Unión se basa en el principio del Estado de Derecho y ...que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión”<sup>1058</sup>.

El 7 de diciembre de 2000 en Niza<sup>1059</sup>, se proclama la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, pero que por muchos años ha mantenido un carácter meramente político, a raíz de la perplejidad de los Estados miembros frente a las consecuencias de orden constitucional conexas con su eventual e inmediata elevación al rango de derecho primario<sup>1060</sup>. Se afirma que habiendo sido adoptada la Carta luego de la creación del tercer pilar, explica la razón por la que en esta se encuentran diversos principios garantistas fundamentales en materia penal, no siempre previstos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ni representativos de los más importantes principios penales comunes en las Constituciones de los países miembros<sup>1061</sup>. Además de las clásicas prohibiciones a la pena capital y a las penas inhumanas y degradantes, respectivamente previstas por los art. 2.2. y 4 de la Carta, en el Título VI, dentro del apartado “Justicia” son reconocidos: en el art. 49 el principio de legalidad penal<sup>1062</sup> y el principio de proporcionalidad de las penas. A estos se suma un catálogo de principios procesales tales como: el derecho a la tutela

---

<sup>1056</sup> R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, p. 171, nota 79.

<sup>1057</sup> Cfr. Art. 3B Tratado de Maastricht. A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>1058</sup> Cfr. TJUE, 27/2/2007, c-354/04, *Gestoras pro Amnistia vs. Consejo*.

<sup>1059</sup> Por segunda vez el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, en esta oportunidad la proclamación ha tenido por objeto una Carta en versión adaptada y ha sido aprobada el día anterior a la firma del Tratado de Lisboa (13 de diciembre del 2007), con el cual – como se sabe – la competencias penales de la Unión han sido ampliadas y comunitarizadas.

<sup>1060</sup> A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 673 ss.

<sup>1061</sup> Tales principios garantistas “concurren indudablemente a valorizar la dimensión constitucional adquirida por el derecho penal en el marco normativo de la Unión Europea, cfr. A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e Progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 9.

<sup>1062</sup> Preve expresamente un principio de legalidad enriquecido por el corolario de la retroactividad favorable.

judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47); la presunción de inocencia y los derechos de defensa (art. 48), el principio del ne bis in idem (art. 50). Finalmente, existe ulteriores principios y derechos fundamentales que si bien no son reconocidos desde una perspectiva penal pueden relacionarse estrechamente con el ámbito penal impidiendo que las prohibiciones penales compriman de manera ilegítima la libertad, sea reclamando la tutela penal del libre ejercicio de la libertad <sup>1063</sup>.

Se advierte que a pesar de la falta de vinculatoriedad de la Carta en los hechos demostró ejercer una gran influencia en el legislador europeo <sup>1064</sup> y en la actividad interpretativa de los jueces internacionales y nacionales <sup>1065</sup>. Sin embargo, el hecho de que los principios y derechos fundamentales de la Carta de Niza, hayan debido convivir con aquellos recabados del CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, fue dando vida a fenómenos de contraposición en cuanto a su contenido y jerarquía <sup>1066</sup>; asimismo tampoco logró quedar claro cuáles eran los efectos de esta última en el control de calidad de la normativa europea o de derivación europea, en especial, en el ámbito del tercer pilar <sup>1067</sup>.

### 3. Principios fundamentales y el Tratado de Lisboa

#### A) Carta Europea, CEDH y Tradiciones constitucionales comunes

El Tratado de Lisboa, pese a renunciar a insertar la Carta Europea dentro de los Tratados constitutivos <sup>1068</sup> le ha atribuido pleno valor jurídico, inscribiéndola entre las fuentes originarias del Derecho de la UE <sup>1069</sup>. De tal modo, los principios y derechos contenidos en la Carta Europea devienen –a la par de que aquellos previstos en los tratados <sup>1070</sup>– en parámetros para valorar la legitimidad de las fuentes UE de derecho derivado y de las normas nacionales de transposición <sup>1071</sup>. Por su parte, la

<sup>1063</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 3.

<sup>1064</sup> Cfr. Parlamento europeo, resolución 2001/2022 del 31 de mayo del 2001.

<sup>1065</sup> Cfr. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, en *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turín, 2008, p. 379 ss; F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, cit., p. 2.

<sup>1066</sup> Cfr. A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, cit., p. 85 ss; id., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” between european law and national law, in *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, dirigido por M. C. Bassiouni, V. Militello, H. Satzger, Padua, 2008, p. 109 ss.

<sup>1067</sup> La pluralidad y diversidad de órganos jurisdiccionales habilitados a utilizar estos principios y derechos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jueces Nacionales ordinarios y Jueces Constitucionales) ha tenido consecuencias su aplicación verificándose una desordenada proliferación de interpretaciones jurisprudenciales que muchas veces se cruzan entre sí e, inclusive, se invaden. Cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p. 59 ss.

<sup>1068</sup> Cfr. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit., par. 2.

<sup>1069</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2318 ss, sostiene que este reconocimiento es el fruto maduro de su evolución.

<sup>1070</sup> Por ejemplo aquellos contenidos en el art. 2 del TUE..

<sup>1071</sup> Sobre el significado atribuido al envío a la Carta de los derechos fundamentales previsto en el art. 6 TUE cfr. F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in [La Comunità](#)

llamada “comunitarización del tercer pilar de la Unión”, llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, hará posible a los ciudadanos particulares impugnar frente a los jueces de Luxemburgo los actos de derecho UE, sean sustanciales o procesales, adoptados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, con la consiguiente posibilidad de hacer valer en el ámbito UE su contrariedad a la garantía individual<sup>1072</sup>.

El Tratado, además, prevé la futura adhesión de la Unión al CEDH como así también que los derechos humanos previstos en ésta y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes forman parte de los principios generales de la comunidad<sup>1073</sup>. Ello significa que ciertos derechos y garantías no reconocidos en la Carta pero reconocidos en el CEDH o tradiciones constitucionales comunes deberán también ser tenidos en cuenta al momento de determinar los parámetros garantistas de una norma penal de la Unión. Tal sería el caso del principio de culpabilidad, el cual no fue reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los años 90s<sup>1074</sup>, pero actualmente ha sido deducido del principio de legalidad del art. 7 de la CEDU por el Tribunal Europeo<sup>1075</sup>.

Los derechos y garantías previstos en la Carta se deberán aplicar en el ámbito de competencia de la Unión, dado que el art. 51 de la Carta expresamente establece que ésta no introduce competencias nuevas o deberes nuevos para la Comunidad y la Unión, ni modifica las competencias y los deberes definidos en el Tratado y aplicándose por los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión. Consagra lo que ya había sido expresado por el Tribunal de Justicia<sup>1076</sup> en pero, en verdad, va más allá de la sentencia del Tribunal dado que, según el Prof. Grasso se deben respetar los derechos fundamentales de la Carta no sólo cuando la norma interna transpone una normativa de la Unión sino siempre que las normas estatales se vinculen con un área de competencia de la Unión o sectores ya regulados por la Unión<sup>1077</sup>. En definitiva, expresa “in generale è da ritenere che, come è stato

---

[Internazionale](#), 2009, p. 43 ss.

<sup>1072</sup> El art. 263 TFUE, a diferencia del artículo 35, en el inciso 6, del TUE incluye a los individuos entre los sujetos capaces de presentar el recurso de nulidad de las normas penales reglamentarias. Cfr. E. ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *dir. pen. proc.*, 2012, p. 770, nt. 35.

<sup>1073</sup> Ello ha sido posible por la modificación que realizó al CEDH el protocolo nro 14, el cual agrega al artículo 59 ( que establecía que los Estados pueden adherirse al Convenio) que también podrá adherirse la Unión Europea.

<sup>1074</sup> Cfr. TJUE, sentencia del 10 julio 1990, c. 326/58, *Hansen*.

<sup>1075</sup> Cfr. TEDH, sentencia de 20 enero 2009, *Sdufondi e altri c. Italia*. Cfr. sobre esta temática A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 57; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 108

<sup>1076</sup> TJUE, sentencia del 30 de junio de 2009, *Cinétique e Demirel*

<sup>1077</sup> Confirmaría este criterio el Tribunal de Justicia en una sentencia donde ha expresado que se deben respetar los principios y normas relativas a derechos fundamentales tutelados en el art. 6 del Tratado (como el principio de legalidad) también cuando se definen los delitos contenidos en el elenco de la decision marco, cfr. Sentencia del 3 de mayo 2007, causa c-303/05, *Advocaten voor de Wereld*.

sottolineato, tutta l'area del diritto penale europeo costituisce un terreno privilegiato di applicazione della tutela dei diritti fondamentali<sup>1078</sup>.

Se advierte que la futura adhesión al CEDH provocará el refuerzo de la tutela de los derechos humanos mediante el sometimiento del sistema jurídico de la UE al control externo e independiente de los jueces de Estrasburgo<sup>1079</sup> pero también generará dudas en cuanto a su relación con la Carta. el derecho de la Unión y el derecho de transposición en las esferas nacionales<sup>1080</sup>. En efecto se ha expresado “Se, da un canto, pare prevalente la posizione di quanti vedono in ciò un potenziamento della tutela dei diritti, come risultato della concorrenza (e/o coesistenza) virtuosa di sistemi autonomi (e/o integrati)2, d'altro canto, è indiscutibile che tale patchwork sia anche foriero di un certo senso di smarrimento per l'interprete<sup>1081</sup>”.

En este sentido, se señala que una de las principales cuestiones que se plantean, se refiere a cual será el rol de los principios y derechos recabados de las tradiciones constitucionales comunes dentro de un sistema global, ahora modificado porque se le ha otorgado valor vinculante a la Carta. La respuesta preferible continúa siendo la misma, es decir, que los derechos y principios de matriz constitucional de los países miembros deben asumir el rol de fuente complementaria no solo para suplir la eventual y radical ausencia de algunos de ellos en el Tratado y en la Carta Europea, sino también para integrar el contenido de los principios y derechos previstos por estos. Esta solución es la más garantista<sup>1082</sup> e idónea a favorecer la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia, consintiendo a una constante enriquecimiento del catálogo de los principios, derechos fundamentales y de sus

<sup>1078</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 2318 ss. Según la Prof. Maugueri también deben ser respetados los principios y derechos fundamentales cuando los Estados aplican las sanciones del reglamento 2988/95, Cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/05. Un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, en *La lotta contro la frode*, dirigido por Grasso, Giuffré, Milano, 2000, p. 194 ss..

<sup>1079</sup> Contrariamente, hasta ahora el control de los jueces de Estrasburgo, no pudiendo expedirse directamente sobre los actos aprobados por la Unión, ha tenido como objeto las normas nacionales de trasposición, de forma tal de imputar a los Estados miembros violaciones de la CEDH reconducibles a la normativa aprobada en el ámbito del primer o tercer pilar de la Unión Europea. Cfr. L. M. DíEZ PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, dirigido por S. Panunzio, Napoles, 2005, p. 279 ss. Cfr. sobre las relaciones de estos instrumentos cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, en *Revista Penal*, 2010, p. 15 a 40; según la House of Lords, European Union Committee, 7<sup>th</sup> Report of Session 2009/2010, cit., parágrafo 20 esto significa que todas las instituciones y normas de la Unión se encontrarán sujetas al Tribunal Europeo de Derechos y Libertades del Hombre, en este mismo sentido, se expiden R. WARD, A. AKHTAR, *English Legal System*, cit., p. 2.

<sup>1080</sup> Cfr. R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 433 y bibliografía detallada en la nota 241. En efecto, Manacorda afirma “La poliedricità degli standard normativi di riferimento, combinata con la moltiplicazione delle istanze giurisdizionali chiamate a darvi applicazione, rischia di sfociare nell'incertezza applicativa, dando appunto vita a quel “diritto à la carte”, cui allude il titolo di questo scritto” cfr. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, *Rivista Diritto penale contemporaneo*, 3/2013, p. 245 ss.

<sup>1081</sup> Cfr S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, cit., p. 242.

<sup>1082</sup> A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, en *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 58.



corolarios<sup>1083</sup>. En efecto se afirma que los “contralimiti” serán activables siempre que el ordenamiento nacional cuente con un nivel más alto de tutela de los derechos y garantías individuales<sup>1084</sup>.

El Tribunal de Justicia, recientemente se ha pronunciado dando luz sobre la actual ubicación jerárquica del Convenio. Ha afirmado que éste no tiene el mismo valor que la Carta ya que, no habiéndose producido aún la adhesión de la UE, el Convenio no es equiparable al derecho primario de la Unión<sup>1085</sup>. De esta manera se ha dado razón a la doctrina mayoritaria y a la interpretación efectuada por la Corte Constitucional Italiana<sup>1086</sup> en cuanto a la situación actual del Convenio pero nada se ha dicho sobre la relación que habrá ente esta y el CEDH cuando se produzca la futura adhesión.

En verdad, se señala que la aplicación contradictoria de los principios y derechos fundamentales puede verse favorecida por la diversidad de contextos institucionales y culturales en los que operan los respectivos órganos jurisdiccionales y las peculiares exigencias de cada caso concreto<sup>1087</sup>. En definitiva, el contenido de estos últimos quedará condicionado, en concreto, por las interpretaciones que realicen el Tribunal de Justicia<sup>1088</sup> y los jueces internos cuando deban controlar la legitimidad de las normas (penales) contenidas, respectivamente, en las fuentes

---

<sup>1083</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., par. 5; A. Bernardi, trabajo para la argentina, en curso de publicación; V. Manes, Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento e (per il giudice) penale interno, in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 61 ss.

<sup>1084</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. Dir. Pen. Proc.*, nro. 11/2005, p. 1439.

<sup>1085</sup> cfr. TJUE, sentencia del 26 de febrero de 2013, causa 617/10, *Fransson*. Debe recordarse que el Tribunal de Justicia, en la sentencia del 24 de abril del 2012, causa C-571/2010, *Kamberaj*, había excluido que el juez nacional se encuentre obligado a desaplicar la norma interna hasta en caso de constate con el CEDH elevado al rango de derecho fundamental de la UE, en cuanto sea considerado dentro de un controversia regulada por fuente de la UE. Ello así, teniendo en consideración el hecho de que el “artículo 6 párrafo 3 TUE no disciplina la relación entre CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, niquiera determina las consecuencias que un juez nacional debe deducir en la hipótesis de conflicto entre los derechos garantizado por tal Convención y una norma de derecho nacional”. Sobre este tema cfr. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell’Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, en [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, en *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, dirigido por R. Foglia e R. Cosio, Milán, 2012, p. 241 ss.

<sup>1086</sup> cfr. Corte Costituzionale, sentencia del 12 octubre de 2012, n. 230; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?* Note a margine delle sentenze *Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, cit., p. 246.

<sup>1087</sup> Sobre el elevado margen de creatividad interpretativa relacionado a la peculiaridad de los casos *sub iudice*, cfr., por ejemplo V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell’uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, en *La fabbrica delle interpretazioni*, dirigido por B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò, Milán, 2012, p. 61 ss.

<sup>1088</sup> Tener en cuenta que por ejemplo, respecto al principio de Legalidad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha seguido en varias oportunidades la jurisprudencia del TEDH sobre la cualidad de las normas penales, cfr. A. BERNARDI, *Le “Qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, en *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 362; F. SORRENTINO, [La tutela multilivello dei diritti](#), cit., p. 79 ss..

europas de derecho derivado y en los textos nacionales de transposición de las normas (penales) nacionales de derivación europea.

Por estos motivos se expresa que el creciente recurso en ámbito europeo a los derechos fundamentales podría no resultar privado de costos desde el punto de vista de la certeza legal y la confianza de los ciudadanos en la seguridad de su situación jurídica, los cuales pueden ser particularmente elevados cuando las normas involucradas tienen carácter penal<sup>1089</sup>. Es que resulta intuible el incremento de discrecionalidad que terminarán por tener jueces puestos a hacer juegos de malabares con los principios generales y los derechos fundamentales no sólo de su propio ordenamiento jurídico sino también de los originados en otros ordenamientos<sup>1090</sup>.

## **B) Principio de Legalidad.**

Actualmente, es posible afirmar que la legitimidad de la fuentes penales comunitarias, por un lado, surge del reconocimiento del principio de legalidad en el ordenamiento supranacional (art. 49 de la Carta, 7 del CEDH y los textos de las constituciones nacionales), lo cual deriva en que éste se ha convertido en un principio que se ubica como parámetro con valor de derecho primario para valorar que la normativa de la Unión que deberá respetarlo plenamente bajo pena de nulidad<sup>1091</sup>. Por otro lado, la permanente tensión de la norma europea con la ratio de legitimación democrática del principio de legalidad, a partir de las reformas incorporadas por el Tratado de Lisboa, ha sido distendida ya que es opinión de la mayoría que la participación vinculante del Parlamento europeo, la participación de los Parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad y la posibilidad de activar recursos ante el Tribunal, habrían mejorado el déficit democrático desde siempre criticado respecto del proceso de formación de las normas europeas.

Sin embargo, que parte de la doctrina considera que tal déficit, si bien mejorado, no ha desaparecido y que continúa poniendo en tensión con el principio de legalidad al derecho penal de la Unión. En este sentido, por una parte, se afirma que se habría vaciado la discrecionalidad selectiva de los Estados en la delimitación del área de lo penalmente relevante, vulnerando así la ratio garantista del principio de reserva de ley<sup>1092</sup>. Por otra parte, que el Parlamento europeo no goza de las

---

<sup>1089</sup> F. PALAZZO, *Il costituzionalismo penale italiano e le Corti europee*, in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Scritti in onore di Enzo Cheli, dirigido por P. Caretti, M.C. Grisolia, Bologna, 2010, p. 569 ss., par. 7.

<sup>1090</sup> A. BERNARDI, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista*, en curso de publicación en Argentina.

<sup>1091</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'essercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p.9 ss.; A. BERNARDI, *Riserva di legge e fonti europee in materi penale*, en *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 80 ss.

<sup>1092</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale e considerazioni su trasformazioe e complessita di un principio "fondamentale"*, en *Q. Fior*, 2007, p. 1298; G. FIANDACA, E MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, p. 70. R. SICURELLA afirma "il particolare rapporto di integrazione tra ordinamenti - sovrmnazionale e nazioni - lunghi dall'escludere a priori in toto la legittimità degli interventi normativi dell'ente sovranazionale in materia penale, quest'ultima venga di contro valutata sulla base dell'accertamento dell'idoneità dell'ordinamento sovranazionale...ad assicurare le medesime

características típicas de control político propios de los Parlamentos nacionales de países democráticos<sup>1093</sup>, la composición del Parlamento no respetaría el principio de igualdad del voto y este órgano no tendría capacidad para representar a los ciudadanos europeos<sup>1094</sup>. Asimismo, se sostiene que atenta contra la superación del déficit democrático que el Parlamento europeo no cuente con poder de iniciativa ya que no le permitiría participar plenamente en la elaboración de la normativa EU<sup>1095</sup> (sin perjuicio de que éste cuente con la posibilidad de presentar proyectos ante la Comisión)<sup>1096</sup>. Finalmente, también se ha puesto en dudas el efectivo control democrático ejercido por el Parlamento y la transparencia de su intervención, luego de analizar su actuación en el Título IV del TUE previo a Lisboa, en el procedimiento de co-decisión. Se observa que éste habría actuado como un Estado más del Consejo a fin de arribar a acuerdos en la primer lectura (donde todo se negocia a puertas cerradas sin realizarse publicaciones que permitan su control) para así mostrar eficacia en su actuación<sup>1097</sup>.

Sin perjuicio de ello el prof. Grasso entiende que si bien dichas críticas deben tenerse en cuenta y en principio, no permitirían ir más allá del reconocimiento de una competencia penal indirecta, no logran deslegitimar la competencia atribuida a la Unión en el ámbito penal. La tensión existente es en ciertos aspectos natural y fisiológica ya que la competencia supranacional se mueve en una dimensión diferente a la nacional, no pudiendo comportar que los principios actúen de una manera diversa en su ámbito supranacional<sup>1098</sup>. Las fuentes europeas se encuentran insertas en un “*clima costituzionale*” que, junto a la progresiva democratización del procedimiento legislativo de la Unión (todavía perfectible), ofrece garantías equivalentes a las que confiere el principio de reserva de ley estatal<sup>1099</sup>. En este

---

garanzie degli ordinamenti interni”. Asimismo, pone en duda que el principio de reserva de ley estatal tenga por efecto bloquear el reconocimiento de legítima competencia penal a la Unión cfr. R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 16 s.

<sup>1093</sup> cfr. U. DRAETTA, *L'Unione europea tra processo costituente e sovranità nazionale*, en *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, principi fondamentali e tutela dei diritti*, dirigido por U. DRAETTA, N. PARISSI, D. RINOLDI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 15.

<sup>1094</sup> J.M. SILVA SANCHEZ, *Principio de Legalidad y legislación penal europea: una convergencia imposible*, en *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, dirigido por L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTIN, Cuenca, 2007, p. 79; sobre otros argumentos en contra y más bibliografía cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 115 ss.

<sup>1095</sup> Puesto que ello no le permitiría participar plenamente en la formación de las fuentes europeas. Cfr. A. BERNARDI, *Le “Qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 348; I. FROMM, *Supranational Criminal law competence and the Democratic Deficit of the European Union*, en *Journal of European Criminal Law*, nro. 2, 2008, p. 43.

<sup>1096</sup> Cfr. Art. 225 TFUE.

<sup>1097</sup> House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007/2008, p. 116 s.

<sup>1098</sup> R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'unione europea in materia penale*, cit., p. 7; G. GRASSO *La “competenza penale” dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 305

<sup>1099</sup> Según Grasi, teniendo en cuenta la crisis en la que se encuentra el principio de reserva de ley, el procedimiento legislativo establecido por el Tratado y los poderes de armonización de la UE, no es suficiente para tener por vulnerada la ratio garantista de este principio, la valoración del grado de participación del órgano representativo en el procedimiento de formación de la norma sino que resulta

sentido se ha afirmado “*Le disposizioni del Trattato di Lisbona gettano pertanto le basse per l’affermazione dell’Unione quale nuovo e ulteriore modello democratico, in cui è dalla combinazione ed interazione delle diverse dimensioni ordinamentali (europea e nazionale) che deve risultare assicurato un adeguato contesto garantistico per l’individuo*”<sup>1100</sup>.

### **C) Principio de proporcionalidad y subsidiariedad**

El tratado de Lisboa reconoce expresamente ambos principios como límites a las competencias compartidas de la Unión. En materia penal, el primero comporta que la Unión no deberá adoptar más medidas penales que las estrictamente necesarias y las sanciones que establezca deberán guardar proporcionalidad cualitativa y cuantitativa con la gravedad del hecho. El segundo implica que la UE sólo podrá intervenir con medidas penales cuando su actuación resulte más eficaz y los objetivos perseguidos no puedan ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros. El principio de proporcionalidad encuentra su reconocimiento explícito, además, en los artículos 49.3 y 52.1 de la Carta Europea.

Conforme se expusiera en el capítulo anterior se han previsto en los Protocolos adicionales del Tratado que el control del pleno respeto de estos principios se encontrará a cargo de las instituciones de la Unión y los Parlamentos nacionales, estableciéndose un procedimiento específico respecto al principio de subsidiariedad para asegurar su control *ex ante* y *ex post*<sup>1101</sup>. Se ha establecido el deber de motivación en los actos normativos sobre la base de dichos principios en cuestión<sup>1102</sup> y la Comisión tiene el deber de presentar un informe anual sobre la aplicación que ha realizado de este principio en el ámbito de la Unión<sup>1103</sup>.

Resulta interesante aquí traer a colación la forma en que la Comisión considera que corresponde motivar el respeto de estos principios: “Es imperativo que los argumentos sobre subsidiariedad y proporcionalidad sean transparentes, ya que ello permite que los distintos agentes deliberen de manera constructiva sobre la

necesario analizar si el clima constitucional en el cual las normas operaran ofrece garantías equivalentes al de la reserva de ley. Ello es así porque debe tenerse en cuenta los controles formales y democráticos ceden cada vez más espacio a los controles sustanciales-constitucionales tendientes a la protección de los derechos humanos. En función de ello, teniendo en cuenta la valorización que se le ha dado a los principios fundamentales con la CEDH y la Carta; la extensión del control del Tribunal de Justicia, la legitimación individual para impugnar los actos legislativos, concluye que la ratio garantista del principio de legalidad no se ve vulnerado en el sistema de fuente de la Unión. Cfr. C. Grandi, *Riserva Legge...*, p. 132 ss.

<sup>1100</sup> R. SICURELLA, *Prove tecniche per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 13.

<sup>1101</sup> Debe tenerse en cuenta que desde la entrada en vigor de Lisboa no se ha activado ninguna tarjeta amarilla por vulneración del principio de subsidiariedad. Cfr. Comisión europea, Informe de la Comisión de 2012 sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 30/07/2013 COM (2013) 566 final.

<sup>1102</sup> Art. 2 y Art. 5 del Protocolo nro. 2 sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad establece “Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.”

<sup>1103</sup> Ello así, conforme el al Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de del principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

validez de sus posiciones. Por tanto, independientemente de la procedencia de la iniciativa, el proyecto de acto legislativo debería incluir una «declaración» detallada que permita a los otros actores evaluar el cumplimiento del principio. Según el Protocolo...en el caso de las directivas, (debería) mencionar las posibles implicaciones para las normas nacionales y regionales. Las conclusiones deben justificarse mediante indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos”<sup>1104</sup>.

Un ejemplo de ello podría ser la motivación realizada con motivo a la Propuesta de directiva para la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión, donde existe un apartado especial, titulado “Subsidiariedad, proporcionalidad y respeto de los derechos fundamentales”. En este apartado se expresa que la Unión se encuentra en mejor posición para tutelar los propios intereses financieros puesto que existen específicas normas que se encargan de regular la materia y cuenta con mayor capacidad de lograr una tutela uniforme para así eliminar las debilidades que presenta el sistema actual. La interferencia con los derechos y libertades fundamentales que enuncia se justifican en pos de alcanzar los objetivos de interés general reconocidos por la Unión y por la introducción de medidas eficaces y disuasivas para la protección de los intereses financieros de la Unión. Se advierte finalmente que atento la ineficacia de las medidas adoptadas, se hace necesario realizar normas penales para contrastar y prevenir el fraude y las actividades ilegales conexas<sup>1105</sup>.

Difícil resulta observar en la motivación expuesta que la argumentación refleje aquello requerido en el informe de la Comisión, los argumentos son vagos y demasiado amplios como para ahondar en el efectivo respeto de los principios en cuestión. En definitiva, este tipo de argumentación, conforme advirtiera oportunamente el prof. Mitsilegas, podría habilitar la expansión del derecho penal no obstante el formal cumplimiento de los métodos establecidos en el Tratado. En función de ello la cual la intervención del Tribunal de Justicia balanceando y limitando la falta los excesos del poder punitivo de la Unión resultará esencial<sup>1106</sup>. Si bien el Tribunal de Justicia hasta la actualidad no ha anulado actos de la Unión por vulneración del principio de subsidiariedad o proporcionalidad<sup>1107</sup>; sí ha puesto remedio a los excesos punitivos estatales<sup>1108</sup> lo que permite suponer que con el abanico de competencias que ahora goza en el ámbito penal, también, en el futuro, lo hará cuando ante la expansión de la legislación de la Unión.

---

<sup>1104</sup> Cfr. Comisión Europea, Informe sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 10/06/2011, COM (2011) 344 final, p. 2.

<sup>1105</sup> Cfr. Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale Bruxelles, 11.7.2012 COM(2012) 363 final 2012/0193 (COD), p. 8

<sup>1106</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 112.

<sup>1107</sup> Cfr. Comisión Europea, Informe sobre subsidiariedad y proporcionalidad, Bruselas, 10/06/2011, COM (2011) 344 final, p. 3. Sobre el control ex-post cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 107, nota 30.

<sup>1108</sup> cfr. TJUE, sentencia del 26 de febrero de 1975, causa 67/4, Bonsignore; sentencia del 15 de diciembre de 1976, causa 41/76, Donckerworlcke; sentencia del 25 de febrero de 1988, causa 288/86; sentencia del 28 de abril del 2011, causa 61/11, PPU El Dridi

## D) Principio de soberanía nacional

Desde una perspectiva tradicional, se entiende al derecho penal como una competencia exclusiva de los Estados. En primer lugar porque es el derecho que incide con mayor intensidad en la esfera de libertad de los ciudadanos, en el orden y seguridad pública de cada Estado<sup>1109</sup>. En segundo lugar porque siempre se ha entendido que el derecho penal como manifestación de la soberanía y tradición cultural de cada país, en efecto, se ha expresado “*Criminal laws and procedures lie at the heart of the legal traditions of States and, within the European Union, divergences in Member States’ laws ...reflect fundamental historical, political and constitutional differences. Member States have therefore guarded their criminal jurisdiction as a key part of their sovereignty*”<sup>1110</sup>.

Como expresión de los valores esenciales y las instituciones fundamentales en las cuales una determinada sociedad se funda, el derecho penal debería ser sustraído de cualquier tipo de competencia supranacional para así salvaguardar la identidad nacional<sup>1111</sup>. Con esta identidad nacional, se vinculan las particularidades culturales y de los sistemas penales de cada Estado miembros (en tal sentido se suelen señalar las diferencias existentes en Europa entre el sistema del *common law* y el *civil law* y entre los sistemas sancionatorios que integran estos sistemas)<sup>1112</sup>. Esta concepción y el carácter derivado de las competencias de la Unión, llevó por años a una parte de la doctrina a afirmar que al no existir normas que expresamente atribuyeran competencia penal a sus órganos<sup>1113</sup> (salvo en el ámbito intergubernamental del tercer pilar) toda intervención directa como indirecta de la Unión en el derecho penal nacional sería considerada como una indebida ingerencia y violación de las prerrogativas estatales<sup>1114</sup>.

No obstante el peso que han tenido dichos argumentos para obstaculizar el reconocimiento de competencia penal en la Unión, es posible afirmar que actualmente las posiciones basadas en la necesidad de respetar plenamente la

---

<sup>1109</sup> A. PAGLIARO, *Limiti all’unificazione del diritto penale europeo*, en *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1993, p. 203.

<sup>1110</sup> House of Lords, European Union Committee, 42nd Report, cit., parágrafo 13, p.10

<sup>1111</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L’area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 210, J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, Dalloz, Paris, 2009, p. 3 ss.

<sup>1112</sup> Cfr. J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, *Droit penal europeen*, p. 4 s.

<sup>1113</sup> La falta de la cesión de la competencia penal nacional surge de la *Relazione sulla correlazione fra diritto comunitario ed il diritto penale presentata a nombrre de la Comision*, en *Riv. Dir. Europeo*, 1977, p. 195 ss. cfr. R. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, cit., p. 16 ss..

<sup>1114</sup> Sobre estas concepciones cfr. E. BACIGALUPO, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura penale degli Stati membri dell’unione Europea*, in *Prospettive di diritto penale in Europa*, G. Grasso, Milano, 1998, p. 51; C. HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire*, in *Rev. Marché com. Un. eur.*, 1993, p. p. 357; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 145 K. TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessifinanziari della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 530; A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, en *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea*, dirigido por L. Picotti, Milano, 1999.

soberanía nacional pueden considerarse en gran medida superadas. En primer lugar, porque el concepto mismo de soberanía nacional ha evolucionado y sufrido importantes cambios en comparación con su concepción inicial. Como se hizo ya referencia en el primer capítulo, con el nacimiento y evolución de las organizaciones internacionales el concepto de soberanía como atributo exclusivo y absoluto de los Estados sufre su primer contratiempo<sup>1115</sup>. En este contexto, la colaboración en los Estados en campos extremadamente sensibles como la política criminal y la política de defensa (a través de organización internacionales como la ONU, la Nato, etc.) profundiza la crisis<sup>1116</sup>. Luego, sobre todo después de la segunda guerra mundial, con la creación de las Comunidades europeas con poderes soberanos en ciertas materias de relevancia demuestra la posible divisibilidad, limitación y transferibilidad de la soberanía estatal<sup>1117</sup>. En este contexto, se ha verificado el acercamiento de las culturas occidentales y la disminución de las diferencias entre los sistemas por el impulso de los procesos de integración, la globalización y el accionar de diferentes mecanismos de armonización tanto jurídicos como no jurídicos<sup>1118</sup>.

En segundo lugar, se ha señalado que si la soberanía nacional implicaba la superioridad del Estado sobre los ciudadanos con el consecuente poder de limitar la libertad de éstos, en verdad, dicho poder encontraría su mayor expresión en las competencias estatales para organizar las estructuras judiciales y de policía más que en la facultad de crear las normas penales. Por lo tanto, la atribución de la competencia legislativa penal a la Unión no implicaría de por sí alterar las prerrogativas nacionales, puesto que “*gli interventi del diritto comunitario sul diritto penale non riguardano direttamente ed immediatamente il concetto della sovranità*”<sup>1119</sup>. Finalmente, teniendo en cuenta que el reparto de competencias entre

<sup>1115</sup> Críticas al concepto de soberanía, cfr. W. GERVEN, *The European Union. A Polity of States and People*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 36 s.

<sup>1116</sup> Pescatore afirma que la soberanía se vuelve relativa, permeable y expansiva. Lo primero, atento a que, en ámbitos específicos, no podrá ser ejercida de manera unilateral e independiente, sino en forma concertada y consensuada con la voluntad de los demás Estados asociados al proceso. Permeable, en cuanto se ve influenciada por los atributos soberanos de los otros países integrados. Y expansiva, lo cual deriva de lo anterior, en tanto se observa un ensanchamiento de los efectos de la propia soberanía de los países implicados, toda vez que, en las materias integradas, influyen recíprocamente en el poder de decisión de sus pares. En su proyección externa, los Estados miembros al actuar en consuno ven potenciado su peso específico en la esfera mundial, cfr. P. PESCATORE, *La importancia del derecho en un proceso de integración económica*, Revista Derecho de la Integración N° 15, vol. VII, marzo 1974, ed. INTAL, Buenos Aires, p. 15.

<sup>1117</sup> Crisis vinculada con la tendencia a ceder gran parte de las prerrogativas del Estado soberano a los organismos supranacionales o extra estatales, cfr. S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, padova, 1996, p. 15 ss.; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, en *Crisi e metamorfosi della sovranità*, dirigido por M. Basciu, Milano, 1996, p. 63 ss; BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, en <http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europea+dei+diritti>; E. BACIGALUPO, *Il Corpus juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., p. 51.

<sup>1118</sup> A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, p. 211 ss.

<sup>1119</sup> SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 91 ss.

la Unión y los Estados se basa en el principio de atribución<sup>1120</sup> y hoy, en el Tratado de Lisboa, los Estados expresamente han otorgado competencia penal a sus órganos para emitir normas de carácter penal (art. 82, 83, 86, 325 TFUE), no caben ya las objeciones vinculadas con la ausencia de normas en los textos fundamentales de la Unión.

---

<sup>1120</sup> Contemplado en el Art. 2 TFUE, significa que la Unión únicamente cuenta con las competencias que le atribuyen los Tratados; se encuentra legitimada a actuar, cuando tenga una base jurídica que le confiera dichas competencias.



## **CAPITULO VI: MERCOSUR**

## I.Ámbito Regional

### 1 . Mercosur como parte de un proyectos de integración más amplio en el pasado y en el futuro

La visión de América Latina como “unidad” geográfica, cultural e histórica existió en la conciencia de los libertadores, quienes fueron precursores y primeros actores del proceso integracionista<sup>1121</sup>. Esta es la razón por la cual el preámbulo del Tratado fundacional del UNASUR expresa que se apoya “en la historia compartida y solidaria de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad suramericana, honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y la construcción de un futuro común”<sup>1122</sup>.

En el siglo XIX, cuando España y Portugal fueron despojadas del inmenso poder con que contaban en América Latina<sup>1123</sup>, nace un espacio común en pos de la libertad e independencia de Hispanoamérica, donde los ejércitos, recursos financieros y dirigentes políticos e intelectuales podían circular con libertad sin importar de donde provenían. Bolívar propugnaba la “integración en libertad” y propugnaba integrar libremente todo aquello que estaba integrado bajo la dependencia de España<sup>1124</sup>. San Martín afirmaba “mi país es toda la América y mi interés es igual por las provincias unidas y Chile”. Según el prof. Soto, de ello se colige que el “ser americano” ha precedido al “ser nacionales de los Estados que sucedieron a las colonias españolas”<sup>1125</sup>.

En 1824, se advierte una primera tentativa de integración cuando Bolívar invitó a todos los gobiernos americanos a un Congreso internacional a fin de formar “La Liga de Naciones Americanas”, donde se planteaba la formación de una unión política federal para equilibrar el poder que comenzaba a surgir de Estados Unidos. Sin embargo, esta iniciativa fracasó por diversas razones, entre las cuales resulta posible enumerar: el agotamiento de las guerras de la independencia, las inmensas distancias geográficas que hacían difícil el desplazamiento y una administración centralizada que organizara los nuevos gobiernos independientes, la poca población existente en la región, la actitud negativa de los Estados Unidos y las luchas por el

---

<sup>1121</sup> A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 181 ss.

<sup>1122</sup> Cfr. Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas.

<sup>1123</sup> Algunos señalan que el origen común de América Latina se remonta a la época de la colonización española y portuguesa cuando en el Tratado de Tordesillas (1494), dichas potencias se reparten los Estados de la región según sus propios intereses, cfr. M. RAPOPORT, *El largo camino de la integración. Del tratado de Tordesillas al Mercosur*, en *Encrucijadas UBA, Revista de la Universidad de Buenos Aires*, año III, nro. 6, Noviembre de 1997, Buenos Aires, p. 26 ss. Caetano afirma que la cuenca del Plata ha encontrado su eje en los antagonismos geopolíticos, primero el de España y Portugal y después el de Argentina y Brasil, cfr. G. CAETANO, *Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, en AA. VV., *Mercosur 20 años*, coordinado por G. Caetano, Montevideo, 2011, p. 21

<sup>1124</sup> Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, Ediar, 2010, Buenos Aires, p. 29.

<sup>1125</sup> A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 182.

poder de los caudillos que, en definitiva, terminarán por provocar la separación geopolítica latinoamericana<sup>1126</sup>.

Se afirma que en la época de la independencia, todo estaba dado para constituir una única entidad político-territorial en virtud de otras unidades: la religión, el idioma, la historia, el arte, el derecho, etc. Sin embargo, las rivalidades y luchas por el liderazgo en los nacientes Estados hicieron que cada país del continente se extendiese hasta donde se podía extender el poder de su ciudad principal y en los casos donde se encontraba con otras ciudades no tan fuertes pero tampoco tan débiles como para ser sometidas, se optó adoptar una organización federal (tal como aconteció en Argentina, Brasil y México)<sup>1127</sup>.

En 1862 se crea la sociedad de Unión Americana Integrada, en la que se plantea la necesidad de avanzar en la construcción de manera gradual de una gran patria americana. En 1889 Brasil se convierte en República y se acerca al camino de integración junto a los países de habla hispana. En ese mismo año EEUU convoca en Washington a la primera conferencia Pan-americana con la finalidad de promover y aumentar su comercio con el resto del continente, dando así inicio al sistema interamericano que culmina, en 1948, con la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>1128</sup>.

En el siglo XX comienza a plantearse con firmeza la posibilidad de una integración económica, cambiando el paradigma de confrontación que reina en el siglo anterior por el de la cooperación<sup>1129</sup>. Así es que en 1915 ya se firma el Tratado de ABC, entre Argentina, Brasil y Chile, donde se dejaba abierta la posibilidad de establecer en el futuro un régimen de comercio preferencial y de concesiones recíprocas. Posteriormente, se multiplican los tratados que buscan establecer reducciones arancelarias, sistemas preferenciales y beneficios económicos en la región.

---

<sup>1126</sup> F. HERRERA, *América Latina Integrada*, Losada, Buenos Aires, 1967, p.; G. VALDÉS, *Obstáculos políticos a la integración latinoamericana*, en *Revista de la Integración*, Instituto de la Integración, nro. 17, 1974, p. 8; F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, p. 259 ss.

<sup>1127</sup> F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law*, cit., 259 ss.; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 183.

<sup>1128</sup> La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". OEA utiliza cuatro pilares para ejecutar efectivamente estos propósitos esenciales. Cada uno de estos cuatro pilares —democracia, derechos humanos, seguridad y desarrollo— se sustentan entre sí y se entrelazan transversalmente mediante una estructura que comprende el diálogo político, la inclusión, la cooperación e instrumentos jurídicos y de seguimiento, y que proporciona a la OEA las herramientas necesarias para llevar a cabo y maximizar su labor en el hemisferio.

<sup>1129</sup> G. CAETANO, *Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, cit, p. 30.

Se suele afirmar que en el desarrollo de la integración regional ejerce gran influencia la experiencia europea de integración y la necesidad de industrialización. Los acuerdos regionales de la posguerra que se gestan en Europa son tomados como modelos de referencia y la necesidad de industrializar las economías locales, deterioradas por los bajos precios que tenían los productos primarios que exportaba la región, llevan a plantear la integración como un instrumento idóneo para lograr el desarrollo regional<sup>1130</sup>.

En un principio se conforma la Asociación de Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), primer organismo creado el 18 de febrero de 1960<sup>1131</sup> para liberalizar el comercio entre los socios; luego de su fracaso fue remplazado por Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)<sup>1132</sup>. ALALC establecía un zona de libre comercio con la liberación de lo esencial del intercambio en un plazo de doce años como paso previo a la instauración de un mercado común, pero se señala que el fracaso de ésta se vincula con el modelo institucional escogido: los objetivos fijados iban más allá de los intereses de los países<sup>1133</sup>; se establecía un proceso de negociaciones periódicas con un esquema de cooperación modesto, sus órganos representaban los intereses de cada país y no tenían capacidad para dar dirección en concreto al proceso<sup>1134</sup>.

El Tratado de la ALADI es más abierto, clasifica a los países miembros según su desarrollo económico, incorpora principios como el pluralismo por encima de la diversidad que pudiera existir en materia económica y política; la convergencia

---

<sup>1130</sup> Señalan que ambos factores influyen en el proceso de integración, entre otros, S. CZAR DE ZALDUENDO, INTEGRACIÓN: *Nociones Generales. Integración Económica e integración regional*, en *Derecho de la Integración*, dirigido por S. NEGRO, B de f, Buenso Aires, 2010, p. 19 ss; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 185.

<sup>1131</sup> Se firma el Tratado de Montevideo en esa fecha y se encontraba integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela. Según el Tratado de Montevideo los países se comprometían a crear una zona de libre comercio que debería estar funcionando en un plazo de 12 años (meta 31 de diciembre de 1972).

<sup>1132</sup> Creada por el tratado de Montevideo en 1980, por los mismos países que integraban la ALALC más Cuba, para avanzar en forma gradual y progresiva hacia la creación de un Mercado Común Latinoamericano. Pretende promover el desarrollo económico, social, armónico y equilibrado de la región, crea un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano, mediante tres mecanismos: Una preferencia arancelaria regional que se aplica a productos originarios de los países miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países; Acuerdos de alcance regional (comunes a la totalidad de los países miembros); Acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área. Cfr. M. ESCOLAR, *Elementos históricos para una teoría de la diferenciación e integración territorial. Geografía política del Estado-Nación moderno*, en *Integración Latinoamericana y territorio*, CEUR, Universidad de Buenos Aires, 1994, p. 32.

<sup>1133</sup> Sobre la base del impulso de la CEPAL se condicionó la construcción de un sistema de integración comercial que fue ajeno a realidades y necesidades regionales. cfr. F. PEÑA, *La curva del desencanto: Factores que suelen conducir a la frustración en los procesos de integración regional*, newlester enero 2014, [http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones\\_&neagno=informes/2014-01\\_frustracion-procesos-integracion-regional](http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones_&neagno=informes/2014-01_frustracion-procesos-integracion-regional). Ello se vinculó a presiones intra y extra regionales conforme lo expresa el prof. Gonzalez en A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit. p. 187.

<sup>1134</sup> Cfr. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, F. PAOLILLO, *Control de legalidad de los ctos comunitarios. Interpretación unitaria del derecho de la integración*, en *Derecho de la integración*, *Revista jurídica latinoamericana*, Instituto para la integración de América Latina, BID, Buenos Aires, nro. 1, 1967, p. 14.

progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros; la flexibilidad para permitir la concertación de acuerdos parciales, etc. Sin embargo, conforme afirma el prof. Peña “el daño ya estaba hecho: quedó el sabor de un primer y notorio fracaso en el logro del objetivo de una mayor integración de los mercados latinoamericanos”<sup>1135</sup>, aún hoy no ha generado resultados de una verdadera integración en el ámbito económico, político, social y cultural<sup>1136</sup>.

Este Tratado permite que bajo su amparo, los países miembros realicen acuerdos de diversa naturaleza sin necesidad de que exista un texto normativo de autorización interna. En función de ello, como así también por impulso de la globalización económica, de las comunicaciones y el transporte, las crisis provocadas por la deuda pública externa y el salvataje de los planes de ajuste estructural de los organismos internacionales; el incremento extraordinario del comercio internacional y el fortalecimiento de las democracias nacionales, conllevan a la celebración de numerosos acuerdos que abarcan aspectos económicos, políticos y sociales<sup>1137</sup>.

Entre los emprendimientos más relevantes de la región cabe nombrar: el Grupo Andino de 1969, que desde el Protocolo de Trujillo de 1996 se convirtió en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)<sup>1138</sup>, la Asociación de Libre Comercio del Caribe, actualmente llamada CARICOM (Comunidad del Caribe), el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)<sup>1139</sup>, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Estos acuerdos “subregionales” abarcan áreas de preferencias arancelarias, zonas de libre comercio o uniones aduaneras con objetivos más o menos ambiciosos y principalmente vinculados al ámbito económico-comercial. Todas estas iniciativas, en definitiva, buscan ser un medio para lograr un mayor desarrollo socio-económico, la inserción internacional en un mundo globalizado, el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes y en alguna medida, lograr cierta autonomía de la región y de los Estados que la conforman<sup>1140</sup>; suelen basarse en el modelo de integración intergubernamental pero algunos de ellos cuentan marcados rasgos de supranacionalidad<sup>1141</sup>.

---

<sup>1135</sup> cfr. F. PEÑA, *La curva del desencanto: Factores que suelen conducir a la frustración en los procesos de integración regional*, newlester enero 2014, cit.

<sup>1136</sup> F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law*, cit., 259 ss.

<sup>1137</sup> S. CZAR DE ZALDUENDO, *Integración: Nociones Generales. Integración Económica e integración regional*, p. 19 ss.

<sup>1138</sup> Es un organismo regional creado en 1969 y formado, en la actualidad, por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Su principal objetivo es fomentar el desarrollo integral y económico de la subregión. Entre sus iniciativas consolidadas, destacan, a saber, la creación de un Sistema Andino de Integración (SAI) y la libre circulación de personas y mercancías en su espacio sin cargas arancelarias.

<sup>1139</sup> Es creado en 1991 por el Protocolo de Tegucigalpa por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, y entró en funcionamiento formalmente el 1 de febrero de 1993. Luego se adhirió Belize y República Dominicana y son observadores regionales los Países de México, Chile, Brasil, Argentina, Perú, EEUU, Ecuador, Uruguay y Colombia.

<sup>1140</sup> L. SCOTTI, *Relaciones internacionales, derecho internacional e integración regional*, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, 2011, p. 170.

<sup>1141</sup> Por ejemplo el CAN es una organización principalmente supranacional y el SICA tiene características supranacional, cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 479 ss y 593 ss

A partir del análisis que la doctrina suele realizar de los resultados concretos de estas experiencias en la región y sobre todo en comparación con la experiencia europea, se afirma que los logros de éstos son muy escuetos razón por la cual constantemente se forman nuevos grupos subregionales que multiplican las relaciones internacionales, con la esperanza de obtener mejores resultados que el anterior. Se indican diversos factores endógenos y/o exógenos que habrían actuado y actúan como obstáculos para alcanzar los objetivos propuestos por los proceso de integración en América Latina. Entre ellos se enuncia: 1) la falta de normas verdaderamente vinculantes y que establezcan sanciones ante el incumplimiento de los países miembros; 2) la falta de objetivos claros, donde se asumen nuevos retos sin previo análisis de qué es lo que se quiere, cómo se quiere, y para qué se quiere; 3) la ausencia, generalmente, de un marco institucional único que permita la resolución de controversias sin necesidad de recurrir al Tribunal Internacional de Justicia, que vele por la correcta aplicación de los Tratados y la participación de los ciudadanos de la región; 4) heterogeneidad en los enfoques por parte de los distintos Estados respecto a las prioridades e intereses; 5) disparidad geográficas, territoriales y poblacionales entre los países miembros; 6) la utilización demagógica de los acuerdos que luego no se cumplen; 7) los problemas y resentimientos que los Estados traen desde siglos pasados, generando celos y rivalidades que impiden trabajar en conjunto; 8) los acuerdos bilaterales que van firmando algunos países con la UE, si bien permiten el crecimiento del país firmante, debilitan su fuerza como grupo y las políticas de Estados Unidos que generan división entre los países miembros, ya que éste se resiste a perder su "dominio" sobre la región<sup>1142</sup>.

Actualmente, se apuesta a un grupo regional de integración que abarca una gran cantidad de Estados, con un único modelo de desarrollo y con objetivos claros que podrían conllevar a mejores resultados<sup>1143</sup>. Se hace referencia a la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)<sup>1144</sup>, la cual persigue construir una identidad y

---

<sup>1142</sup>En este sentido, se señala que el impulso de iniciativas como la Asociación de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y la firma de los Tratados de Libre Comercio (TLC) bilaterales tienen estos efectos, cfr. F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law*, cit., p. 259 ss.; A. CRAWLEY, *Mercosur: En busca de una nueva agenda*, Informe del Relator, BID, Intal-ITD, Buenos Aires, 2004. Debe tenerse en cuenta en el año 2005 los presidentes de Argentina, Brasil y Venezuela entre otros rechazaron el ALCA propuesto por EEUU, lo cual ha sido considerado como "en un extraordinario momento de América de recuperación de la dignidad y de la soberanía, es para celebrar" cfr. <http://www.telam.com.ar/notas/201311/39445-el-rechazo-al-alca-se-inscribe-en-un-extraordinario-momento-de-america-de-recuperacion-de-la-soberania.html>; "Lo que proponía Estados Unidos era un acuerdo de libre comercio sin dar nada a cambio; es decir, profundizar la apertura de los años '90 con los malos resultados de desocupación y desindustrialización...era un modelo que contemplaba el liderazgo hegemónico de Estados Unidos y la subordinación de nuestras economías locales y regionales... la región -con Brasil y Argentina a la cabeza- prefirió "construir un modelo de integración basado en nuestras propias fuerzas cfr. <http://www.telam.com.ar/notas/201311/39406-para-taiana-el-no-al-alca-significo-el-renacer-de-la-politica-regional.html>

<sup>1143</sup> cfr. F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law*, cit., p. 259 ss; G. CAETANO, *Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, cit., p. 21.

<sup>1144</sup> El antecedente cercano de UNASUR fue la creación de la Comunidad Suramericana de Naciones, CSN, durante la tercera Reunión de Presidentes de América del Sur, el 8 de diciembre de 2004 en Cuzco, Perú. La CSN nació para unir las grandes fuerzas regionales del Mercosur y la Comunidad

ciudadanía suramericanas y crear un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe<sup>1145</sup>. Esta organización, cuyo tratado constitutivo entró en vigor en el 2011, abarca los bloques comerciales de la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)<sup>1146</sup>. Ha ya impulsado una serie de proyectos a largo plazo para integrar a Suramérica en forma y fondo, tales como la construcción de una carretera interoceánica que abrirá el paso de Brasil hacia el Océano Pacífico, el establecimiento del libre comercio y en un futuro una moneda única. Asimismo ha logrado impulsar iniciativas en áreas como la ciencia, el desarrollo social, la educación, la economía o la energía; se afirma que los mayores éxitos de la UNASUR se están dando en el área de las comunicaciones y las infraestructuras<sup>1147</sup>. Sin lugar a dudas, homogeneizar los avances de los diversos grupos subregionales de cara al desarrollo y fortalecimiento de UNASUR será un proceso largo y costoso pero que presenta buenas perspectivas de futuro<sup>1148</sup>.

## 2. Derecho penal regional

Desde principios del 1900 existieron en América latina diferentes intentos por unificar tanto la normativa como la ciencia penal a nivel continental. Diversos Congresos Lationamericanos de Criminología se propusieron reformas la legislación penal de toda América y se presentaron diferentes proyectos para la formación de organizaciones continentales en materia penal y criminología. En la posguerra, entre 1938 y 1947, se realizaron varios Congresos latinoamericanos para fomentar la

---

Andina. En la primera Cumbre Energética Suramericana que tuvo lugar en abril de 2007 en la Isla de Margarita, Venezuela, el encuentro que fijó prioridades y la CSN cambió su nombre por la UNASUR. En 2008 y luego de sucesivos acercamientos iniciados con la primera Reunión de Presidentes de América del Sur en el año 2000, se efectuó en Brasil la Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno que aprobó el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, UNASUR, designando como sede permanente de la Secretaría General a Quito, capital del Ecuador, y del Parlamento a Cochabamba, Bolivia. El tratado constitutivo es firmado en Brasilia, el 23 de mayo de 2008, por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este Tratado entró en vigor el 11 de marzo de 2011 y en octubre de 2011 Unasur fue reconocida como miembro observador de las Naciones Unidas.

<sup>1145</sup> UNASUR reúne a doce estados con una población que ronda los 400 millones de habitantes, representando a casi el 70 % del censo demográfico iberoamericano, cubre 17,7 millones de Km<sup>2</sup>, el producto bruto de la región es de 1.229 mil millones de dolares y las exportaciones totales han sido de 305 mil millones de dolares en 2005 y 212 mil millones de dólares en importaciones en el mismo año cfr. <http://www.comunidadandina.org/unasur/antecedentes.htm>.

<sup>1146</sup> Debe tenerse en cuenta que en 1998, MERCOSUR firma un acuerdo con la CAN para la creación de una zona de libre comercio entre ambos. El 16 de diciembre de 2003, habiendo concluido las negociaciones sobre el Área de Libre Comercio, ambos bloques firmaron el Acuerdo de Complementación Económica No. 59 (depositado en la ALADI el 18 de octubre de 2004), orientado a formar un área de libre comercio mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias que afecten el comercio recíproco.

<sup>1147</sup> Cfr. G. Labarga, La estructura y organización supranacional de Iberoamérica, Actualizado 1 agosto 2012, <http://www.eldiarioexterior.com/la-estructura-y-organizacion-supranacional-41175.htm>

<sup>1148</sup> Cfr. M. CIENFUEGOS MATEO, *¿Es la Unión de Naciones Sudamericana un proyecto viable?*, en AA.VV., Mercosur y Unión Europea, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, 2007, Argentina, p. 101; R. GAJATE, *Hacia la construcción de la unasul. institucionalidad y convergencia*, en AA.VV., Mercosur y Unión Europea, cit., p. 139.

colaboración continental en materia penal y en el II y III Congreso Hispano-luso-americano-filipino se propuso la adopción de un Código Penal Único<sup>1149</sup>.

En 1963 el prof. Novoa Monreal impulsa la redacción de un Código Penal, como parte de todo este movimiento latinoamericano existente. Con el objeto de elaborar dicho Código Penal tipo se reunió una Comisión Redactora compuesta por los profesores de derecho penal más destacados de los países latinoamericanos<sup>1150</sup> a fin de realizarlo conforme a los más rigurosos principios científicos modernos<sup>1151</sup>. La redacción de este Código fue calificada como un tentativo de “puro americanismo... una labor en este sentido provoca una auténtica fraternidad entre los pueblos; muestra de ello, fue la conciencia unánime de la necesidad de crear un Instituto Latinoamericano de Ciencias Penales, que sirva justamente para el estudio e investigación conjunta de nuestros problemas penales y para la difusión y conocimiento de esas ciencias en sus diferentes aspectos”<sup>1152</sup>.

Al igual que lo acontecido a nivel mundial, se verifica que los avances tecnológicos, de las comunicaciones y la globalización de la economía hacen aparecer nuevos conflictos sociales y nuevas formas de delincuencia que, por comprometer en sus actividades a diferentes países, recibe la calificación de delincuencia transnacional<sup>1153</sup>. Entonces en el marco de los procesos de integración regional se crea un derecho penal regional para combatir estas nuevas formas de delincuencia<sup>1154</sup>. Por otra parte también se auspicia mediante la utilización del derecho penal y a través de su limitación la protección de los derechos humanos y principios fundamentales.

Se advierte que la nueva delincuencia se caracteriza por su complejidad y por tomar la forma de empresa, de economía sumergida y paralela; con organizaciones capacitadas para explotar los movimientos más amplios de la gente, producto y dinero, a través del uso de los sistemas de telecomunicaciones y tecnología

---

<sup>1149</sup> Cf. R. DEL OLMO, *América Latina y su criminología*, Siglo XXI, México y España, 1981, p. 162 y ss; J. RICO, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, Siglo XXI, México y España, 1997, p. 76 ss;

<sup>1150</sup> Cfr. Resumen de las sesiones de la Reunión de Santiago, en *Criminalia*, año 31, N° 5, México; el informe sobre la Reunión de México, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo 25, N° 1, Chile; reunión de Lima, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXVI, N° 1, Chile. En una visión crítica de la labor desarrollada por los juristas latinoamericanos en el Código penal tipo, Cfr. M. RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, *Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica*, en *Derecho penal y Criminología*, vol XI, num. 37, 1989, p. 55 ss.

<sup>1151</sup> Comisión Redactora del Código penal Tipo para Latinoamérica, Código penal tipo para Latinoamérica, publicado bajo la dirección de Francisco Grisolia, Editorial Jurídica de Chile.

<sup>1152</sup> Informe Proyecto De Código Penal, Tipo Para Latinoamérica. Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VII- Año 1967 - N° 7 [http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an\\_der\\_articulo/0,1361,SCID%253D11257%2526ISID%253D78,00.html](http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D11257%2526ISID%253D78,00.html)

<sup>1153</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Introducción, objetivos y metodología*, en Los caminos de la armonización penal, Dirigida por Mireille Delmas-Marty, Mark Pieth y Ulrich Sieber, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 27; U. SIEBER, *Los factores que guían la armonización del Derecho penal*, en Los caminos de la armonización penal, cit., p. 481 ss.

<sup>1154</sup> M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, en <http://www.aapdp.com.ar/intponencias.html>, p. 2 ss.



computada<sup>1155</sup>. Un claro ejemplo de ella, en Latinoamérica, es el tráfico de drogas<sup>1156</sup>. El narcotráfico se extiende desde sus sedes centrales de México y Colombia hacia países vecinos como Perú, Bolivia, Venezuela y Nicaragua, hasta llegar a establecer laboratorios en Argentina y Chile. El desarrollo de éste se vincula con un cúmulo de acontecimientos histórico-políticos de la realidad social y cultural propias de estas tierras<sup>1157</sup>, planteando la particularidad de que el cultivo de las sustancias narcóticas se realizan en determinados países, la materia prima se procesa en el mismo país productor u otro; el país destinatario del producto terminado puede encontrarse lejos del país productor y el traslado del producto por lo que, en muchos casos, necesita usar el territorio de otros países como puentes, antes de llegar a su destino final. Además la droga se ha convertido en un producto muy caro en su valor final, en los países Europeos y de Estados Unidos, dando elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar un producto tan perseguido<sup>1158</sup>. Por ello es que para asegurarse tan cuantiosas ganancias, los jefes narcos (de los famosos “carteles de droga”) aprovechan la facilidad y sencillez con la que se mueven los capitales en el mundo, desde fines de la década de los 80, como así también la velocidad de la información y el fácil acceso de las comunicaciones, para además poner en práctica otros tipos de criminalidad transnacional como el lavado de activos, el terrorismo<sup>1159</sup>, la trata de personas<sup>1160</sup>.

<sup>1155</sup> Cfr. M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p.12.

<sup>1156</sup> El informe de la JIFE menciona que más del 40% de la incautación de cocaína en todo el mundo tuvo lugar en América del Sur. "De esas incautaciones corresponden a Colombia alrededor de 70%, y tanto a Perú como a Venezuela, cerca de 8%. En la lista siguen, por orden, Bolivia, Brasil, Ecuador, Argentina y Chile, todos en el grupo de los 20 países del mundo en los que se requirió la mayor cantidad de cocaína cfr. [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin\\_america/newsid\\_2800000/2800891.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_2800000/2800891.stm);

<sup>1157</sup> A modo de ejemplo es posible observar que la producción y consumo de ciertas drogas naturales tiene un fuerte arraigo social y un importante componente de tradición. Es por ello que las zonas campesinas donde se aglutina la mayor parte de la población indígena son las grandes productoras de materia prima del Narco: en el Chapare de Bolivia y en el Alto Huallaga de Perú se cultivaban a finales de los años noventa entre el 80% y el 90% de las hojas de coca que alimentaban la producción de cocaína en el mundo. el número de personas que dependen económicamente de la producción de materias primas para el mercado de la droga alcanza las 470.000 personas en Perú, las 300.000 personas en Colombia y más de 70.000 familias en Bolivia cfr. R. DUARTE VILLA, *Los países andinos: tensiones entre realidades domésticas y exigencias externas*, en *América Latina A Comienzos del Siglo XXI*, dirigido G. Dupas, Homos Sapiens, p. 164 ss.

<sup>1158</sup> Sobre este el fenómeno del narcotráfico en América Cfr. M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit.; M. R. SOBERÓN, *Las tendencias del narcotráfico*, en *Revista América Latina en Movimiento*, edición 464 de abril de 2011. <http://alainet.org/publica/464.phtml>; D. ARROYO, *Narcotráfico: Un conflicto social en América Latina*, en [http://www.liberal.cat/portada/narcotrafico-un-conflicto-social-en-america-latina/#\\_ftn1](http://www.liberal.cat/portada/narcotrafico-un-conflicto-social-en-america-latina/#_ftn1)

<sup>1159</sup> Cfr. L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada*, *La Ley*, jueves 6 de febrero de 2014, p 1ss.; D. PONTÓN, *La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina*, *Iconos Revista de Ciencias Sociales*, Num. 47, Quito, septiembre 2013, p. 135 ss. Ejemplo de lo afirmado, entre tantos otros, es la acusación formulada al jefe de una de las facciones remanentes de Sendero Luminoso (cartel de Peru), a quien se lo acusó de delitos de narcotráfico, terrorismo y lavado de activos, cfr. [http://dialogo-americas.com/es/articulos/rmisa/features/regional\\_news/2012/02/27/feature-ex-2921](http://dialogo-americas.com/es/articulos/rmisa/features/regional_news/2012/02/27/feature-ex-2921)

<sup>1160</sup> Cfr. Según Informe anual sobre Trata de Personas 2012 presentado por el Departamento de Estado de los EEUU al congreso , <http://potos.state.gov>: La trata de personas afecta aproximadamente a dos

La complejidad de los delitos y de las organizaciones que los llevan a cabo hacen imposible que su persecución y punibilidad se logre efectivamente sin la ayuda internacional. Así, se afirma “la movilidad internacional de la criminalidad contemporánea genera la necesidad de asistencia funcional y operativa entre las autoridades judiciales y policiales encargadas de su persecución y represión penal. Esas dificultades adquieren especial relevancia procesal en lo que concierne a la obtención y aseguramiento de evidencias o a la aplicación de medidas coercitivas personales o reales. En efecto, a menudo se detecta en la investigación o juzgamiento de los delitos, que las fuentes, medios y órganos de prueba que son necesarios para los fines del proceso se encuentran físicamente en otro país, donde el operador jurisdiccional no tiene jurisdicción ni competencia”<sup>1161</sup>. Además, la heterogeneidad de los sistemas penales de fondo y la corrupción de los funcionarios públicos generan verdaderos paraísos criminales que aseguran la impunidad de sus autores y el aumento inusitado de sus métodos violentos<sup>1162</sup>, todo lo cual es percibido por los civiles como peligros inminentes y de alarma social que requieren de medidas inmediatas y urgente para resguardar la seguridad individual y nacional<sup>1163</sup>. Así, los Estados concentran sus esfuerzos para combatir dichos fenómenos no sólo mediante las herramientas internas (legislativos, policiales y judiciales, inversión de recursos

---

millones y medio de víctimas, de las cuales doscientas cincuenta mil se encontrarían en América Latina; según el Informe anual sobre Trata de personas de 2012 del departamento de Estado de los EEUU, América Latina es el lugar más elegido por los tratantes para traficar con hombres, niños y mujeres a los cuales se somete a situaciones clandestinas e insalubres, cfr. M. CATALANO, Reforma de la Ley de Trata de Personas, LL miercosr 5 de marzo de 2013, p. 1; cfr. también informe Argentino de donde surge que numerosos son los casos en que se verifica que hay captación de chicas de Paraguay y Brasil en la frontera de ambos países. En Misiones y Encarnación de Paraguay también hay una importante captación de chicas que terminan trabajando en Buenos Aires. Del relevamiento de los 74 autos de procesamientos dictados entre el mes de abril del año 2008 y abril del año 2011 en causas abiertas ante la Justicia Federal en todo el territorio del país por el delito de trata de personas con la finalidad de explotación sexual, luego de que se adoptara el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas de Naciones Unidas, primero y la ley 26.364 se observa una paridad de casos entre las mayores y menores y una leve preeminencia de víctimas argentinas (51%) en relación a las víctimas extranjeras, aunque se observa un porcentaje realmente significativo de mujeres paraguayas (36%), cfr. Informe de la oficina de Trata (julio de 2009) [http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/Recoleccion/informe\\_casos\\_Misiones.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/Recoleccion/informe_casos_Misiones.pdf)

<sup>1161</sup> M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 12 ss.

<sup>1162</sup> Tal como lo sostiene el Banco Mundial, la violencia en América Latina se encuentra entre las principales cinco causas de muerte de la población; las tasas de asesinatos se posicionan entre las mayores todo el mundo; situación que se ve agravada enormemente en las áreas urbanas —, incrementándose desde principios de los años 80 hasta mediados de la década del 90 en un 50%. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala directamente a América Latina como la región con la tasa más alta de homicidios dolosos del mundo. En efecto, esta cifra de más de 23 homicidios dolosos cada 100.000 habitantes es más del doble del promedio internacional. Estas estadísticas dan cuenta de la inseguridad que asola a la región por la fórmula viciosa de la criminalidad, la violencia y la pobreza cfr. I. Romano, *El ranking de la violencia en América Latina una de las regiones más violentas del planeta*, mayo de 2005.

<sup>1163</sup> Basta confrontar cualquier diario local para verificar como se los medios de comunicación y los discursos de muchos políticos usan el tema de la delincuencia nacional y transnacional para infundir temor en la sociedad y requerir medidas de seguridad, cfr. M. AZZATO, M. MAZZÓN, *Algunas repercusiones de la expansión del derecho penal en el ámbito penal económico argentino*, en *Derecho Penal Económico*, dirigido por R. Rubinska y D. Schurjin Almenar, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pp 185 ss.

humanos y financieros, entre otros) sino también bajo el auxilio, ayuda y acuerdo de sus vecinos y las organismos internacionales.

Se multiplican los convenios de cooperación y armonización del derecho penal a fin de asegurar la asistencia judicial mutua entre los Estados americanos<sup>1164</sup> y estándares comunes de criminalización. En este último sentido, por medio de la OEA se han promovido numerosos acuerdos multilaterales a fin de armonizar las legislaciones penales (donde ha tenido una influencia de relevancia en diversas áreas las políticas criminales propugnadas por EEUU) y a fin de salvaguardar los derechos fundamentales mediante la herramienta del derecho penal<sup>1165</sup>. En relación con estos últimos, cabe tener en cuenta que un valor esencial ha cobrado en la región la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en el marco de la OEA en el año 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978<sup>1166</sup>. Si bien esta Convención se elabora con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, ha tenido y sigue teniendo innumerables repercusiones en el ámbito penal de los países firmantes, como una forma de balancear el interés público de mayor seguridad y la necesaria protección de las garantías fundamentales.

La CADH instrumentó dos órganos competentes para conocer sobre las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Entre las principales funciones otorgadas a la Comisión se destaca el seguimiento de peticiones individuales de violación de los derechos humanos por parte de los Estados miembros, el seguimiento y la elaboración de informes temáticos o de países sobre la situación de los derechos humanos, la colaboración con los trabajos sobre derechos humanos de los órganos políticos, las visitas para examinar la situación de los derechos humanos en los territorios, etc. Cabe resaltar que cuando la Comisión

---

<sup>1164</sup> En un principio los convenios apuntan a reforzar la cooperación mediante acuerdos bilaterales de extradición pero luego comienzan a firmarse acuerdos de cooperación y armonización. Entre estos cabe citar como ejemplo: Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (1992); Protocolo Facultativo Relativo a la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua En Materia Penal (1993) –sin participación de Venezuela, Argentina, y Uruguay–.

<sup>1165</sup> Entre ellos es posible citar: la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996); la Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002); Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de menores (1994); Convención Interamericana sobre Prevenir y sancionar la tortura (1885) Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) –sin participación de Paraguay, Uruguay y Venezuela –; Convención Americana sobre Desaparición forzada de personas (1995); Convención Para Prevenir y Sancionar los Actos De Terrorismo Configurados en Delitos Contra Las Personas y la Extorsión Conexa Cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional (1972) –Sin participación de Argentina–, Convención Americana sobre Derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990), Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1996).

<sup>1166</sup> La primera Reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C. A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención. Tal declaración, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

constata situaciones de vulneración de derechos humanos realiza informes y recomendaciones a los Estados miembros, los cuales tienen el deber adecuar su conducta a lo dispuesto por la Convención<sup>1167</sup> o lleva el caso ante la Corte. Por su parte, la CIDH cuenta con competencia para entender en todos los casos que los Estados partes y la Comisión traigan a su estudio siempre que previamente se hayan agotado los recursos internos del Estados en cuestión<sup>1168</sup>. Si la Corte constata la violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, además de disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, podrá establecer que se reparen las consecuencias de dicha violación y se pague una justa indemnización a la parte lesionada<sup>1169</sup>. En este orden, la Corte ha inclusive dejado de lado el instituto de la prescripción a fin de asegurar el respecto al acceso a la justicia de las víctimas en un famoso caso argentino<sup>1170</sup>. Asimismo, la Convención en cuestión establece que los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y también podrá dar opiniones a los Estados miembros acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales<sup>1171</sup>. Las decisiones de la Corte son obligatorias para todos los Estados parte y cuando se disponga indemnización compensatoria se deberá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado<sup>1172</sup>.

---

<sup>1167</sup> Cfr. por ejemplo, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de 2011, publicado en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>; Sobre el carácter vinculante o no de estas recomendaciones se ha establecido un debate interesante en Argentina. cfr. A. GIL DOMÍNGUEZ, *El Estado Constitucional y convencional del derecho, los Informes de la Comisión Interamericana y el art. 72 inc. 22 de la Constitución Argentina*, La Ley, Miércoles 11 de septiembre de 2013, p. 6; V. BAZÁN, *Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales*, Suplemento La Ley Constitucional, La Ley, Febrero 2014 nro. 1, p. 15 ss.

<sup>1168</sup> Se afirma que ello otorga carácter subsidiario a la dimensión interamericana dejando a los Estados que puedan brindar una solución interna a la cuestión, cfr. V. BAZÁN, *Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales*, cit., p. 1.

<sup>1169</sup> Art. 63 CADH. Este artículo también dispone que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación, según el art. 31 del Reglamento de la Corte interamericana del Derechos Humanos, cfr. N. SAGUES, *Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional (a propósito del pacto de San José de Costa Rica)*, La Ley, 1986-B, 1015.

<sup>1170</sup> Además de que condenó al Estado argentino a pagar sumas de dinero en concepto de indemnización, Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Caso Bulacio Vs. Argentina.

<sup>1171</sup> Cfr. Art. 64 CADH

<sup>1172</sup> Cfr. Art. 68 CADH, cfr. C. BORTASSI, *Lesión a la humanidad, responsabilidad del Estado y prescripción*, La Ley, Buenos Aires, martes 23 de abril de 2013, p. 8; BAZÁN se pronuncia también por el carácter vinculante de las opiniones consultivas, cfr. V. BAZÁN, *Control de Convencionalidad, Tribunales internos y Protección de los derechos fundamentales*, cit., p. 4 s; M. SOLIMINE, *Excarcelación. Discurso legitimador de la reiteración delictiva y la alarma social*, La Ley, viernes 5 de julio de 2013, p. 1 s.; K. AMBOS, M. BÖHM, *Tribunal Europeo De Derechos Humanos y Corte Interamericana De Derechos Humanos: ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz?*, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlin, 2011, p. 48;

Finalmente, en lo que hace a la cuestión penal en el marco regional, debe hacer notar que la incipiente UNASUR establecen entre sus objetivos principales: “q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado; r) la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR; s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa; t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y u) la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación”<sup>1173</sup>. Asimismo, se ha verificado la preocupación y compromiso de los Estados miembros por combatir la delincuencia transnacional y adoptar medidas al respecto a partir de diferentes mecanismos, pudiendo citarse a modo de ejemplo el Comunicado Especial para la lucha contra el Terrorismo<sup>1174</sup>; Boletín 2 de la Reunión de Defensa de los países del UNASUR N° 90 donde los Ministros de Defensa de la región piden a UNASUR analizar crimen transnacional y minería ilegal<sup>1175</sup>; la creación del Consejo suramericano de lucha contra el Narcotráfico<sup>1176</sup> y el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>1177</sup>. Inclusive, en el 2013 se habría presentado un proyecto para la creación de una Corte penal de UNASUR donde los encargados de la persecución criminal sean escuchados en todas las instancias de discusión sobre la criminalidad organizada<sup>1178</sup>.

### 3. El derecho penal de los países que integran el MERCOSUR

Los derechos penales y procesales penales de la región descansan en concepciones comunes y también miran hacia los mismos horizontes.

---

C. ALFONSO, *La obligatoriedad de las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América Del Sur*, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, p. 63 s., entre otros.

<sup>1173</sup> Cfr. art. 3 del Tratado constitutivo de Unasur.

<sup>1174</sup> De fecha 30 de noviembre de 2012.

<sup>1175</sup> Cfr. <http://www.unasur.org/>

<sup>1176</sup> Instancia permanente de la UNASUR de consulta, cooperación y coordinación para enfrentar el problema mundial de las drogas. Creado el 10 de agosto del 2009 en Quito, Ecuador. Entre sus objetivos principales se encuentra: Promover una cooperación judicial, policial y de unidades de inteligencia financiera efectiva, para aumentar y agilizar la capacidad de respuesta frente a los delitos vinculados al problema mundial de las drogas, en el marco de los compromisos internacionales asumidos por los Estados Miembros y los mecanismos que implemente este Consejo y Promover la intensificación del intercambio sobre formación y capacitación de los profesionales que trabajan en la educación, la salud, el bienestar social, la cooperación judicial y la seguridad entre los Países Miembros de la UNASUR.

<sup>1177</sup> Creado el 30 de noviembre de 2012 en Lima, Perú.

<sup>1178</sup> Cfr. RMPM nro 12/13 en <http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/ecuador-propone-corte-penal-unasur-para-ampliar-jurisdicciones-nacionales>

Las Constituciones de los países miembros plenos del MERCOSUR forman parte de una corriente reforma institucional que se ha dado en América a finales del siglo pasado<sup>1179</sup>, donde se reconoce el Estado de derecho y la forma representativa y republicana y presidencialista como de organización político-social<sup>1180</sup> y a rasgos generales, cuentan con el mismo catálogo de derechos y garantías como así también principios penales y procesales penales (tales como el principio de legalidad, culpabilidad, personalidad de la pena, exclusión de pena crueles, imprescriptibilidad de ciertos delitos, etc.)<sup>1181</sup>.

En materia penal, cabe destacar que el hecho de que la mayoría de los países hayan sido colonias de España y Portugal y hayan recibido un gran flujo migratorio de diferentes pueblos europeos durante y después de las guerras mundiales<sup>1182</sup>, implicó la adquisición de una herencia cultural europea (sobre todo ibérica e italiana) y una carga religiosa judeo-cristiana de importancia, que ha tenido una fuerte repercusión en la valoración jurídico penal de los hechos. Asimismo, todos los países de Américas del Sur comparten un legado dejado por sus culturas autóctonas, las cuales han marcado su influencia en la legislación sobre la imputabilidad y los atenuantes de la legislación penal<sup>1183</sup>. Luego de que el Derecho penal italiano fuera determinante en la concepción y adopción de Códigos Penales como los de México (1931), Uruguay (1934) y Brasil (1940), el Derecho penal alemán, en especial, entró a formar parte del desarrollo del Derecho penal en la región influenciando sobre todo en los Códigos penales de Argentina (1984), Perú (1991), Paraguay (1997) y Colombia (2000). Asimismo, ha dejado sus huellas las legislaciones de Francia y Bélgica<sup>1184</sup>. Actualmente, se advierte que la legislación penal de los países miembros

---

<sup>1179</sup> Argentina en 1994, Paraguay en 1992, Brasil en 1988; Venezuela en 1999, Uruguay en 1967.

<sup>1180</sup> Cfr. art. 1, 36 y 37 Constitución Argentina; Art. 1 y 2 de la Constitución de Brasil; artículo 1 y 82 de la Constitución de Uruguay, art. 1 de la Constitución de Paraguay y art. 3,5, y 146 de la Constitución de Venezuela.

<sup>1181</sup> J. DA ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 94 ss.

<sup>1182</sup> Cf. J.M. RICO, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, cit., p. 75.

<sup>1183</sup> J. Da ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho, cit., p. 91

<sup>1184</sup> S. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tea, p. 109 ss.: históricamente, el derecho penal argentino toma su origen en la legislación española que rigió en todo el país aun mucho tiempo después de proclamada la independencia. El código penal de 1921 trabajo sobre los proyectos de 1891 y 1906 que tenían como fuente el código italiano de 1890, el código holandés de 1886, el código español de 1870, el código alemán de 1870 y el código de Feuerbach de Baviera de 1813; J GONZÁLEZ MACCHI, *La reforma del Código Penal en Paraguay*, 1998, afirma que el Código penal de Paraguay del año 1910 fue inspirado en el Código francés de Napoleón de 1810, en el de Feuerbach para Baviera de 1813 y el Código Español de 1848-50. La reforma del Código penal de Paraguay y las reformas del resto de los países de América latina se sustenta, según este autor, en una base doctrinaria europea, el código Rocco de Italia y la reforma penal alemana de 1975. Con relación a Uruguay, Carballa afirma que el derecho penal uruguayo siguió el modelo italiano de Zanardelli y Savelli —el cual también fue aprobado en ese país en el mismo año que en Uruguay (1889)— además del anterior proyecto italiano de Pascual Stanislao Mancini y los códigos penales español y chileno. El segundo proyecto fue promulgado el 4 de diciembre de 1933 y, luego de ser postergado, al fin entró a regir el 1 de agosto de 1934 y tuvo marcada influencia de Filippo Grispigni, Arturo Rocco y Max Ernst Mayer. Cfr. J B. CARBALLA, *Prólogo*, en Código Penal de la República Oriental del Uruguay, p. 8 citado por G. Aller,

protege, en general, los mismos bienes jurídicos, se encuentran diagramada de manera similar, los máximos penales, las causas de extinción, las edades de imputabilidad y las definiciones de los principales delitos son cercanos, verificándose disparidad, principalmente, en las escalas penales establecidas por cada país miembro y en la legislación vinculadas con la criminalidad transnacional<sup>1185</sup>.

En el ámbito procesal penal, el proceso inquisitivo español se mantuvo vigente hasta los años 80 del siglo XX. El camino hacia la democratización en América Latina (momento en el cual se puso fin a las dictaduras que dominaron el entorno político regional durante varias décadas) ha sido acompañado por importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial. Los países de América Latina se han encaminado hacia la adopción de un sistema de Derecho procesal penal de carácter acusatorio (Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Honduras, Bolivia, Chile, Venezuela, Nicaragua, Ecuador, Argentina, Colombia, Perú y Chile) pero es un camino que aún queda por recorrer. En esta transición han ejercido su influencia el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica (1988) realizado bajo el influjo del Derecho europeo continental pero identificables características propias del sistema de Derecho procesal penal angloamericano. Las ideas centrales de estos proyectos se basan en el establecimiento de un modelo con marcados componentes acusatorios, oralidad, relevancia del rol del Ministerio Público, reconocimiento de las garantías en favor del imputado, reconocimiento de derechos en favor de las víctimas, incorporación del principio de oportunidad, etcétera<sup>1186</sup>.

Por su parte, en lo que hace al derecho penal internacional<sup>1187</sup> de los países de la región, se advierte en general que éstos han ratificado la mayoría de las Convenciones propuestas a nivel internacional y regional<sup>1188</sup>, enderezando sus políticas criminales de acuerdo a las tendencias del derecho penal internacional y en ciertas temáticas en particular, de los Estados Unidos. Ello también a conllevado a una cierta armonización de sus derecho penales de fondo y de forma.

El prof. Zaffaroni afirma “En los años ochenta del siglo pasado, toda la región sancionó leyes anti-droga muy parecidas, en general por presión de la agencia estadounidense especializada, configurando una legislación penal de excepción

---

Reseña histórica de la ley penal uruguaya, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/ley-penal-uruguaya.pdf>

<sup>1185</sup> J. Da ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, cit., p. 100.s

<sup>1186</sup> H. FRÜHLING, *La prevención del crimen. Notas sobre la justicia penal y la reducción de oportunidades para la delincuencia*, Reunión sobre el desafío de la violencia criminal urbana, Río de Janeiro, marzo de 1997; M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 23.

<sup>1187</sup> Conforme Dobovsek este se compone por las fuentes jurídicas nacionales que regulan la cooperación y armonización de los derechos penales nacionales, cfr. J. DOBOVSEK, *Derecho Internacional Penal –Derecho Penal Internacional*, LL, Buenos Aires, martes 28 de enero de 2014, p. 1.

<sup>1188</sup> Cfr. nota 43, 44 y 45 donde se ha hecho notar cuando alguno de los países del Mercosur no ha participado en una Convención.

análoga a la que antes había sido empleada contra el terrorismo y la subversión”<sup>1189</sup>. El modelo represivo adoptado por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, fue incorporado en varios países de la región como ser Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile, Perú, Brasil y Venezuela donde se inicia la llamada “guerra contra las drogas” y se incorporan institutos nuevos como el delator judicial, el agente encubierto<sup>1190</sup>, la entrega vigilada y el denunciante anónimo<sup>1191</sup>. Este mismo fenómeno se advierte por ejemplo la legislación sobre lavado de dinero, terrorismo y trata de personas en Argentina donde se observa que la legislación se alinea con los postulados internacionales y las observaciones del GAFI<sup>1192</sup>.

Asimismo, muy profunda ha sido la influencia de la jurisprudencia de la CIDH y la adhesión a los Pactos de Derechos Humanos en los países de la región<sup>1193</sup>. Actualmente el control de convencionalidad exigido por la CIDH es impuesto como un deber que pesa sobre los jueces nacionales<sup>1194</sup>; las sentencias y opiniones consultivas de dicho órgano se consideran obligatorias para todos los Estados partes y son de parámetros de “interpretación conforme” de toda la legislación nacional. En algunos países, como Argentina, el control de convencionalidad ha sido ubicado inclusive al mismo nivel jerárquico que la Constitución y algunos afirman que la Corte ha generado una especie de “*Corpus Juris*” en materia de derechos humanos la CIDH<sup>1195</sup> que ilumina toda la normativa nacional y colabora así a su aplicación armónica<sup>1196</sup>.

<sup>1189</sup> R. ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 2006, p. 8.

<sup>1190</sup> En la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Venezuela existe la figura del agente encubierto.

<sup>1191</sup> Cfr. M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 9; G. CHILLIER, L. FREEMAN, *El Nuevo Concepto de Seguridad Hemisférica de la OEA: Una Amenaza en Potencia*, donde se hace notar la influencia de Estados Unidos en las políticas antidrogas y antiterrorismo en Latinoamérica, [http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001\\_g.pdf](http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001_g.pdf).

<sup>1192</sup> Cfr. L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada*, La Ley, jueves 6 de febrero de 2014, p. 1; M. CATALANO, *Reforma de la Ley de Trata de Personas*, La Ley, miércoles 5 de mayo de 2013, p. 1.

<sup>1193</sup> Cfr. Sentencia de la CIDH donde se hace alusión a la jurisprudencia de las Cortes Supremas de la región en materia de convencionalidad, cfr. CIDH, sentencia del 26 de noviembre de 2010, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

<sup>1194</sup> La CIDH ha afirmado que el poder judicial debe hacer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos como así también lo afirmado por la Corte Interamericana en otros fallos, cfr. CIDH, sentencia del 30 de septiembre del 2006, *Almonacid Arellano*, considerandos 124 y 125.

<sup>1195</sup> D. O'DONNELL, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Oficina regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago, Chile, 2007, p. 57.

<sup>1196</sup> Cfr. jurisprudencia citada y opiniones en V. BAZÁN, *Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales*, cit., p. 1 ss; A. BOGGIANO, *El derecho internacional y los tratados en la Constitución argentina*, La Ley, miércoles 20 de marzo de 2013; E. IBARLUCÍA, *¿Existe una constitución “convencionalizada”?*, La Ley, Jueves 22 de agosto de 2013, p. 1 s.; J. HITTERS, *Un avance en el control de convencionalidad*, La Ley, Lunes 27 de mayo de 2013, p. 1 s.; G. BADENI, *Convención Americana sobre Derechos Humanos y Corte Suprema de Justicia*, La Ley, miércoles 2 de septiembre de 2009, p. 1 s; N. MARTINO, *Nunca más prisión ni reclusión perpetua a adolescentes en Argentina*, en Suplemento Constitucional La Ley, nro. 6 septiembre 2013, p. 52 ss.



Si bien esta rápida alineación con las tendencias extranjeras e internacionales que muestra la legislación de nuestra región resulta sumamente positiva también ha traído algunas dificultades de no menor importancia<sup>1197</sup>.

Por ejemplo, en materia de narcotráfico se advierte que la política internacional importada, es decir, la conocida “guerra contra las drogas” ha mostrado ser totalmente ineficaz para combatir este tipo de criminalidad. En este sentido se señala que el consumo ha crecido en las clases medias y bajas de la población, los sistemas judiciales regionales se han colmado de consumidores o pequeños comerciantes y las organizaciones criminales que manejan el narcotráfico han adquirido un poder económico y político pocas veces visto. El control penal de las drogas ha pasado a ser un discurso de emergencia y necesario para tutelar la seguridad nacional, pero no cuenta con datos objetivos y ciertos, ha impedido tomar decisiones políticas adecuadas y discutir políticas públicas alternativas a la represión o penalización de todo tipo de conflicto por parte del servicio de justicia regional<sup>1198</sup>. Las modificaciones legislativas que se adoptan resultan contradictorias a las formas procesales adversariales adoptadas, los institutos incorporados son resistidos por la doctrina y parte de la jurisprudencia por entender que resultan violatorios a garantías constitucionales<sup>1199</sup>.

En estas tensiones que las normas adoptadas en la “guerra contra el crimen organizado transnacional” traen aparejadas con las garantías individuales de los imputados, donde las declaraciones de derechos humanos universales y juicio justo “salen despedidas por la ventana”<sup>1200</sup> toman un papel activo la jurisprudencia

---

<sup>1197</sup> Sobre los problemas que trae aparejada la circulación de institutos legales entre sistemas jurídicos cfr. M. LANGER, *From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining ante the americanization thesis in criminal procedure*, 45, Harv. Int'l L.J. 1, 29/35 (2004).

<sup>1198</sup> Cfr. M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 32 y ss; En el mismo sentido, haciendo incapié en la militarización de América Latina, G. CHILLIER, L. FREEMAN, *El Nuevo Concepto de Seguridad Hemisférica de la OEA: Una Amenaza en Potencia* en [http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001\\_g.pdf](http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001_g.pdf).

<sup>1199</sup> El prof. Zaffaroni afirma que estas leyes violaron el principio de legalidad, multiplicaron verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxicodependientes, etc. Las prisiones se sobrepoblaron con consumidores de tóxicos (que se supone que son las víctimas) y con mujeres transportadoras (mulas), se crearon economías complementarias, la corrupción de los sistemas penales fue formidable –incluso de las fuerzas armadas incorporadas a funciones policiales- cfr. R. ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, cit., 8,. En efecto, actualmente, se advierte una tendencia entre los países cada vez mas reticente a firmar tratados de tolerancia cero en tema de drogas porque hay una convicción de que en materia de políticas nacionales los enfoques no punitivos, pragmáticos y orientados a la salud que están en sintonía con las normas fundamentales de los derechos humanos abordan mejor las complejidades que rodean al consumo de drogas ilícitas que el enfoque de los tratados, fueron negociados y adoptados en una época en que tanto el mercado ilícito como los conocimientos sobre su modo de operar tenían poco que ver con los de hoy día. cfr. D. BEWLEY-TAYLOR, *Hacia una revisión de las convenciones de drogas de la Onu, La lógica y los dilemas de los grupos afines*, <http://www.undrugcontrol.info/es/publicaciones/serie-reforma-legislativa/item/3261-hacia-una-revision-de-las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>

<sup>1200</sup> R. DURRIEU (h), *Terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico y debido proceso*, La Ley, Jueves 21 de marzo de 2003, p. 1 ss.

internacional y de los tribunales nacionales ya que muchas veces en pos de asegurar la sanción de delitos “aberrantes” o la real protección de los derechos humanos trae postulados del derecho internacional<sup>1201</sup> o utiliza a aquellos como un arma de doble filo<sup>1202</sup>.

Asimismo, en cuanto al delito de lavado también se ha advertido que las normas penales adoptadas aún presentan diferencias importantes en la redacción de los tipos penales que sancionan el lavado de activos que llevan aparejada, entre otras cuestiones, las dificultades interpretativas para armonizar las legislaciones locales con la de ámbito internacional. Entre ellas, se destaca la exigencia, en algunos países, como uno de los elementos objetivos de la figura penal, la comprobación de un delito previo mediante la existencia de una sentencia de condena por el delito precedente (narcotráfico en este caso) cuando la normativa internacional configura el delito de lavado de activos como delito autónomo. Respecto a los instrumentos relativos a la cooperación interestatal en estas materias, se detectan generalmente significativos retrasos en las respuestas a las solicitudes de cooperación internacional o inclusive una absoluta falta de respuesta. La lentitud en este ámbito es un problema especialmente relevante ya que impiden llevar a cabo las investigaciones, las cuales fracasan y aseguran impunidad. Muchos de estos problemas derivan en última instancia de la heterogeneidad y dispersión de las autoridades intervinientes, las dificultades de identificación de las autoridades competentes y la lentitud de los medios de transmisión de las solicitudes<sup>1203</sup>.

## II. MERCOSUR

### 1. Tratados constitutivos

El MERCOSUR nace con el Tratado de Asunción (TA), firmado en el año 1991, por Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina y se propone como objetivo principal crear el MERCADO COMUN DEL SUR<sup>1204</sup>.

---

<sup>1201</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema Argentina ha sido precursora en considerar *ius cogens* como susceptible de aplicación directa e inmediata, cfr. CSJN, sentencia del 2 de noviembre de 1995, *Priebke*; sentencia del 14 de junio de 2005, *Simon*; sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel*.

<sup>1202</sup> Se afirma que la jurisprudencia hace su interpretación libre y muchas veces influenciada por sus pensamientos políticos o ideológicos, así se advierte una vulneración al principio de legalidad, cfr. J. DOBOVSEK, *Derecho Internacional Penal –Derecho Penal Internacional*, cit., p. 2; J. TAMAYO JARAMILLO, *El Activismo Judicial, La Ley*, jueves 16 de enero de 2014, se expresa en un sentido crítico al activismo judicial como contrario al Estado de Derecho. Dice que es una tendencia de la jurisprudencia de América Latina, más audaz de la Europea. y se refiere sobre todo al activismo judicial en Bolivia, Colombia, Venezuela, Nicaragua, Ecuador; E. MALARINO, *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, en en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlin, 2011, p. 25.

<sup>1203</sup> Cfr. Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, Guía de Buenas Prácticas, Lucha contra el tráfico de drogas, p. 19 ss.

<sup>1204</sup> Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, para la creación del Mercado Común del Sur entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Entró en vigor el 29 de noviembre de 1991, en Argentina fue aprobado por ley 23.981(Adla, LI-C, 2889). Se encuentra estructurado por un texto principal y cinco anexos.

Además de los diferentes acuerdos regionales que le sirven de modelo y el impacto económico de la globalización<sup>1205</sup>, se indican como antecedentes del MERCOSUR diversos acuerdos bilaterales firmados entre Argentina y Brasil. Con la idea de dejar de lado las históricas diferencias por las pretensiones de ambos países de convertirse en el poder hegemónico de la región<sup>1206</sup>, en 1983 se comienzan a realizar reuniones para iniciar un proceso de integración. En 1985 es firmada el Acta de Iguazú, que da lugar al Programa de Integración y Cooperación Económica Brasil-Argentina. En 1988 ambos países firman un Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo en el que se comprometen a conformar un espacio económico integrado en diez años, mediante la eliminación de las barreras arancelarias y la liberación gradual del comercio. En 1990, por el impulso de los presidentes de Argentina y Brasil, en el Acta de Buenos Aires se incorporan a Paraguay y Uruguay y se acelera el proceso de integración reduciendo a un plazo de cinco años la conformación de un mercado común<sup>1207</sup>.

Actualmente, a los cuatro países fundadores se ha sumado Venezuela<sup>1208</sup> y ha presentado la solicitud de adhesión también Bolivia<sup>1209</sup>. A pesar que Venezuela firmó el acuerdo de adhesión en el año 2006, recién logró incorporarse al MERCOSUR en el año 2012<sup>1210</sup> (luego de que fuera suspendido Paraguay) puesto que el Congreso de Paraguay se había negado a ratificar el acuerdo de adhesión por considerar que Venezuela no contaba con un gobierno democrático.

Bolivia (por ahora), Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Surinam y Guyana tienen desde hace tiempo el estatus de estados asociados del MERCOSUR<sup>1211</sup>. Este se

<sup>1205</sup> Ello surge expresamente del preámbulo del Tratado de Asunción donde se afirma “Teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países”.

<sup>1206</sup> G. CAETANO, *Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, cit., p. 25.

<sup>1207</sup> Cfr. L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*; en Derecho de la Integración Manual, dirigido por S. Negro, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 58 ss; A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 218 ss; M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 53.

<sup>1208</sup> El 4 julio de 2006 se firma el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur. Sobre las consecuencias de esta incorporación y su impacto a nivel regional cfr. N. MELLADO, *Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR y su impacto subregional*, en AA.VV., *Mercosur y Unión Europea*, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, 2007, Argentina, p. 163, H. PREUSSE, *Consecuencias de la Salida de Venezuela de la CAN y su entrada al MERCOSUR*, AA.VV., *Mercosur y Unión Europea*, cit., p. 181.

<sup>1209</sup> El 7 de diciembre de 2012 se firmó el Protocolo de Adhesión de Bolivia.

<sup>1210</sup> mediante la CMC DEC/28/12, la CMC DEC/27/12 relativa a la adhesión de Venezuela al Mercosur adoptada en Brasilia el 30 de julio pasado considera “la Declaración sobre la Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR”, aprobada por los presidentes de los Estados Partes durante la Cumbre de Mendoza el 29 de junio de 2012, como una fuente jurídica mercosuriana capaz de sustituir los procedimientos previstos para la entrada en vigencia del Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, y decide que Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte el 12 de agosto de 2012

<sup>1211</sup> Acuerdo de Complementación Económica N° 36 firmado entre el MERCOSUR y la República de Bolivia; el Acuerdo de Complementación Económica N° 35 suscrito entre el MERCOSUR y la República de Chile y las Decisiones del Consejo del Mercado Común CMC N° 14/96 “Participación de Terceros Países Asociados en Reuniones del MERCOSUR” y N° 12/97 “Participación de Chile en Reuniones del MERCOSUR; Acta de Adhesión de la República de Colombia, suscrita en Foz de Iguazú, el 16 de diciembre 2010; Acta de Adhesión de la República del Perú, suscrita en Asunción, el

adquiere luego de presentar la respectiva solicitud al Consejo del Mercado Común, mediante la presidencia Pro tempore, y luego de adherir al Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur y el Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II)<sup>1212</sup>. El estatus de estados asociados les permite a dichos países participar en calidad de invitados a las reuniones de los organismos del MERCOSUR pero no cuentan con poder de decisión sobre la normativa del MERCOSUR sin perjuicio de que luego pueden firmar acuerdos para adherirse a las medidas adoptadas. Uno de los principales objetivos que buscan los estados asociados, es el de la reducción gradual de los aranceles.

Algunos califican al Tratado de Asunción como un Tratado marco, es decir, un acuerdo que contiene un conjunto de directivas generales cuyo desarrollo quedará librado a las resoluciones que dicten sus órganos y convenios especiales<sup>1213</sup>. Sin embargo, otros no están de acuerdo con esta calificación y afirman que, en verdad, el TA cuenta también con normas de carácter operativo, es decir, “normas por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados”<sup>1214</sup>.

Sus normas, en reiteradas oportunidades hacen referencia a su transitoriedad<sup>1215</sup> lo cual marcaría un periodo de transición que explica la capacidad de adaptación progresiva del MERCOSUR al ritmo de la evolución del proceso integrador<sup>1216</sup>. El TA ha sido complementado por diversos instrumentos que hoy son parte del derecho originario del MERCOSUR: el Protocolo de OURO PRETO (POP)<sup>1217</sup>, donde se diseñó la silueta institucional del MERCOSUR. Este protocolo entró en vigencia en diciembre de 1991 y dio personalidad jurídica al MERCOSUR, confiriéndole representación externa y capacidad para negociar acuerdos con terceros países, grupos de Estados u organizaciones internacionales; el Protocolo de Brasilia (PB) que estableció el sistema de solución de controversias<sup>1218</sup>; el Protocolo de

---

28 de junio del 2011; Acta de Adhesión de la República del Ecuador, suscrita en Asunción, el 29 de junio del 2011; Acuerdos marco entre la República Cooperativa de Guyana y de la República de Surinam y el MERCOSUR, aprobados por CMC/DEC N° 09/13 y 10/13, en verdad, estos dos últimos aún no han sido ratificados.

<sup>1212</sup> Cfr. Dec. CMC 18/04; Dec. CMC 11/13.

<sup>1213</sup> J. GAMIO, *Evaluación del Mercosur*, Publicación del Instituto Argitgas del Servicio Exteriores- Ministerios de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1994; S. ABREU, *Mercosur e integración*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 47.

<sup>1214</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 290.

<sup>1215</sup> Cfr. por ejemplo el art. 3 y 18 TA

<sup>1216</sup> Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 528; M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 54.

<sup>1217</sup> Firmado el 16 diciembre de 1994 y aprobado por le CMC/Dec. N° 25/94

<sup>1218</sup> Firmado el 17 de diciembre de 1991 y aprobado por la CMC/DEC N° 01/91. Derogado por el Protocolo del Olivos.

Olivos (PO) donde se creó del Tribunal Permanente de Revisión (TPR)<sup>1219</sup>; Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR<sup>1220</sup>.

### **A) Objetivos del Tratado de Asunción**

Cuando se firma el TA los países de América del Sur habían recientemente salido de un periodo de dictaduras, donde el paradigma de la “seguridad nacional” había generado poderosas fuerzas armadas y la mutua desconfianza entre vecinos. En ese periodo la preocupación principal de los Estados había radicado en saber cuál era la capacidad ofensiva-defensiva de los países circundantes, para así lograr igualarlos en términos de poderío<sup>1221</sup>. Con el advenimiento de las nuevas democracias a principios de los 80s, los países de la región comienzan a tener una mirada diferente del país que está al lado y la cooperación se presenta como una alternativa para negociar con los otros bloques, como así también para incentivar la inversión externa y el comercio intra y extra-zona<sup>1222</sup>.

En el Tratado de Asunción se reflejan estos objetivos tenidos en cuenta al momento de su creación, centrándose su preámbulo en un proyecto principalmente comercial. En este se establece que la ampliación de la dimensión de los mercados nacionales, a través de la integración, constituye una condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo económico con justicia social. Dicho objetivo se alcanzará a través del aprovechamiento de los recursos disponibles (preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía), la promoción del desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y las modernización sus economías ( para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes).

A tales fines, el Tratado enuncia que el mercado común será impulsado sobre la base de: 1) la libre circulación e intercambio de bienes, personas y capitales entre los países que lo integran; 2) el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común; 3) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes; 4) la armonización de las legislaciones de los Estados partes en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (art. 1 TA)<sup>1223</sup>. Asimismo, se establece que

---

<sup>1219</sup> Firmado el 18 de febrero de 2002 y Acta de Compromiso de Adhesión de Venezuela al Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Contraversias en el MERCOSUR. Firmado el 19 de enero de 2007; Decisión CMC N° 37/03 - Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, Decisión CMC N° 17/04 - Fondo Especial para Controversias; Decisión CMC N° 23/04

<sup>1220</sup> Firmado el 09 de diciembre de 2005 y aprobado por la CMC/DEC N° 23/05.

<sup>1221</sup> Se afirma que este era el modelo que venía copiado de Estados Unidos, el cual comienza a romperse con el advenimiento de las democracias y la postura de apoyo de aquél país a Inglaterra en la guerra de las Malvinas. Cfr. M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, en *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, dirigido por P. Bilancia, Giuffrè, Milano, 2006, p. 51s.

<sup>1222</sup> P. VILLAGRA DELGADO, *El Cono Sur: una realidad tangible*, Seminario Internacional sobre Desarme, Lima, Perú, Diciembre 1999.

<sup>1223</sup> Muchos de los "propósitos" del proceso de integración no se han logrado en la práctica. Por esta razón, a pesar del nombre "Mercado Común del Sur", el Mercosur no es un mercado común. Se trata,

la integración será guiada por los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio<sup>1224</sup>. Teniendo en cuenta que el MERCOSUR presenta importantes asimetrías en su conformación<sup>1225</sup>, es claro que mediante estos principios se buscará llegar a puntos de encuentro entre los intereses y prioridades de los diferentes países miembros. En este sentido se dispone que el MERCOSUR debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina<sup>1226</sup>, lo cual demuestra que fue concebido como un proyecto en evolución progresiva, a desarrollarse en diferentes fases, flexibles y dinámicas<sup>1227</sup>.

Ahora bien, la única consideración de tipo política que surge del Preámbulo del TA es que los Estados reafirman su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos a fin de alcanzar los objetivos propuestos<sup>1228</sup>. Pero como se observará luego, los autores coinciden en que el MERCOSUR, con el tiempo, ha evolucionado pasando de ser un acuerdo puramente comercial a un proyecto de naturaleza política y social.

## **B) Principales instituciones**

Finalizado el período de transición establecido por el TA, los miembros del MERCOSUR firmaron el Protocolo de Ouro Preto en el que se estableció su estructura institucional<sup>1229</sup> y donde según algunos se convirtieron en permanentes estructuras ideadas desde la transitoriedad<sup>1230</sup>

Hay acuerdo general en la doctrina sobre el hecho de que los países que integran el MERCOSUR no han cedido competencias soberanas a favor de los órganos que lo integran, “a lo sumo habría una renuncia a ejercer individualmente algunos derechos soberanos, es decir, habría renuncia abdicativa sin trasladar a un

---

en verdad, de una zona de libre comercio, o, si se quiere, de una unión aduanera imperfecta o incompleta.

<sup>1224</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 224 y 225.

<sup>1225</sup> Brasil, es el país más extenso de América del Sur, con una población de casi 190 millones de habitantes; Argentina, es el segundo Estado más grande de América del Sur, con una población de casi 40 millones de habitantes; Paraguay, con unos 6 millones de habitantes; y Uruguay, uno de los más pequeños del continente, con una población de 3,5 millones de habitantes cfr. Banco Interamericano de Desarrollo en: [http://www.iadb.org/countries/home.cfm?id\\_country=BR&Language=Spanish](http://www.iadb.org/countries/home.cfm?id_country=BR&Language=Spanish) (consultada en agosto de 2007)

<sup>1226</sup> Tratado que conforma la ALADI, Debe tenerse en cuenta que el Mercosur se encuentra inscripto en ALADI como acuerdo de complementación económica 18 y como tal está abierto a la adhesión de los Estados que conforman aquella organización.

<sup>1227</sup> Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea*, cit., p. 528; M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 54.

<sup>1228</sup> cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 226; P. VILLAGRA, *Un nuevo paradigma de seguridad hemisférica*, en *Foreign affairs: Latinoamérica*, ISSN 1665-1707, Vol. 3, N° 4 (octubre-diciembre), 2003 , p. 130 ss; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 67.

<sup>1229</sup> Cfr. art. 1 POP afirma que los órganos institucionales son: Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común; Comisión de Comercio del Mercosur, Comisión Parlamentaria Conjunta; Foro Consultivo Económico-Social y Secretaría Administrativa del Mercosur.

<sup>1230</sup> A. MANGAS MARTÍN, *Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 1996, p. 6.

tercero las competencias soberanas<sup>1231</sup>. Se ha afirmado incluso que el MERCOSUR no es más que una organización internacional clásica ya que en sus órganos decisorios sólo están representados los Estados y sólo caben los intereses del Estado<sup>1232</sup>.

En verdad, de la letra del artículo 2 del POP surge literalmente el carácter intergubernamental de los tres órganos con capacidad decisoria y normativa (el Consejo del Mercado Común, El Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR)<sup>1233</sup>. La creación de órganos estrictamente gubernamentales habría tenido como objetivo mantener el proceso bajo el control de los gobiernos<sup>1234</sup>, evitar que los encargados de tomar las decisiones se aislaran respecto a las instituciones nacionales que debían aplicarlas<sup>1235</sup>, no dejar lugar a fracasos como había sucedido con algunas experiencias ya vividas, cuidarse de incurrir en gastos excesivos para administrar el esquema<sup>1236</sup>, e inclusive, el previo periodo de militarización y de mutua sospecha entre vecinos recientemente vivido que hacía pensar que “la integración no podía realizarse del día a la noche...no estaban en condiciones de asociarse más allá de lo mínimo, de lo indispensable”<sup>1237</sup>.

Los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, se encuentran integrados por funcionarios públicos de los Estados miembros y mantienen una relación de dependencia o subordinación hacia ellos, por lo tanto están sujetos a

---

<sup>1231</sup> De acuerdo con esta postura Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 260; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 77; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 529 ss; E. BIASCO, *Federalismo y Mercosur*, adaptación de las Constituciones del Mercosur, en *Derecho Administrativo, Homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 1998, párrafos VI y VII.; También ha sido afirmado por el Tribunal Ad Hoc en reiteradas oportunidades como en el Laudo IV y Laudo VII

<sup>1232</sup> Cfr. G. MONCAYO, *Mercosur: Orden normativo y realidad*, en *Liber Amicorum “In Memoriam of Judge Jusé María Ruda*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 595; Ventura afirma “Estas grandes líneas del derecho comunitario “no encuentran ningún eco en los contornos jurídicos del Mercosur. En primer lugar, adopta una estructura institucional visiblemente minimalista (...). En segundo lugar, el bloque no es dotado de un ordenamiento jurídico autónomo, por lo que constituye un fenómeno de derecho internacional público clásico (...)” cfr. D. VENTURA, *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, p. 54.

<sup>1233</sup> Cfr. art. 2 POP. Se afirma que la inclusión de esta norma, repetitiva ya que la naturaleza intergubernamental de los órganos surgía de las normas que regulaba las funciones y facultades de cada uno, fue exigida por Brasil ya que no quería dejar dudas sobre su posible naturaleza supranacional en función de impedimentos de carácter constitucional, cfr. J. PÉREZ OTERMIN, *El Mercado Común del Sur, Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, 1995, p. 24.

<sup>1234</sup> Cfr. A. GUZMAN, *The Design of International Agreements*, en *The European Journal of International Law*, Vol 16 no. 4 EJIL2005, este autor indica que los Estados al firmar un acuerdo hacen un análisis sobre sus beneficios y sus costos, sobre todo, el costo de no cumplirlo. Los estados no se equivocan cuando crean instituciones débiles, simplemente no quieren verse compelidos a cumplir con todos los acuerdos formales

<sup>1235</sup> Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p 529.

<sup>1236</sup> Cfr. S. CZAR DE ZALDUENDO, *La institucionalización en los Acuerdos regionales: el caso del Mercosur*, en *Efectos reales de la Integración regional en la Unión Europea y el Mercosur*, coordinado por G. Basevi, V. Donato y A. O’Connell, Universidad de Bologna, Buenos Aires, 2003, p. 109 ss.

<sup>1237</sup> Según Midón si no se comprende e status que precedió al proceso de integración no se logrará nunca comprender la primera etapa de intergubernamentalidad de MERCOSUR, cfr. M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 52.

directivas e instrucciones de sus Estados, encontrándose reflejadas los diferentes niveles jerárquicos de las burocracias nacionales<sup>1238</sup>. Estos órganos se encuentran dentro de una estructura fuertemente jerarquizada, con el Consejo en la cúspide y la Comisión en la base y toman decisiones por consenso sin excepciones. Todo ello que excluiría hablar de una auténtica cesión de soberanía puesto que los Estados miembros conservan su permanente derecho de veto<sup>1239</sup>.

#### **a. Consejo del Mercado Común (CMC)**

Es el órgano superior que tiene a su cargo la conducción política de la integración, toma decisiones tendientes a cumplir con los objetivos del Tratado constitutivo y ejerce la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR<sup>1240</sup>. Está integrado por Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía y se expide por decisiones obligatorias para los países miembros<sup>1241</sup>. A sus reuniones suelen concurrir los Jefes de Estado de los países miembros y éstas se transforman en Cumbres del MERCOSUR. Se reúne todas las veces que estime oportuno pero debe hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes<sup>1242</sup>. Es coordinado por la Presidencia Pro Tempore y tiene la facultad de crear todos los órganos que crea convenientes<sup>1243</sup>. Fue creado en 1991.

Puede aprobar proyectos de normas propias o que les haya elevado el Grupo Mercado Común, el Parlamento del MERCOSUR, el alto Representante y el Comité de Representantes permanentes. Las normas derivadas de mayor importancia fueron adoptadas en el CMC y en las Reuniones de Ministros en diferentes áreas son giradas al CMC.

Cuenta con un número importante de órganos auxiliares (Reuniones de Ministros y Grupos) que se ocupan de diferentes áreas como cultura, educación, medio ambiente, tecnología e innovación, salud, turismo, etc. Entre ellos cabe destacar al Alto Representante General del MERCOSUR, el cual fue creado como órgano de CMC<sup>1244</sup>, para fortalecer la producción de propuestas de políticas regionales y de gestión comunitaria. Este cargo es ejercido por una personalidad política de uno de los países miembros con experiencia reconocida en materia de integración<sup>1245</sup>. El Alto representante, según el art. 4 de la Decisión, debe desempeñarse teniendo en cuenta el interés general del MERCOSUR y la profundización del proceso de integración; puede realizar propuestas vinculadas con áreas como salud, educación, justicia, cultura, empleo y seguridad social, etc.; puede

---

<sup>1238</sup> Cfr. Soto, p. 288.

<sup>1239</sup> G. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2010, p. 53 S.

<sup>1240</sup> Creado por el TA en 1991.

<sup>1241</sup> Cfr. arts 3,4,9 POP

<sup>1242</sup> Cfr. art. 6

<sup>1243</sup> Cfr. art. 8. Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea, cit.*, p. 533 ss; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 261 ss; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 69.

<sup>1244</sup> Mediante al CMC/dec n. 63/10.

<sup>1245</sup> Su cargo dura tres años.



asesorar al CMC cuando le sea solicitado, en el tratamiento de temas relacionados al proceso de integración en todas sus áreas, coordinar las acciones de los órganos de la estructura institucional vinculados con una misma área específica; mantener diálogo con otros órganos del MERCOSUR, como el Parlamento, el foro de Consulta y concertación, etc.

Se le otorgan atribuciones para formular propuestas en áreas políticas, sociales, productivas, educación, cultura pero no se mencionan atribuciones para desarrollar propuestas relacionadas con la Unión aduanera y el mercado común. Se afirma que la creación de este órgano puede ser un primer paso en pos de conformar el cumplimiento de las normas y en su caso, efectuar reclamos a los incumplidores desde una perspectiva que persiga el interés general del MERCOSUR. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el Alto representante no se encuentra en un pie de igualdad con los otros órganos del MERCOSUR, éste se encuentra subordinado al CMC<sup>1246</sup>.

Por otra parte, para contar con un órgano permanente que asista la labor de los ministros en el ámbito del MERCOSUR, se creó el Comité de Representantes Permanentes del MERCOSUR<sup>1247</sup>. Este órgano debe asistir al CMC y Presidencia Pro Tempore en sus actividades, presentar iniciativas sobre materias relativas al proceso de integración del MERCOSUR, las negociaciones externas y la conformación del Mercado común, afianzar las relaciones económicas, sociales y parlamentarias en el MERCOSUR.

#### **b. Grupo Mercado Común (GMC)**

Es el órgano ejecutivo del MERCOSUR<sup>1248</sup>. Vela por el cumplimiento del Tratado constitutivo, sus protocolos y acuerdos, propone proyectos de decisión, toma las medidas necesarias para el cumplimiento de estas últimas y tiene concreta participación en el proceso de solución de controversias<sup>1249</sup>. Se encuentra integrado de cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país, designados por cada gobierno entre los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y los Bancos Centrales; están coordinados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de cada país. Emite resoluciones obligatorias para los estados partes, mediante las cuales define programas de trabajo y adopta medidas para ejecutar las decisiones del CMC<sup>1250</sup>. No es un órgano permanente, se convoca a reuniones ordinarias o extraordinarias tantas veces como sea necesario<sup>1251</sup>.

De este órgano dependen diversos grupos, subgrupos, foros y reuniones especializadas que funcionan como órganos auxiliares. A partir de éstos se acuerdan las pautas de armonización técnica y jurídica en cada uno de los sectores implicado

<sup>1246</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración, cit.*, p. 280.

<sup>1247</sup> Cfr. CMC/DEC nro. 11/03.

<sup>1248</sup> Creado por el TA en 1991.

<sup>1249</sup> Cfr. art. 13 POP donde se indican específicamente sus facultades.

<sup>1250</sup> art. 10, 11 y 15 POP.

<sup>1251</sup> Sobre los detalles del funcionamiento de este órgano, cfr. C. PIZZOLO *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea, cit.*, p. 538; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración, cit.*, p. 265; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual, cit.*, p. 70 s.

en el proceso de integración. Entre éstos, cabe destacar el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, provincias y departamentos del MERCOSUR<sup>1252</sup>, creado con la finalidad de que puedan participar en el proceso de integración los Estados subnacionales. Este Foro es el órgano de representación de los gobiernos locales de los Estados parte y su función es emitir propuestas sobre el impacto político y social a nivel municipal, estadual, provincial y departamental del proceso de integración.

### **c. Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM)**

Es el órgano comercial-aduanero de l MERCOSUR<sup>1253</sup>. Es el encargado de seguir el proceso de constitución de la unión aduanera; debe velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados para el funcionamiento de la unión aduanera, el comercio intrazona y con terceros países<sup>1254</sup>; tiene concreta participación en el proceso de solución de controversias, mediante el procedimiento general para reclamaciones ante él mismo. Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país, que no son de rango ministerial, pero que son coordinados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de cada país. Se reúne una vez por mes o cada que vez que lo requiera un Estado parte<sup>1255</sup>; se expresa mediante directivas que son obligatorias para los Estados partes<sup>1256</sup>.

### **d. Parlamento del MERCOSUR**

Constituido en 2005, comenzó a sesionar en mayo del [2007](#) en reemplazo de la [Comisión Parlamentaria Conjunta](#). Durante doce años la Comisión Parlamentaria Conjunta fue el órgano parlamentario del MERCOSUR, integrado por representantes de los Parlamentos Nacionales de los Estados Partes. Con la profundización del proceso de integración, quedó clara la necesidad de una mayor representación de los ciudadanos y en 2004, se redacta el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR y durante 2006, los Parlamentos nacionales aprueban el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

Participaron de la primera Sesión del Parlamento del MERCOSUR los representantes de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Se realizan a partir de dicho año Sesiones Plenarias mensuales en su sede y cuenta con un Reglamento Interno desde agosto de 2007<sup>1257</sup>. En una primera etapa sus miembros fueron elegidos por los parlamentos nacionales entre sus miembros pero está previsto que sean elegidos por los ciudadanos por voto directo, universal y secreto. El único país que hasta el momento ha elegido sus parlamentarios de esta forma ha sido

---

<sup>1252</sup> Cfr. GMC/Res 41/04.

<sup>1253</sup> Es creado en 1994 por el POP.

<sup>1254</sup> Cfr. art. 16 y 19 POP.

<sup>1255</sup> Cfr. art. 18 POP.

<sup>1256</sup> art. 17 y 20 POP. Cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Unión Europea, cit.*, p. 546 ss; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración, cit.*, p. 271 s.; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual, cit.*, p. 72 s.

<sup>1257</sup> CMC/Dec 34/07 que aprueba el Acuerdo de Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el funcionamiento del Parlamento del MERCOSUR.

Paraguay<sup>1258</sup>.

Mediante este órgano se ha buscado minimizar el déficit democrático de las estructuras institucionales del MERCOSUR y darle legitimación a su normativa mediante la representación directa del pueblo, de manera independiente y autónoma de los Estados miembros<sup>1259</sup>. Las funciones esenciales de este órgano son velar por la vigencia de la democracia y derechos humanos en el MERCOSUR; receptor inquietudes de la sociedad civil e incluso los particulares (ya que puede examinar y canalizar hacia los órganos decisorios, peticiones de cualquier particular de los Estados parte relacionadas con actos u omisiones de los órganos del MERCOSUR); colabora en la adopción de normas ya que si bien no se le concedieron facultades decisorias puede proponer proyecto al CMC y colabora en los proyectos normativos que requieren transposición; controla sobre el grado de avance del proceso de integración, la actividad de la Presidencia Pro Tempore dle MERCOSUR y la ejecución del presupuesto y emite informes, recomendaciones y declaraciones sobre cuestiones vinculadas con el desarrollo del proceso de integración<sup>1260</sup>.

Se le ha previsto intervención en el proceso de formación normativa mercosureña a través de dictámenes previos no vinculantes y como una de sus principales funciones es acelerar los procedimientos internos para la entrada en vigor de las normas del MERCOSUR se establece un procedimiento preferencial aplicable cuando las normas que requieren de la aprobación legislativa en uno o varios Estados y siempre que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento. Para adoptar sus decisiones existen cuatro tipos distintos de mayorías (art. 15), según cual sea la complejidad o los intereses afectados <sup>1261</sup>. Es el primer organismo del bloque en el que se toman decisiones sin necesidad de que haya unanimidad.

#### e. **Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPRM)**

Con la firma del Tratado de Asunción se estableció un sistema provisorio para resolver controversias<sup>1262</sup>, caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas. Ante el carácter provisorio del sistema, los Estados Partes se comprometieron a adoptar un sistema definitivo antes del 31 de diciembre de 1994.

---

<sup>1258</sup> Se había establecido que el Parlamento debía elaborar un mecanismo electoral para realizar las elecciones de parlamentarios del Mercosur, simultáneamente en todos los países (este día se denomina Día del MERCOSUR Ciudadano artículo 6, inciso 4) y durante 2014 deberían realizarse las primeras elecciones simultáneas. Es un órgano independiente, autónomo y unicameral.

<sup>1259</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 275 ss..

<sup>1260</sup> Cfr. L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 74, C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 548 ss.; M. Macias, *Origen y evolución de los parlamentos en los procesos de integración regional. Los casos del Parlamento Europeo y el Parlamento del Mercosur*; Revista 74, 2011, Colombia, [http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/9070/index=1.php?action=edit&id=9070#\\*](http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/9070/index=1.php?action=edit&id=9070#*)

<sup>1261</sup> Mayoría simple: más de la mitad de los parlamentarios presentes; mayoría absoluta: más de la mitad del total de parlamentarios; mayoría especial: dos tercios del total de parlamentarios que además debe incluir votos de parlamentarios de todos los países; mayoría calificada: en cada bloque de países hay que alcanzar más de la mitad de todos los parlamentarios de ese país.

<sup>1262</sup> Anexo III.

El 17 de diciembre de 1991 se suscribió el Protocolo de Brasilia (PB), iniciativa también provisoria<sup>1263</sup> que constituyó el inicio formal de un esquema procedimental dominado por Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH)<sup>1264</sup>. Con la firma del Protocolo de Olivos (PO)<sup>1265</sup> se cambió la estructura del sistema de solución de controversias, el cual se perfeccionó creando un Tribunal Permanente de Revisión<sup>1266</sup>; la posibilidad de requerir opiniones consultivas y se otorga a los Estados miembros facultad de optar por dirimir sus controversias en otros foros (como por ejemplo la OMC<sup>1267</sup>). Se afirmó que el sistema establecido por el PO “si bien pareciera haber evolucionado hacia una sistema similar al vigente en la OMC...por otra parte, la posibilidad de que el TPR emita opiniones consultivas, podría acercarlo a una futura evolución de corte jurisdiccional al estilo del TJUE”<sup>1268</sup>.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR), estará integrado por árbitros designados por cada Estado parte, por un periodo de dos años (salvo uno que es elegido por unanimidad por un periodo de tres años). Es permanente porque su composición no varía en cada controversia y los árbitros deben tener disponibilidad permanente; ello no implica que deban tener dedicación exclusiva y que el Tribunal funcione de manera cotidiana<sup>1269</sup>, razón por la cual se lo ha calificado de un “Tribunal disponible”<sup>1270</sup> y “Tribunal de convocatoria permanente”<sup>1271</sup>. El Tribunal tiene por objeto garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y por ello debe actuar de manera independiente a las demás órganos de la institución y de los Estados miembros. Puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada a pedido de un Estado Parte<sup>1272</sup>.

El PO establece que mediante el sistema de resolución de controversias se pretende garantizar, de forma consistente y sistemática, la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de

---

<sup>1263</sup> Aunque prolongada hasta el año 2004

<sup>1264</sup> Laudos se encuentran en custodia de la Secretaría del MERCOSUR (SM)

<sup>1265</sup> El día 18 de febrero de 2002.

<sup>1266</sup> Se generan importantes expectativas con la creación de este tribunal porque se lo ve como el encargado de proporcionar certeza y credibilidad al espacio regional cfr. A. DREYZIN DE KLOR, A. PEROTTI, *El rol de los Tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 27 ss. Se establece también la posibilidad de que y para supuestos en los que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las Medidas Excepcionales de Urgencia, luego reglamentado por CMC dec 23/04

<sup>1267</sup> Esta opción ha sido criticada porque debilitaría el sistema y da lugar al forum shopping, cfr. A. DREYZIN DE KLOR, *El protocolo de Olivos*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, p. 595; E. BARRERA, *Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del Mercosur*, en *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la forma de los Tratado de Roma*, coordinado por F. Leita, S. Negro, Facultad de Derecho, UBA, LL, Buenos Aires, 2008, p. 47.

<sup>1268</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 312.

<sup>1269</sup> La cantidad de controversias no lo justificaban.

<sup>1270</sup> A. DREYZIN DE KLOR, *El protocolo de Olivos*, cit., p. 614; M. GRANILLO FERNÁNDEZ, *El sistema de solución de controversias en el Mercosur. Protocolo de Olivos*, en *Revista de Derecho internacional y del Mercosur*, año 7, nro. 5 LL, Buenos Aires, octubre de 2003, p. 53.

<sup>1271</sup> Cfr. V. MARTÍN, *Mercosur: un nuevo tribunal, dos modelos alternativos a seguir (Protocolo de Olivos)*, en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, año 7, nro. 6, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2003, p. 73.

<sup>1272</sup> Cfr. arts. 19, 23 y 17 PO

integración y del conjunto normativo del MERCOSUR. Sus disposiciones se aplican a la controversias que surjan sobre la aplicación, interpretación e incumplimiento del Tratado de Asunción, Protocolo Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrado en el marco del Tratado de Asunción; las decisiones del Consejo del Mercado Común; las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR<sup>1273</sup>. El derecho aplicable en tales controversias será el mencionado anteriormente y los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia<sup>1274</sup>. La normativa del mercosur establece procedimientos para la resolución de conflictos entre los Estados miembros como así también entre los Estados y los particulares, por reclamos de estos últimos en función de verse afectados por incumplimientos de las normas del MERCOSUR, pero no otorga poder para presentar algún tipo de reclamo a los órganos de MERCOSUR.

Para la resolución de los controversias entre los Estados miembros, se establece, en primer lugar, una instancia de negociación política, es decir, los Estados deben buscar resolver sus diferencias mediante negociaciones directas, pero se establece también la posibilidad de que por común acuerdo amplíen dichas negociaciones al ámbito del GMC (donde participarán los otros Estados miembros) convocando a técnicos en la materia<sup>1275</sup>. Se interpreta que ésta sería una especie de primera instancia conciliatoria, donde se realizarán recomendaciones no obligatorias por personas que representan a los Estados (y sus voluntades) por lo que no aseguran imparcialidad<sup>1276</sup>. Si no se arriba a un acuerdo o no se cumple con lo acordado el Estado afectado puede someter la cuestión a un Tribunal Arbitral ad-hoc<sup>1277</sup> o al TPR como única instancia<sup>1278</sup>. El laudo del Tribunal Arbitral es obligatorio pero contra éste se puede presentar recurso de revisión frente al TPR por cuestiones de derechos tratadas en la controversia y las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del TAH<sup>1279</sup>.

Los laudos del TPR son obligatorios y deben ser cumplidos en la forma y alcance con que fueron dictados. El no cumplimiento de un laudo es una cuestión de gravedad institucional que excede la disputa. El TPR ha afirmado que el incumplimiento de un laudo no sólo afecta a los flujos de comercio involucrados sino

---

<sup>1273</sup> Cfr. art. 1 PO

<sup>1274</sup> Cfr. art. 34 PO.

<sup>1275</sup> Este procedimiento no ha sido muy utilizado.

<sup>1276</sup> Cfr. L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*, en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 93; B. GARRÉ COPELLO, *Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur*, en *Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 205.

<sup>1277</sup> Compuesto por tres árbitros, dos elegidos por cada estado miembro interviniente en la controversia y el tercero por común acuerdo. Deben ser juristas reconocidos, imparciales e independientes. Son designados por su objetividad, confiabilidad y buen juicio, cfr. art. 35 PO.

<sup>1278</sup> Sus laudos no serán susceptibles de recurso de revisión conforme lo establece el art. 35 PO.

<sup>1279</sup> Debe tenerse en cuenta que el TPR ha realizado una interpretación amplia de las cuestiones que comprenden las "cuestiones de derecho", considerando que ingresan dentro de éstas: vicios de procedimiento, errores monumentales, arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta en el análisis o valoración de la prueba, cfr. TPR Laudo 1/05, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad-Hoc, 25 de octubre de 2005.

también al proceso de integración en su conjunto ya que pone en duda la efectividad y estabilidad de las instituciones del MERCOSUR. El incumplimiento de un laudo es uno de los actos más delicados que un estado puede adoptar frente a las instituciones y el derecho mercosureño. El MERCOSUR no puede ser caracterizado como un proceso comercial, sino que es un proceso de integración de contenido más amplio con cada vez mayores similitudes a la UE y el CAN<sup>1280</sup>.

En el caso de incumplimiento total o parcial de un laudo, la parte afectada puede plantear la cuestión ante el Tribunal que intervino (el que tiene un plazo de 30 días para expedirse sobre la cuestión)<sup>1281</sup> pero además tiene la facultad de aplicar medidas compensatorias temporarias por el plazo de un año. Estas pueden implicar la suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes al estado incumplidor<sup>1282</sup>. Si el Estado al que se le aplicaron las medidas compensatorias considerase que ya cumplió con el laudo o que las medidas son excesivas, puede realizar su reclamo ante el TAH o TPR, quien se pronunciará en un plazo de 15 días<sup>1283</sup>.

El PO, por otra parte, establece que en los casos en que un particular se vea afectado por medidas adoptadas por un Estado miembro que tengan un efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación de las normas del MERCOSUR, puede realizar su reclamo ante los órganos del MERCOSUR. No se reconoce la facultad de acceder directamente sino que previamente debe dar intervención a la sección nacional del Grupo Mercado Común (o en su caso de la Comisión de Comercio del MERCOSUR) del territorio donde resida o tenga la sede de sus negocios<sup>1284</sup>. Luego interviene el Grupo Mercado Común y si ninguno de dichos órganos resuelve el conflicto se recurre a un grupo de tres expertos. Si éstos fallan contra el Estado, cualquier Estado parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las cuestionadas y si este requerimiento no prospera en 15 días se puede recurrir al procedimiento antes descrito de resolución de controversias entre Estados siempre que el particular siga siendo apoyado por un Estado en su reclamo. Debe tenerse presente que, por otro lado, los particulares podrían recurrir a los tribunales nacionales, frente a los incumplimientos de su propio Estado y luego éstos solicitar una opinión consultiva al TPR<sup>1285</sup>.

---

<sup>1280</sup> Cfr. TPR, Laudo 1/07, Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay.

<sup>1281</sup> Cfr. art 30 PO.

<sup>1282</sup> Cfr. art. 31 y 32.

<sup>1283</sup> El Protocolo establece que para analizarse la proporcionalidad de las medidas adoptadas el tribunal deberá tener en cuenta el volumen o valor del comercio en el sector afectado, todo perjuicio o daño que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias, cfr. art. 32 PO. El TPR estableció por su parte como debe evaluarse la proporcionalidad de una medida compensatoria cfr. TPR Laudo 1/07. En el caso de que se concluya que la medida compensatoria no corresponde, el Estado que la adoptó debe adecuarla en un plazo de diez días.

<sup>1284</sup> Ello ha sido muy criticado por la doctrina porque deja en manos del Estado, tal vez incumplidor, el análisis del reclamo del particular. Cfr. A. DREYZIN DE KLOR, *El protocolo de Olivos*, cit., p. 73 y agravio de la empresa Sancor sobre la inaplicabilidad de este sistema porque implicaría una evidente caso de negación de justicia y falta o impedimento de control judicial. Esta cuestión pretendió ser modificada por Uruguay al momento de la firma del Protocolo de Olivos pero no tuvo éxito.

<sup>1285</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p.

Finalmente, debe hacerse notar que se incorporó con el Protocolo de Olivos la posibilidad de concurrir al TPR para solicitar Opiniones Consultivas<sup>1286</sup>. Las opiniones consultivas pueden requeridas por los Tribunales Superiores de los Estados Parte, el CMC, GMC, CCM y el Parlamento del MERCOSUR sobre cuestiones jurídicas que susciten el derecho primario y secundario del MERCOSUR. Los Estados partes han regulado internamente el trámite a realizarse para activar las opiniones consultivas y, por ejemplo, en Argentina se ha establecido que cualquier tribunal nacional o provincial en el marco de una causa en trámite, ya sea de oficio o a instancia de parte, puede requerir la activación de dicho procedimiento a la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>1287</sup>. La introducción de este recurso ha sido interpretado como una herramienta de relevancia para asegurar una interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR por parte de los Tribunales de los Estados parte a fin de evitar que los jueces nacionales consagren diferencias en los derechos y obligaciones de los ciudadanos al aplicar el derecho mercosureño<sup>1288</sup>. El Tribunal ha señalado que él sólo interpreta la norma del MERCOSUR y se refiere a los hechos de la causa pero sin hacer valoraciones, mientras el juez nacional será el encargado de la aplicación de dicha interpretación y valorar los hechos de acuerdo al sistema jurídico nacional<sup>1289</sup>. Si bien los autores coinciden en que el antecedente de las opiniones consultivas son los recursos prejudiciales de la UE, a diferencia de éstos, la opinión del TPR no es obligatoria para los jueces nacionales. Ello ha motivado la crítica del mismo TPR por haberse desnaturalizado la posibilidad de lograr una interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR<sup>1290</sup>.

En este punto resulta interesante destacar que las Cortes Supremas de los países que integran el MERCOSUR han creado un Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR<sup>1291</sup>, si bien éste no forma parte de sus instituciones, tiene por finalidad difundir entre los operadores jurídicos de los distintos Estados las cuestiones relativas a la aplicación del derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales y coadyuvar a mejorar institucionalmente el MERCOSUR en lo que respecta a su normativa y la seguridad jurídica de los ciudadanos mercosureños<sup>1292</sup>. En el tercer encuentro de las Cortes se hace analizó la actuación del Tribunal de la UE en el entendimiento de que la experiencia judicial europea obra de paradigma en

---

<sup>1286</sup> Cfr. art. 3 PO y CMC decision 37/03 y CMC Decisión 2/07 Reglamento de Opiniones consultivas y CMC/DEC. Nro. 15/10

<sup>1287</sup> Cfr. CSJN 13/08, desde dicha fecha se han requerido opiniones consultivas en 16 expedientes <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=cambiarPagina&numeroDePagina=0>. Cfr. reglamentación de Paraguay por acordada CSJ 549/08; Uruguay por Acordada nro. 7604/07; Brasil por Enmienda Regimetal 48/2012.

<sup>1288</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 324 ss; J RIVERA, *La opinipon consultiva en el sistema de solución de controversias del Mercosur*, en Estudios en Homenaje a la doctroa Berta Kaller Orchansky, Cba, Advocatus, 2004, p. 203 y ss.

<sup>1289</sup> Cfr. Opinion consultiva 1/07, “Norte S.A. Imp. Exp. c/Laboratorios Nothia SA, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria c/indemenciazaicón de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, opinión consultiva requerida por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

<sup>1290</sup> Cfr. Opinion consultiva 1/07 considerando 4.

<sup>1291</sup> El cual comenzó en formato de encuentros desde el 2003, hasta que mediante la Carta de Brasilia se decidió institucionalizarlas como un foro autónomo.

<sup>1292</sup> Cfr. Klor, cit., p. 34.

el esquema mercosureño<sup>1293</sup>. En este foro se han redactado documentos con propuestas interesantes<sup>1294</sup>, entre las que cabe destacar: la necesidad de avanzar hacia la interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR; la creación de un mandato de captura MERCOSUR que sustituya los tratados de extradición bilaterales y del MERCOSUR a fin de agilizar la cooperación penal<sup>1295</sup>; la creación de un **Tribunal del MERCOSUR** judicial que sustituya el actual TPR<sup>1296</sup>; la adopción de una Carta de Derechos Fundamentales del MERCOSUR<sup>1297</sup>.

Se afirma que esta iniciativa es de trascendental importancia para el futuro de la integración latinoamericana y sin parangón en el modelo europeo de integración ya que “los Presidentes de los Tribunales Supremos de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile y Bolivia asumieron el compromiso formal de respaldar el proceso de integración continental con especial énfasis en el MERCOSUR”<sup>1298</sup>.

#### **f. Foro Consultivo Económico-Social (FCES)**

Este órgano se incorporó para solucionar la falta de participación de la sociedad civil. Representa los sectores económicos y sociales de cada uno de los Estados parte. Se integra por representantes de los sectores económicos y sociales (empresarios y trabajadores) de los Estados partes. Se expide por medio de recomendaciones al Grupo Mercado Común y tiene la función de asesoramiento y consultiva<sup>1299</sup>. La aparición de este órgano en 1994 tiene por fin, también, paliar las críticas por el déficit democrático del MERCOSUR.

Además de los órganos mencionados existen otros órganos en el MERCOSUR, como la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM)<sup>1300</sup> que cumplen con funciones administrativas y de asesoramiento<sup>1301</sup>.

A partir del análisis de la estructura institucional del MERCOSUR se sostiene que ha existido un gradualismo institucional que tuvo mayor desarrollo cuantitativo

---

<sup>1293</sup> Cfr. Klor, cit., p. 41.

<sup>1294</sup> Cfr. Secretaría del Mercosur, Documento de Trabajo nro 1/03 “I Encuentro de Presidentes de las Cortes Supremas de los Estados Partes del Mercosur” del 5/11/2003.

<sup>1295</sup> Se inspira en la experiencia europea de la orden de detención europea adoptada por la DM 2002/584/JAI y del tratado centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificado, suscripto en 2005.

<sup>1296</sup> Inspirado en los que Tribunales que existen en la UE y CAN.

<sup>1297</sup> Se afirma la necesidad de esta Carta para consolidar los derechos y libertades fundamentales en el bloque ya que las normas constitutivas del Mercosur no abordan de manera explícita la cuestión, cfr. W.Hummer, La elaboración de una Carta de los Derechos fundamentales del MERCOSUR” desde una perspectiva europea [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto\\_dos\\_Expositores/La\\_e\\_laboracion\\_de\\_una\\_Carta\\_de\\_los\\_Derechos\\_fundamentales\\_del\\_MERCOSUR\\_desde\\_una\\_perspectiva\\_europea\\_Hummer.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_e_laboracion_de_una_Carta_de_los_Derechos_fundamentales_del_MERCOSUR_desde_una_perspectiva_europea_Hummer.pdf)

<sup>1298</sup> Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Hacia una Corte Suprema Latinoamericana*, en Progreso sostenible e integración regional en América Latina, coordinado por J. Vidal-Beneyto, Fundación Amela, Valencia, España, 2006, p. 137.

<sup>1299</sup> Cfr. art. 28 y 29 POP, C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 566 ss.

<sup>1300</sup> Con sede en Montevideo, creada en 1994, Secretaría Administrativa: coordina la actividad de los órganos a los que sirve de apoyo operativo. Tiene autarquía financiera (ver art. 31 POP).

<sup>1301</sup> Ver [pagina web Mercosur http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=492&site=1&channel=secretaria&seccion=2](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=492&site=1&channel=secretaria&seccion=2)



(atento la gran cantidad de comités, grupos, observatorios, etc.) que cualitativo donde que aún quedan varias asignaturas pendientes como las atribuciones supranacionales de los órganos, más recursos ante el Tribunal, mayor cantidad de órganos permanentes e independientes. Se afirma “los gobiernos se sientan en la mesa de negociación intergubernamental priorizando sus intereses –y los intereses de los actores políticos, económicos y sociales de su países- ...en desmedro del interés común que dio lugar al proceso de integración”<sup>1302</sup>. Ello es así porque los órganos encargados de tomar decisiones en el MERCOSUR se encuentran compuestos por funcionarios nacionales y al TPR se le ha otorgado sólo naturaleza arbitral coherente con dicha organización intergubernamental<sup>1303</sup>.

En este orden de ideas, algunos, tachan de incoherente al proceso de integración del MERCOSUR porque pretendería administrar un proyecto de integración con mecanismos institucionales propios de la cooperación, por lo que propugnan que reduzca sus objetivos o de supranacionalidad a sus órganos<sup>1304</sup>. Sin embargo, para algunos, esta última opción tampoco sería viable ya tanto el carácter intergubernamental de sus órganos como las Constituciones de Brasil y Uruguay, las cuales no contienen un norma que permita ceder poderes del Estado a estructuras internacionales, lo harían imposible<sup>1305</sup>.

Sin embargo, estas opiniones no son unánimes y así como algunos autores entienden que un mayor nivel de intercambio no necesariamente exige una mayor institucionalización, pudiendo ser suficiente con instituciones intergubernamentales que gocen de mayor control sobre la armonización de las políticas que se pretenden<sup>1306</sup>; otros aceptan la posibilidad de que aún manteniendo el diseño intergubernamental se creen órganos con atribuciones suficientes para actuar como motor de la integración o ejercer un control de oficio sobre los incumplimientos en que incurren los Estados<sup>1307</sup>. En la misma línea argumental se ha afirmado la

---

<sup>1302</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 284 ss.

<sup>1303</sup> A. MANGAS MARTÍN, *Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 1996, p. 6; en el mismo sentido, Cfr. V. BAZÁN, *Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo*, *La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado*, en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepelasituacion>

<sup>1304</sup> Cfr. M. HALPERIN, *El reto de la nueva integración: objetivos e instrumentos para la consolidación del MERCOSUR*, en *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, BID-INTAL NRO. 175, 1992, p. 32; en el mismo sentido V. BAZÁN, *Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo*, *La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado*, en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepelasituacion>

<sup>1305</sup> Cfr. H MASNATTA, *Tratados internacionales de integración económica*, en Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Bs. As., 2000, p. 25 ss; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 152.

<sup>1306</sup> Cfr. M. KHALER, *International Institutions and the Political Economy of integration*, the Brooking Institution, Washington D.C., 1995, p. 11, 81, y 117.

<sup>1307</sup> El prof. Gonzalez afirma que es necesario que un órgano desde la perspectiva de un interés común active el proceso de integración con propuestas nuevas y controle el cumplimiento de las normas como hace la Comisión de la UE. Considera que un tímido paso en dicha dirección ha sido la creación del Alto representante. Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 286. En cuanto a la creación de un Tribunal del MERCOSUR según Klor es un compromiso que surge, por lo menos en cuanto al órgano jurisdiccional, del TA, el PB y el POP.

necesidad de dotar de órganos supranacionales al MERCOSUR<sup>1308</sup> e inclusive su compatibilidad con las constituciones de los mencionados países<sup>1309</sup>.

En este orden se advierte que, en 1993, Argentina ya había presentado un documento en el GMC denominado “Aspectos institucionales. Reflexiones preliminares (Argentina)” donde se llamaba a una reflexión sobre “la conveniencia de contar con una instancia encargada de velar por la aplicación e interpretación uniforme del Derecho común...En este sentido cabe destacar la importancia de dar un marco de seguridad jurídica al proceso de integración de contar con mecanismos eficientes de solución de controversias”<sup>1310</sup>. En el 2006, el CMC llegó a un consenso sobre la necesidad de reformar el sistema de solución de controversias establecido en el PO y fortalecer sus órganos institucionales, instruyendo al efecto al Grupo de alto nivel sobre reforma institucional para que realizara una propuesta en tal sentido<sup>1311</sup>. Por su parte, el Parlamento ha apoyado estas iniciativas, sobre todo, la de incorporar un Superior Tribunal de Justicia del MERCOSUR lo cual ha sido señalado como una

---

<sup>1308</sup> Cfr. M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 56; Cfr. V. BAZÁN, *Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo, La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado*, en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepelasituacion>; S. DELUCA, *Delitos e infracciones aduaneras en el CAM.*, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, N° 1, 2013*, p. 269 ss.; J. BERGASCHINE MATA DIZ, *El sistema de internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea*, en *Ius et praxis*, Universidad de Talca, Chile, 2005, p. 227 ss; A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 288 ss.

<sup>1309</sup> A. PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, p. 1033 ss, afirma que la mayor o menor precisión de la cláusula habilitante en la Constitución de los países miembros no tiene incidencia, inexorablemente, en la modalidad de integración elegida por las autoridades del Estado; en los casos en que la cláusula es más detallada significa que el constituyente ha creído conveniente señalar con mayor detenimiento las competencias nacionales en materia de integración, mientras que en el caso en que ésta tenga menor detalle (como es el caso de Brasil y Uruguay) la definición en detalle de tales cuestiones ha sido delegada a los poderes constituidos. No obstante afirma que coadyuvaría a la certeza y claridad en la interpretación una modificación de las normas constitucionales de dichos países, en su opinión, en ambos supuestos, el Estado podrá participar, en función de la voluntad del gobierno, de mecanismos de integración económica intergubernamentales y supranacionales.

<sup>1310</sup> Cfr. En el mismo sentido de pronunciaron Paraguay y Uruguay Anexo VII del Acta nro. 01/93 IX Reunión del GMC, Asunción 21-22/4/93. Cabe resaltar que en este Anexo se afirma que en este aspecto (analizar las sistemas de adopción de decisiones de los futuros órganos) sería importante tener en cuenta admeás de la experiencia del MERCOSUR, los antecedentes y la actualidad del proceso europeo.

<sup>1311</sup> Cfr. CMC Decisiones nro. 26/09, 09/07 y 56/07. Esta última establece como puntos a tener especialmente en cuenta: a) Reestructuración de los órganos decisorios del MERCOSUR y de sus foros subordinados, incluyendo sus competencias, que contemple entre otros aspectos las funciones de apoyo de las Representaciones Permanentes de los Estados Partes ante el MERCOSUR, así como ajustes al Reglamento del Consejo del Mercado Común;b) Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales, que incluyan los trabajos en el marco de la Decisión CMC N° 17/07 relativos a una propuesta de ajustes al Protocolo de Olivos; c) Perfeccionamiento del sistema de incorporación, vigencia y aplicación de la normativa del MERCOSUR; d) Un presupuesto MERCOSUR que, en esta etapa, deberá contemplar necesariamente los requerimientos presupuestarios de la Secretaría del MERCOSUR y la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión.

pieza esencial para la integración<sup>1312</sup> y ha presentado un Proyecto de Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR”<sup>1313</sup>.

Por último cabe resaltar que en el 2013 se ha adoptado una decisión mediante la cual se faculta a los representantes de los movimientos y organizaciones sociales de los Estados Partes solicitar a los órganos del MERCOSUR subordinados al Consejo del Mercado Común, al Grupo Mercado Común y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, información relativa al estado de vigencia de normas aprobadas, al estado de adopción de normas por los nuevos Estados Partes, a la relación de una norma con otras normas MERCOSUR y/o al conjunto de normas que regulan una materia específica. Esta es una forma de acercar a la sociedad civil al derecho mercosureño y de alguna manera controlar aquello que realizan sus representantes<sup>1314</sup>.

### **C) Ordenamiento jurídico del MERCOSUR**

Según lo dispuesto por el Protocolo de Ouro Preto las fuentes jurídicas del MERCOSUR son los Tratados, los Protocolos, los Acuerdos entre los países del MERCOSUR y estados asociados y la normativa con carácter obligatorio emanada de sus tres órganos con facultades decisorias<sup>1315</sup>. Interpretando las disposiciones del POP, el Tribunal Arbitral Ad Hoc afirma que se consagró un derecho originario y un derecho derivado en el MERCOSUR<sup>1316</sup>. En este mismo sentido, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR ha expresado que el derecho del MERCOSUR se encuentra conformado por un conjunto de normas establecidas por voluntad de los Estados, plasmado en fuentes convencionales como los Tratados que forjan la estructura misma del MERCOSUR en la medida que establecen las normas, delimitan los principios, indican los objetivos y los mecanismos fundamentales para alcanzarlos, crean los órganos comunes y determinan su competencia dotando a algunos de capacidad normativa, de cuyo ejercicio surgen las denominadas normas “derivadas”. Todo ello constituye un cuerpo normativo vivo, de naturaleza especial y de jerarquía diversa, que se convierte en obligatorio como parte del ordenamiento jurídico de cada Estado desde su incorporación o internacionalización, acto del cual derivan derechos y obligaciones<sup>1317</sup>.

Las normas producidas por las instituciones del MERCOSUR cumplen básicamente con dos funciones: organizar la cooperación intergubernamental otorgando obligatoriedad a los acuerdos que se celebran en el seno de las

---

<sup>1312</sup> Declaración nro. 23/2008 del 28/11/2008; XVI sesión Plenaria del 16/3/09; Decision nro. 01/2009 adoptada sobre la base de proyectos presentados por parlamentarios de Brasil y Argentina donde se propone modificar el carácter no vinculante de las opiniones consultivas. Cfr. también “Acuerdo político para la consolidación del Mercosur y proposiciones correspondientes” aprobado en la XVII Sesión Plenaria del Parlamento, 27 y 28/04/09.

<sup>1313</sup> Cfr. expediente 134/09 de la Secretaría parlamentaria del Parlasur.

<sup>1314</sup> CMC/DEC. N° 04/13 derecho a solicitar información a los órganos del MERCOSUR.

<sup>1315</sup> Cfr. art. 41 POP

<sup>1316</sup> Cfr. Laudo 05 del TAH constituido para entender en la controversia presentada por la Rep. Oriental del Uruguay a la Rep. Argentina sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo, par. 31.

<sup>1317</sup> TPRM, opinión consultiva 1/08, considerando 24.

instituciones y armonizar las normas nacionales; en este último sentido, las normas mercosureñas contienen un mandato para que los Estados modifiquen sus normas internas haciéndolas más homogéneas<sup>1318</sup>. Cabe aclarar que también existen otras fuentes del derecho mercosureño, que podríamos catalogar de soft law, constituidas por las recomendaciones dictadas por los órganos auxiliares y las declaraciones presidenciales.

#### **a. Derecho originario: el orden jurídico del MERCOSUR se basa en las normas originarias.**

Según el art. 41 del POP son fuentes jurídicas del MERCOSUR el Tratado de Asunción, los protocolos y los instrumentos complementarios o adicionales de éstos. Dado que se tratan de normas complementarias a un Tratado, los protocolos suelen tener una tramitación más rápida para su ratificación parlamentaria en cada país. Se consideran textos fundacionales del MERCOSUR: el Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto (Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR); Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR; Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR y el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR .

En el segundo apartado del art. 41 POP se le da carácter de fuente a los acuerdos celebrados en el Marco del Tratado de Asunción y sus protocolos, como ser el Acuerdo de Complementación Económica N° 36 firmado entre el MERCOSUR y la República de Bolivia, el Acuerdo de Complementación Económica N° 35, suscripto entre el MERCOSUR y la República de Chile, y otros tantos.

Los Tratados, Protocolos y Acuerdos son obligatorios para los Estados por los principios de orden internacional, es decir, el principio de Pacta sunt servanda<sup>1319</sup> a partir del cual ningún Estado podrá invocar normas del derecho interno para incumplir con las obligaciones de un Tratado<sup>1320</sup>. Según el TPR más allá de este principio del derecho internacional, las normas de los Tratados son obligatorias por su misma finalidad de desarrollar el proceso de integración entre los países miembros<sup>1321</sup>; inclusive ha expresado que las normas originarias del MERCOSUR, una vez ratificadas e incorporadas a las legislaciones nacionales conforme los mecanismos internos de cada Estado parte, tienen validez internacional, generando derechos y obligaciones<sup>1322</sup>.

#### **b. Derecho derivado**

En el apartado 3ro. del art. 41 POP, se consideran fuentes: las decisiones del Consejo del Mercado Común<sup>1323</sup>, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las

---

<sup>1318</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 292 s.

<sup>1319</sup> Cfr. art. 26 de la Convención de Viena

<sup>1320</sup> Cfr. art. 27 de la Convención de Viena

<sup>1321</sup> Cfr. infra. TPR opinión consultivas 01/07, 01/08 y 01/09.

<sup>1322</sup> Cfr. TPR opinión consultiva 1/08, puntos 3 y 4.

<sup>1323</sup> Según Cuñarro estas serían asimilables a las directivas de la UE cfr. M. CUÑARRO, *De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 3.

Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR<sup>1324</sup>. Estas normas cumplen la función de poner en práctica las disposiciones del derecho originario que no son operativas, es decir, aquellas que deben ser reglamentadas. El POP no establece un orden jerárquico entre las normas en cuestión, pero ella podría deducirse de la jerarquía que gozan los órganos que las emiten y las relaciones jerárquicas que guardan los funcionarios que los integran en el ámbito nacional.

Todas estas normas requieren del consenso de los países miembros para su aprobación en cada uno de dichos órganos, con la presencia de todos los Estados miembros<sup>1325</sup> y si bien se le puede dar intervención al Parlamento del MERCOSUR su opinión no es vinculante, sólo puede activar el procedimiento preferencial de aprobación. Se ha afirmado que la regla del consenso significa una flexibilización frente a la unanimidad ya que ésta significa que se podrá arribar a una decisión siempre que ninguna de sus partes manifieste su opinión contraria, es decir, no es necesario que todas las partes voten a favor, basta con que ninguna se oponga a la decisión<sup>1326</sup>.

Son obligatorias para los Estados miembros y pueden requerir de un acto legislativo o administrativo nacional que “las transponga o ratifique”<sup>1327</sup>. Según establece el POP, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR y cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales. Luego de ello, los Estados partes informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas a tal fin. Las normas del MERCOSUR establecen específicamente cuando deberían ser transpuestas a los ordenamientos y cuando no<sup>1328</sup>.

Las normas que requieran ser incorporadas a los ordenamientos nacionales entran en vigor de acuerdo al principio de vigencia simultánea<sup>1329</sup>, el cual significa que comienzan a regir en todos los Estados miembros al mismo momento. A tal fin de establece el siguiente procedimiento: “i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán estas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR; ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado dicha incorporación, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR lo comunicará a cada Estado Parte; iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR”<sup>1330</sup>.

<sup>1324</sup> Cfr. art. 9, 15, 20 y 41 pop.

<sup>1325</sup> cfr. art. 37 POP

<sup>1326</sup> J. PÉREZ OTERMÍN, *Exposición del Emb. Dr. Jorge Pérez Otermín, en Solución de controversia en el Mercosur; Protocolo de Brasilia*, en *Revista Uruguaya de Derechos Constitucional y Político*, nro. 8, Montevideo, 1993, p. 13; J. SOBRINO HEREDIA, *La estructura y la formación de la voluntad en las organizaciones internacionales*, cit., p. 107

<sup>1327</sup> Art. 42 POP

<sup>1328</sup> Fue dispuesto por CMC/DEC N° 23/00.

<sup>1329</sup> Art. 40 POP

<sup>1330</sup> Se hace notar que no obstante este sistema se han verificado casos en que la norma ha comenzado a tener en vigor en el estado nacional sin esperar la aprobación de los Estados socios, cfr. A. SOTO, F.

El derecho derivado del MERCOSUR será publicado en el Boletín Oficial del MERCOSUR, íntegramente, en idioma español y portugués<sup>1331</sup>.

Se suele afirmar que el carácter intergubernamental de los órganos y la ausencia de herramientas que aseguren la aplicación de la normativa del MERCOSUR ha hecho difícil su eficacia. La intergubernamentalidad trae problemas a la hora de proponer y decidir porque se presentan propuestas pensadas solo en los intereses de cada estado y se decide llegando a “soluciones de compromisos” que relativizan la eficacia de la norma. La falta de controles y herramientas para asegurar su cumplimiento permite que luego de aprobadas las normas del MERCOSUR pasen años hasta que se internalizan y la cuestión solo es planteable ante el Tribunal si lo decide otro Estado parte (ya que los particulares deben pasar por varios filtros previamente), las cuales muchas veces evitan entrar en litigios<sup>1332</sup>.

En efecto, una de las principales críticas que ha recibido el derecho del MERCOSUR son los tiempos de transposición. Se afirma que dado que el POP no estableció un plazo para llevarlo a cabo, los Estados no casualmente ni inocentemente, suelen tener demoras de relevancia a la hora de transponer la normativa del MERCOSUR<sup>1333</sup>. En este punto cabe hacer notar que si bien era claro que los Estados tenían la obligación de incorporar al ordenamiento interno las normas derivadas, hasta el año 1998, no se establecía plazo alguno para hacerlo, ni un sistema de control o un procedimiento que sancione al estado incumplidor. Desde el año 1998 se ha buscado corregir dicha situación, agilizar la adopción de la normativa derivada y lograr la efectiva aplicación de ésta. La CMC/Dec. N° 23/98 estableció que los proyectos normativos del MERCOSUR deberán indicar un plazo para su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales. Luego la CMC/Dec 23/00 establece que los plazos establecidos en la normas mercosureñas para su incorporación, son obligatorios eximiendo de la obligación de incorporación de la normativa cuando el contenido de la norma MERCOSUR ya estuviera contemplado en la legislación nacional<sup>1334</sup>.

Luego de que pasaron seis años sin que Brasil transpusiera ciertas resoluciones del GMC, Argentina planteo la cuestión ante el Tribunal Ad Hoc. El Tribunal AD Hoc afirmó que no existen en el Derecho obligaciones sin plazo, cuya exigibilidad quede librada a la sola voluntad del obligado. La ausencia de previsiones normativas en ese sentido, debe colmarse con otras normas o principios jurídicos del derecho internacional. Entre los principios que se consideraron aplicables se enunció

---

GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 303.

<sup>1331</sup> Art. 39 POP

<sup>1332</sup> Cfr. Soto, 291; C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 159 ss; L. SCOTTI, *El derecho de la Integración en el Mercosur*; en *Derecho de la Integración Manual*, cit., p. 104; M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 56 s; S. DELUCA, *Delitos e infracciones aduaneras en el CAM.*, cit., p. 269 ss.

<sup>1333</sup> Cfr. J. BERGASCHINE MATA DIZ, *El sistema de internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea*, en *Ius et praxis*, Universidad de Talca, Chile, 2005, p. 227 ss.

<sup>1334</sup> Asimismo hubo otras como la CMC/Dec 20/02; CMC/Dec 08/03; CMC/Dec 22/04, cfr. C. PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea*, cit., p. 160 ss.

el pacta sunt servanda, el de buena fe y de razonabilidad y sobre la base de ellos se afirmó que debe establecerse un plazo razonable, es decir, aquél que razonablemente podría haber insumido en el Estado parte incorporar efectivamente la normativa objeto de la obligación. En función de ello y teniendo en consideración los tiempos que había llevado a los restantes Estados incorporar dicha normativa, concluyó que la demora de Brasil era excesiva<sup>1335</sup>.

Con la institucionalización del Parlamento del MERCOSUR se establece un procedimiento aplicable en las normas que requieren de aprobación legislativas en uno o varios Estados para acelera los procedimientos internos para su entrada en vigor. El parlamento debe elaborar dictámenes sobre todos los proyectos de normas del MERCOSUR que requieran tal aprobación legislativa en 90 días de efectuada la consulta. Dichos proyectos deben ser enviados al parlamento por e órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación. Si el proyecto de normas del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorios de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida por cada poder ejecutivos nacional al parlamento nacional dentro del plazo de cuarenta y cinco días. Si la norma fue aprobada sin conformidad del dictamen del Parlamento o si este no se expidió, la norma seguirá su trámite ordinario de incorporación. Los parlamentos nacionales deben adoptar un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento. En el parlamento no puede estar por más de 180 días. Si el parlamento del Estado nacional rechazara la norma ésta debe ser reenviada al órgano correspondiente del MERCOSUR<sup>1336</sup>.

### **c.Efectos del derecho derivado del MERCOSUR**

Dado que las normas más importantes del derecho derivado del MERCOSUR requieren su incorporación en el derecho nacional y no entran en vigor hasta que todos los estados partes la hayan incorporado, claro es que no gozan de aplicabilidad directa ni eficacia directa<sup>1337</sup>. Los Tribunales Arbitrales han precisado sin embargo, que si bien hay normas que requieren de su incorporación posterior en los ordenamientos jurídicos nacionales, ello no significa que éstas carezcan de todo valor puesto que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación. Las normas del MERCOSUR son creadoras de obligaciones y producen efectos concretos. Las obligaciones creadas por el MERCOSUR en materia de libre circulación tienen una doble naturaleza: la primer es negativa al prohibir a los Estados introducir cualesquiera normas contrarias a ese objetivo y la segunda es una obligación positiva que consiste en implantar de buena fe en su legislación lo que sea necesario para alcanzar la integración<sup>1338</sup>. La obligatoriedad del derecho derivado del MERCOSUR implica una obligación de hacer, es decir, incorporar las normas del MERCOSUR a

<sup>1335</sup> Laudo 07 del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, parr. 8.7 y ss.

<sup>1336</sup> Cfr. art. 14.12 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.

<sup>1337</sup> Cfr. V. BAZÁN, *Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo, La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado*,

en <http://www.derecho.comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepelasituacion>

<sup>1338</sup> Cfr. Laudo 2 parra 55 y laudo 8 parrafo 6.

los ordenamientos jurídicos nacionales y obligación de no hacer, no adoptar normas nacionales que vayan contra los preceptos adoptados a nivel del MERCOSUR. El Estado que no cumpla con dichas obligaciones estará sujeto a la responsabilidad internacional hacia los Estados que sí han cumplido<sup>1339</sup>.

Las normas derivadas del MERCOSUR, una vez incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales y completado el procedimiento establecido por los arts. 38 a 42 POP, adquieren obligatoriedad dentro de los Estados parte y validez internacional con los alcances que emanan del Tratado de Asunción, del POP y de los art. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la costumbre internacional<sup>1340</sup>.

En cuanto a la interpretación que corresponde realizar de las normas mercosureñas el Tribunal Ad hoc ha manifestado que se deben identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del ordenamiento normativo creado por las partes, con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA (interpretación teleológica y sistemática). Se cita a doctrina europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el efecto útil, es decir, escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del Tratados aquella que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin. Por lo tanto el fin de la integración debe guiar toda interpretación del derecho del MERCOSUR<sup>1341</sup>.

En cuanto a la primacía de ese derecho, debe destacarse que el derecho originario del MERCOSUR carece de previsiones en lo que se refiere a la relación entre el ordenamiento jurídico común y los derechos nacionales. Por ello es que la doctrina se remite a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena 1969 sobre el Derecho de los Tratados o se inclina por afirmar que ésta es una cuestión que debe ser determinadas en cada ordenamiento interno a partir de su poder soberano<sup>1342</sup>.

En este último sentido, se ha sostenido que no se puede afirmar la primacía del derecho de la Unión ya que los países miembros del MERCOSUR poseen diferentes mecanismos constitucionales para "internalizar" las normas establecidas por el bloque y le asignan diferentes rangos de supremacía frente a su derecho interno. Así se afirma que "existen asimetrías en una cuestión esencial para el proceso de integración"<sup>1343</sup> y en función de dichas asimetrías resultaría imposible otorgar efecto supranacional a la normativa del MERCOSUR<sup>1344</sup>.

---

<sup>1339</sup> TAH, Laudo 04, cit., párrafo 16 y Laudo 07, cit., párrafo 7.4.

<sup>1340</sup> Cfr. TPR opinión consultiva 1/08, puntos 3 y 4.

<sup>1341</sup> Cfr. TAH Laudo 1, 2, 5.

<sup>1342</sup> Cfr. P. PEREIRA, A. CRISTINA, *O novo quadro juridico das relações comerciais na América Latina Mercosul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 35; A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p.

<sup>1343</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 307

<sup>1344</sup> V. BAZÁN, *Desafíos del mercosur: Dimensión constitucional del proceso integrativo. La protección de los derechos humanos en el espacio integrado*, cit., p. 197 ss.; M. CIURO CALDANI, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *En Integración Unión Europea y Mercosur*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, Santiago de Chile; A. MARTÍNEZ PUÑAL, *En torno a las normas del MERCOSUR: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultánea) y dificultades constitucionales*, AA.VV., Mercosur y Unión Europea, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, 2007, Argentina, p. 223 ss; C.



En Argentina<sup>1345</sup> y Paraguay<sup>1346</sup>, que han adoptado el sistema conocido como "monista", los Tratados y protocolos ratificados tienen valor superior a las leyes nacionales y por lo tanto no pueden ser derogados ni suplidos por éstas.

En Brasil y Uruguay, se ha adoptado el sistema conocido como "dualista", es decir, requieren de una norma nacional que además de ratificar la norma internacional, la transponga por una norma nacional<sup>1347</sup>. Se afirma que hoy las constituciones de Brasil y Uruguay no permitirían atribuir competencias nacionales, como pueden ser las legislativas, a las instituciones internacionales y no otorgan a la normativa del MERCOSUR un valor jerárquico superior al de las leyes nacionales, es decir, en estos países una norma nacional podría derogar una norma del MERCOSUR.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil, ha establecido como que "los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúen en el

---

PIZZOLO, *Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea, cit.*, p. 151 ss.

<sup>1345</sup> En Argentina, se pasó de un sistema dualista, daba preeminencia a la Constitución y la ley posterior sobre el tratado internacional, se pasó al monismo que reconoció la supremacía del derecho internacional sobre las normas nacionales en un principio por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación CSJN, *Edmekdjian*, Fallos 315: 1492; *Fibraza*, Fallos 300:642; sentencia del 2 de diciembre de 1993, *Cocchia*; sentencia del 22 de diciembre de 1993, *Hagelin*; sentencia del 10 de octubre de 1994, *Cafés La Virginia S.A.*; sentencia del 7 de abril de 1995 *Giroldi*; sentencia del 13 de julio de 2007, *Mazzeo*. En 1994 se produjo una reforma constitucional que otorgó jerarquía constitucional a los tratados e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos (enumerados en el citado art. 75 inc. 22) y a los que en el futuro recepten tal valor. Lo dicho implica que las normas dictadas por los organismos supranacionales poseen supremacía sobre las leyes ordinarias de Argentina pero no sucede lo mismo respecto de la Constitución, que tiene supremacía sobre aquéllas. Cfr. Cfr. A. TOMASELLO, *Incorporación de Tratados Internacionales a la Constitución Nacional. Sus efectos*, en *Revista del CPACF* n° 22 de febrero de 2003, La Ley, p. 11 ss; L. PALAZZO, *La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las Provincias*, en *E.D.* de 12 de octubre de 2004, p. 8 ss.; G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, 1998, p. 419ss.; S. DELUCA, *Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 63 s.; V. BAZÁN, *Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo, La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado*, en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepelasituacion>

<sup>1346</sup> En Paraguay, similar interpretación podría realizarse de la interpretación del art. 145 de la Constitución del Paraguay (de 1992) y su conexión con los arts. 137 y 141 *ibid*, de la que puede inferirse la primacía de los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, sobre las leyes dictadas por el Congreso. De ello emerge que los tratados internacionales dirigidos a pautar algún aspecto relativo al mentado orden jurídico supranacional (como podría ser el establecimiento de un tribunal de tal índole o el nacimiento de un mercado común) tendrían -cuando menos teóricamente- una jerarquía superior a la de las leyes nacionales. En este orden se ha afirmado: "...el Orden Jurídico Supranacional es un progreso dentro del concepto de la solidaridad del hombre y de la humanidad; es una forma de establecer parámetros en que el hombre deja de lado su nacionalismo para insertarse en un orden internacional en que los derechos humanos son reconocidos como de carácter internacional..." cfr. F. CALLIZO, *Diario de Sesiones*, N° 26, p. 13, citado en *La Constitución de la República del Paraguay*, LatinData, Asunción, Paraguay, 1992, p. 145.

<sup>1347</sup> En Brasil es necesario que no sólo las normas o acuerdos internacionales sean ratificados por una ley nacional sino también que la Presidencia emita un decreto que cierre el ciclo de incorporación de la normativa al derecho interno. El Supremo Tribunal de Brasil así lo ha resultado el 4 de marzo de 1998, en donde consideró que el Protocolo de Medidas cautelares no se encontraba formalmente incorporado al derecho positivo brasileño porque faltaba el decreto del Presidente que lo promulgara. Cfr. M. MIDÓN, *La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR*, cit., p. 58 y 59; cfr. J. SOLA, *La nulidad de un tratado del Mercosur en el derecho brasileño*, La Ley, 1998-d-504.

mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales (...consagrándose) la tesis (...) de que existe, entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa". Si existe paridad normativa, naturalmente será de aplicación el criterio cronológico en virtud del cual la ley posterior deroga la anterior o el parámetro de especialidad<sup>1348</sup>. El Tribunal Superior de Uruguay pareciera haberse enrolado en esta postura ya que ha afirmado "...cabe compartir la tesis que la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación..."<sup>1349</sup>.

No obstante la jurisprudencia y opiniones doctrinarias citadas, la primacía del derecho del MERCOSUR por sobre el derecho nacional ha sido sólidamente afirmado por tanto por TAH<sup>1350</sup> como por el TPR, este último, en sus opiniones consultivas. Y no obstante éstas no tienen carácter obligatorio, la jurisprudencia del TPR de relevancia sobre el tema y sin lugar a dudas marcan su postura al respecto. El Tribunal Permanente de Revisión ha afirmado que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han errado en la base argumental electa, la anterioridad o posterioridad de las normas nacionales deviene absolutamente irrelevante. La primacía del derecho mercosureño no encuentra su basamento en el derecho internacional o nacional de cada Estado miembro sino en que el derecho de integración, por su concepto, naturaleza y finalidad debe siempre prevalecer sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. En caso contrario se desnaturalizaría no sólo el derecho de la integración sino el proceso de integración en sí mismo o "se pondría en tela de juicio la base misma del MERCOSUR"<sup>1351</sup>. Debe

---

<sup>1348</sup> Cfr. Supremo Tribunal Federal de Brasil, in re: Carta Rogatoria N° 8.279-4, República Argentina, sentencia de 4 de mayo de 1998. En este caso el Supremo Tribunal Federal intervenía por la solicitud de exequatur de una rogatoria que se sustentaba en el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo del Mercado Común, es decir, uno de los Protocolos que componen el acervo normativo mercosureño, cfr. L. GRECO, *Solución de controversias y seguridad jurídica en el Mercosur*, en *Temas del Mercosur. Seguridad jurídica y estructura institucional*, N° 3, Insteco - Fundación Andina, Bs. As., Argentina, 1997, p. 17.

<sup>1349</sup> Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sentencia del 20 de junio de 1990, *G.S., J. con A. del U. y C.U. S.A., Reinstalación, Casación*, Ficha 357/989. Por la postura negativa, se ha sostenido: "desde el momento en que los órganos se integran con individuos independientes de la voluntad de los Estados signatarios, como es el caso de los tratados de integración europea (...) la cuestión se hace más dificultosa, obligando a encarar, en el caso de Uruguay, una reforma constitucional para poder llegar a admitir esa posibilidad". H. GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción: Una aproximación a su problemática jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 1, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 1991, p. 16. Por su parte, en favor de la posición que admite la constitucionalidad de la dimensión supranacional, se ha expedido, quien entiende -a partir de lo que denomina una interpretación evolutiva, lógica y ceñida a los arts. 6 párrafo 2°, 50 y 332 de la Constitución de aquel país- que Uruguay está habilitado "para integrar una comunidad de Estados latinoamericanos, con órganos supranacionales cuyas decisiones se apliquen en forma directa e inmediata en la esfera interna (...), así como la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno". cfr. A. LANDONI SOSA, *La solución de conflictos en el Mercosur*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XXXIV, N° 54, marzo-junio 1994, Argentina, p. 332; R. CORREA FREITAS, *El Mercosur ante la Constitución Uruguaya*, L.J.U., T° CIII, Sección Doctrina, 1991, p. 13

<sup>1350</sup> TAH, Laudo I, del 28 de abril de 1999, Laudo del TAH constituido en la controversia sobre comunicados nro. 37 del 17 de diciembre de 1997 y etc entre Argentina y Brasil.

<sup>1351</sup> Para realizar esta afirmación se basa en la TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, *Costa vs. Enel*, causa 6/64.

tenerse en cuenta que este criterio jurisprudencial ha sido reiterado en los laudos posteriores<sup>1352</sup>.

## **2, Normativa adoptada en el marco del MERCOSUR**

### **A) En materia económica**

Si bien el Tratado de Asunción pretensiosamente afirmaba poder concretar el mercado único a sólo cuatro años<sup>1353</sup>, cuando se hace evidente que ello era imposible se buscan eliminar las restricciones arancelarias y no arancelarias en el comercio de mercaderías y establecer un arancel externo común para que la unión aduanera anteceda al mercado común<sup>1354</sup>.

En 1999 se estableció una zona libre de aranceles para la comercialización de productos entre sus integrantes, con la sola excepción del azúcar y el sector automotriz (por esta razón se ha expresado que representa una unión aduanera imperfecta). En apariencia dicha medida consagraría el principio de libre circulación de bienes (ya que el principal objetivo de toda legislación aduanera que pretenden favorecer la integración es la eliminación de los diferenciales de costo entre los países) pero, en verdad, no resultó suficiente porque a medida que se fueron reduciendo o eliminando los aranceles, se advierte que los países miembros del MERCOSUR comenzaron a establecer barreras no arancelarias por razones sanitarias, ambientales, etc., la cuales se presentaban como obstáculos encubiertos al libre comercio<sup>1355</sup>. No obstante mediante diferentes decisiones del Consejo Mercado Común y Laudos arbitrales se pretendió ir eliminando gradualmente cada una de las restricciones no arancelarias, aún hoy no se han logrado los avances esperados<sup>1356</sup>.

Teniendo en cuenta las asimetrías existentes en el MERCOSUR (la economía brasileña supera la del resto de los países y la Argentina supera a la de Uruguay y Paraguay) claro es que la normativa de incentivos fiscales y legislación laboral, por ejemplo, para captar inversiones debe ser diferente entre los países ya que sino será generalmente el más beneficiado Brasil. Junto al objetivo del mercado común se prevé la nivelación entre los países para que la liberación del comercio no deje

---

<sup>1352</sup> Cfr. TPR opinión consultiva nro. 1/07, 1/08, y 1/09

<sup>1353</sup> Se advierte que el plazo que se establece en el Tratado, en el artículo 3 precisamente, para concretar el mercado común era de imposible cumplimiento si se hace una comparación con la experiencia europea, cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 228. Cuando se creó el Mercosur, por ejemplo, algunos protagonistas del momento solían afirmar que sus países miembros harían en cuatro años (el período de transición establecido en el Tratado de Asunción para el comienzo de la unión aduanera con la aprobación de un arancel externo común -sin que se definiera en qué debía consistir tal instrumento-) lo que a los europeos les había demandado medio siglo. Había un entusiasmo que el tiempo demostró exagerado cfr. cfr. F. PEÑA, *La curva del desencanto: Factores que suelen conducir a la frustración en los procesos de integración regional*, cit.

<sup>1354</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, , *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 230.

<sup>1355</sup> Por ejemplo Argentina decretó la prohibición de la importación de neumáticos con fines ambientales, pero dicha ley fue declarada incompatible con la legislación del Mercosur por el TPR en el laudo 1/05, cfr. C. LÓPEZ, *Restricciones no arancelarias en el Mercosur*, en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/02452a03.pdf>

<sup>1356</sup> Sobre el estado actual de esta cuestión cfr. J. Berlinski, *Las restricciones no arancelarias a exportaciones en el Mercosur: Un análisis comparativo*, en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/07060a02.pdf>;

indefensos a quienes no puede hacer frente a la competencia y por ello es que el TA establece la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales a fin de asegurar la adecuada competencia entre los Estados. Sin embargo, se advierte que los avances en incentivos fiscales ha sido casi nulo<sup>1357</sup>.

En 1994 se adopta una normativa para establecer un **Arancel Externo Común**<sup>1358</sup> (AEC) el cual reemplazaría a los aranceles nacionales a partir de 1995. Al inicio de su implementación tuvo un régimen de excepciones respecto a los bienes de capital, informática y telecomunicaciones donde regirían los aranceles nacionales; asimismo, mediante una decisión del Consejo Mercado Común se estableció que cada Estado podía hacer una Lista de excepciones al AEC<sup>1359</sup>. Cada Estado debía ser el encargado de cobrar el AEC cuando un producto es importado desde un tercer Estado a su territorio aduanero pero se observa que en la práctica fue desnaturalizado y se constataron casos donde los productos importados debían pagar dos veces el AEC<sup>1360</sup>. Por ello es que los órganos del MERCOSUR establecieron que los bienes importados desde terceros países que cumplan con el AEC debían ser tratados como bienes originarios de los países miembros y se ha previsto la eliminación del cobros del AEC y la distribución de la renta aduanera en tres etapas que finalizará en enero de 2019<sup>1361</sup>.

En 2010 se adopta un **Código Aduanero Común**<sup>1362</sup>, el cual ha implicado una importante tentativa de armonización en la materia. A grandes rasgos, esta norma demarca un territorio aduanero único, permite la aplicación de una legislación aduanera común, brinda seguridad jurídica y transparencia a los operadores de la región, unifica el tratamiento otorgado a la mercadería y optimiza los procedimientos que deben llevar a cabo los servicios aduaneros. El Código fue concebido como una norma “marco”, es decir, se dejan diversos aspectos a la regulación de los Estados quienes deberán armonizar aquellos aspectos no contemplados en el Código<sup>1363</sup>. Si bien se afirma que gracias a la utilización de dicha técnica se logró concluir una tarea muy difícil de llevar a cabo (teniendo en cuenta las diferencias en materia de legislación, conceptos, intereses, y necesidades de los socios), también la normativa en cuestión ha recibido numerosas críticas por haber delegado en los Estados la regulación de aspectos sustanciales y no establecerse una autoridad aduanera común, por lo que haría subsistir todavía diferencias en las legislaciones aduaneras de los países miembros<sup>1364</sup>. No obstante la críticas, se señala que el Código tiene las

<sup>1357</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 244.

<sup>1358</sup> CMC/Dec 22/94.

<sup>1359</sup> CMC/Dec 56/10 donde se establecen diferencias teniendo en cuenta las asimetrías existentes en los países.

<sup>1360</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p. 246 ss.

<sup>1361</sup> Cfr. CMC/Dec. 54/04 y CMC/Dec 10/10.

<sup>1362</sup> Cfr. CMC/Dec. 27/10. Debe tenerse en cuenta que la iniciativa tomó como antecedentes los códigos aduaneros Americano y Europeo, el convenio de la GATT y recogió observaciones realizadas por numerosas cámaras empresariales.

<sup>1363</sup> Cfr. art. 2 CMC/Dec. 27/10.

<sup>1364</sup> E. BARREIRA, *Código Aduanero del MERCOSUR: dificultades hacia la norma marco*, en Aduana News periódico aduanero, transporte y comercio exterior, 9 de septiembre de 2010, en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2571&IdSeccion=2> ; A. PEROTTI, *El Código Aduanero del MERCOSUR está por encima del Nacional*, Diario el Observador, Entrevista en sección

características que suelen tener todos los códigos aduaneros regionales y se ha ponderado positivamente que la delegación recaiga sobre órganos propios del MERCOSUR, lo que haría prever que la bajada del Código mantendrá una línea favorable a la integración<sup>1365</sup>. Ahora bien, no obstante la innegable importancia de la norma en cuestión y que expresamente se estableció que en “seis meses los Estados Partes debían hacer las consultas y gestiones necesarias para la eficaz implementación del Código dentro de sus respectivos sistemas jurídicos”<sup>1366</sup> aún hoy no se encuentra vigente.

No obstante en un mercado común no deberían existir normas antidumping para el comercio interno sino que debería regir una **política de defensa de la competencia**<sup>1367</sup>, se advierte que el MERCOSUR ha encontrado dificultades para dar tratamientos consistentes a las prácticas anticompetitivas y desleales de comercio que se han verificado en el interior de su territorio. Se elaboró un Protocolo de Defensa de la Competencia en 1998<sup>1368</sup> que establecía pautas de armonización de la legislaciones nacionales sobre esta materia y donde también se buscaba una cierta armonización en el ámbito infraccional. Luego, fue derogado por otro Protocolo con aspiraciones mucho más modestas pero que al igual que su antecesor no ha logrado aún hoy entrar en vigor por falta de transposición de los Estados partes<sup>1369</sup>.

## **B) En materia migratoria y de derechos humanos**

En materia de migración se ha aprobado en el año 2002 un Acuerdo de Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y un Acuerdo para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia, Chile, Perú y Ecuador donde se armonizan las legislaciones nacionales en cuanto a los documentos a presentar y procedimiento a realizar a fin de obtener la residencia legal en el territorio<sup>1370</sup>. En el artículo 10 se establece que “las partes dispondrán de mecanismos de cooperación permanente tendientes a impedir el empleo ilegal de los inmigrantes en el territorio de la otra, a cuyo efecto adoptarán: a) mecanismos de cooperación entre los organismos de inspección migratoria y laboral, destinados a la detección y sanción del empleo ilegal de inmigrantes; sanciones efectivas a las personas físicas o jurídicas que empleen nacionales de las Partes en condiciones ilegales...c) mecanismos para la detección y penalización de personas individuales u organizaciones que lucren con los movimientos ilegales o clandestinos de

---

Marítimas, lunes 25/10/10, Montevideo, Uruguay, p. 16, disponible en <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/4643/1/Clipping%2025%20de%20Octubre%20de%202010.pdf> p. 7 ss.

<sup>1365</sup> A. PEROTTI, H. ALAIS, *Código Aduanero: Un paso decisivo para la consolidación del Mercosur*, 28 de abril de 2011, en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2800&IdSeccion=7>

<sup>1366</sup> Cfr. art. 3 CMC/Dec. N° 27/10. Fue transpuesto por Argentina en 2012.

<sup>1367</sup> Así lo afirma Laudo del TAD constituido para decidir sobre la controversia entre la Brasil y Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros proveniente de Brasil, parr. 149.

<sup>1368</sup> Cfr. CMC/DEC. N° 18/98.

<sup>1369</sup> Protocolo de defensa de la competencia adoptado CMC /Dec n° 43/10, el cual sólo ha sido aprobado por Argentina.

<sup>1370</sup> Cfr. CMC/DEC. N° 28/02. Vigente desde 2009.

trabajadores inmigrantes, cuyo objetivo sea el ingreso, la permanencia o el trabajo en condiciones abusivas de estas personas o de sus familiares. Se crea un área de libre residencia, un sistema de solución de controversias, un fondo monetario regional denominado Banco del Sur y un subgrupo de trabajo para asuntos sociolaborales. En la reunión del Consejo Mercado Común del MERCOSUR celebrada en Montevideo el 12 de julio de 2013, se aprobó una decisión sobre el reconocimiento universal del Derecho de Asilo Político donde recordando la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de la ONU (1948), la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), las Convenciones de Caracas sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático (1954) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se afirma que el derecho de asilo constituye un derecho humano fundamental de conformidad al artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948) y se repudia toda conducta que pretenda socavarlo.

Se verifica que la simplificación de algunas prácticas relativas a la circulación han sido desde el principio aplicables a cualquiera persona (tráfico fronterizo, definición de los papeles necesarios para circular, disciplina de las estancias de corto plazo, controles integrados de frontera), mientras que la disciplina de la estancia de largo plazo - válida solo para los ciudadanos del MERCOSUR - presenta soluciones a veces más adelantadas respecto de aquellas elaboradas en Europa (estancia permanente después de solo dos años; restricción de las cláusulas de orden público y seguridad pública a casos excepcionales para cada situación). No han requerido tiempos muy extensos para su transposición y puesta en funcionamiento, por lo que ha quedado demostrado que la paridad entre los ciudadanos del MERCOSUR ha encontrado una más decidida afirmación. Se afirma que el MERCOSUR ha conseguido logros significativos en este ámbito, donde a pesar de la debilidad del marco institucional y la falta de claras indicaciones en los tratados constitutivos, ha primado el efectivo *animus cooperandi* y una marcada identidad de grupo<sup>1371</sup>.

Sobre la protección de los derechos fundamentales de la persona en el seno del MERCOSUR no existe ninguna referencia explícita en el Tratado de Asunción. Surgen en forma programática en diferentes fuentes originarias como por ejemplo en el artículo 34 del Protocolo de Olivos se expresa “Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el TPR decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción (...) así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”; el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR cuando declara: “Son principios del Parlamento: (...) El respeto a los derechos humanos en todas sus expresiones”<sup>1372</sup> o “El Parlamento tendrá las siguientes competencias : (...) Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR”<sup>1373</sup>.

---

<sup>1371</sup> M. DI FILLIPO, *Conclusiones generales y reflexiones sobre el fortalecimiento de los procesos de integración regional*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur*, por M. DI FILLIPO, Giappichelli, Torino, 2012., p. 402 ss..

<sup>1372</sup> Cfr. Artículo 3, inciso 4 de dicho Protocolo.

<sup>1373</sup> Cfr. Art. 4, inciso 3 de dicho protocolo.

En el marco del CMC se crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH)<sup>1374</sup> y ya en su primera sesión el 7 y 8 de mayo de 2005 se le encomienda elaborar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR<sup>1375</sup>; dentro de esta Reunión se crea el Instituto de Políticas Pública de Derechos Humanos para contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho en los Estados parte, mediante el diseño y seguimiento de las políticas públicas en materia de Derechos Humanos, consolidándose a estos últimos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del MERCOSUR. Entre sus funciones principales este instituto contribuirá a la armonización de la normativa de los Estados respecto a la promoción y protección de los derechos humanos por lo que su actuación podría ser muy auspiciosa. Sin embargo debe advertirse que aún hoy no se encuentra vigente por falta de transposición<sup>1376</sup>.

En junio de ese año, se firma el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR (vigente desde el 30 de abril de 2010)<sup>1377</sup> donde se establece que en caso de que se registren graves y sistemática violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las partes en situaciones de crisis institucionales o durante la vigencia de estados de excepción previstos en las constituciones se promoverán consultas con el estado involucrado y los estados parte entre sí. Cuando dichas consultas resultaren infructuosas, se considerará la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo<sup>1378</sup>. En el 2008, se firma un Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad<sup>1379</sup>. Mediante este acuerdo se crea una base de datos con información judicial y administrativa sobre la localización o paradero y restricciones de egreso que permitan su localización. Este acuerdo, no se encuentra vigente por falta de transposición de todos los Estados miembros.

A estas iniciativas se agregan varios Comunicados de los Presidentes de los Estados Partes y de los Estados Asociados, siendo de particular relevancia, en el 2005, la Declaración sobre derechos humanos de los Presidentes del MERCOSUR y Estados asociados, donde se afirma la plena vigencia de los principios y valores que

<sup>1374</sup> CMC/DEC. N° 40/04

<sup>1375</sup> La idea de elaborar una “Carta de los Derechos fundamentales del MERCOSUR” se remonta a la propuesta de los movimientos obreros de los cuatro Estados partes del MERCOSUR redactada por el Consejo de Coordinación Social del Cono Sur en diciembre de 1993 como parte de la “Futura Carta Social del Mercado Común del Sur”.

<sup>1376</sup> CMC/DEC. N° 32/09

<sup>1377</sup> Cfr. CMC/DEC N° 17/05

<sup>1378</sup> Cfr. Art. 3 y 4 del Protocolo. W. HUMMER, *La elaboración de una Carta de los Derechos fundamentales del MERCOSUR” desde una perspectiva europea*, en [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto\\_dos\\_Expositores/La\\_elaboracion\\_de\\_una\\_Carta\\_de\\_los\\_Derechos\\_fundamentales\\_del\\_MERCOSUR\\_desde\\_una\\_perspectiva\\_europea\\_Hummer.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_elaboracion_de_una_Carta_de_los_Derechos_fundamentales_del_MERCOSUR_desde_una_perspectiva_europea_Hummer.pdf)

<sup>1379</sup> Firmado en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 30 de junio de 2008 y Aprobado por CMC/DEC. N° 25/08

sustentan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la necesidad de velar por el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole; su adhesión a los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); resaltan la importancia de los principios sustentados en la Carta Andina sobre los Derechos Humanos aprobada en 2003 y de las medidas sustantivas adoptadas para el desarrollo de la perspectiva de los derechos humanos en el bloque regional; destacan la importancia de desarrollar nuevos enfoques sobre los derechos humanos, como el derecho a la verdad promoviendo la lucha contra la impunidad en todas sus expresiones<sup>1380</sup>.

Por su parte debe destacarse que en el MERCOSUR los Estados han canalizado diversas formas de cooperación<sup>1381</sup> y armonización en defensa de la democracia<sup>1382</sup>. Entre las principales iniciativas políticas suelen destacarse los Protocolos sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR<sup>1383</sup>, donde se establecen diferentes medidas a adoptar frente a la ruptura del orden democrático (éstas van desde la suspensión del derecho del Estado afectado a participar en los órganos del MERCOSUR hasta la suspensión de los derechos y obligaciones que surgen del proceso de integración<sup>1384</sup>) y la Declaración Política del MERCOSUR

<sup>1380</sup> Cfr. A. SOTO, F. GONZALEZ, *Manual de Derecho de la Integración*, cit., p.329 ss. L. BARCINAS, *Gestión de políticas de derechos humanos en el Mercosur y Estados asociados* en [http://w2.ucab.edu.ve/tl\\_files/CDH/Mercosur/Barcina.%20Luciana%20%20GESTION%20DE%20POLITICAS%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MERCOSUR%20Y%20ESTADOS%20ASOCIADOS.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Mercosur/Barcina.%20Luciana%20%20GESTION%20DE%20POLITICAS%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MERCOSUR%20Y%20ESTADOS%20ASOCIADOS.pdf); También cfr. Oyhanarte quien se refiere a significativos desarrollos conseguidos en la interpretación tanto del Tribunal Permanente de Revisión, como de las Cortes Nacionales, que inducen a formular un juicio parcialmente positivo de la experiencia llevada a cabo. Cfr. M. DI FILLIPO, *Conclusiones generales y reflexiones sobre el fortalecimiento de los procesos de integración regional*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur*, cit., p 400.

<sup>1381</sup> En este orden, cabe citar por ejemplo Decisión del 2012 de los Estados Partes del MERCOSUR de respaldo al Presidente Evo Morales en repudio a las acciones de los gobiernos de Francia, Portugal, España e Italia al no permitir el sobrevuelo ni aterrizaje de la aeronave que trasladaba al Presidente Evo Morales Ayma, lo que constituye no solo un acto infundado, discriminatorio y arbitrario, sino también una flagrante violación de los preceptos del derecho internacional; Decisión sobre el rechazo al espionaje por parte de los Estados Unidos sobre los países de la región.

<sup>1382</sup> Cfr. P. Villagra, *Un nuevo paradigma de seguridad hemisférica*, en *Foreign affairs: Latinoamérica*, ISSN 1665-1707, Vol. 3, N° 4 (octubre-diciembre), 2003, págs. 130 ss.

<sup>1383</sup> Protocolo de Ushuaia del 24 de julio de 1998 y Protocolo de Montevideo cfr. Dec. CMC 18/04; Dec. CMC 11/13.

<sup>1384</sup> En efecto, sobre la base de estos protocolos en 1999 se tomó intervención en la crisis de Paraguay y se decidió la suspensión de este país el 29 de diciembre de 2012 por considerar que se encontraba comprometido el proceso democrático de remoción y elección de sus autoridades (con motivo de la destitución del Presidente Fernando Lugo, por el Congreso de su país). El 29 de junio, los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay decidieron “Suspender a la República del Paraguay el derecho a participar de los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del Art. 5° del Protocolo de Ushuaia”, decisión que fue precedida por una “Declaración” del 24 de junio de 2012, por la que se le impidió participar de la XLIII reunión del CMC y Cumbre de Presidentes del Mercosur. Cfr. S. Abreu Bonilla, *Una herida letal al MERCOSUR*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 1 de octubre de 2012, [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_32450-1522-4-30.pdf?121031174553](http://www.kas.de/wf/doc/kas_32450-1522-4-30.pdf?121031174553). En la reunión del Consejo Mercado Común del MERCOSUR celebrada en Montevideo el 12 de julio de 2013 se decidió levantar la suspensión aplicada el año anterior a Paraguay como Estado Miembro de la Organización.



como zona de Paz, donde se establece que la paz es un elemento fundamental en el proceso de integración<sup>1385</sup>. La adopción de estos instrumentos es sumamente relevante, sobre todo, en una región donde la ruptura del orden democrático ha sido ampliamente experimentado en el siglo pasado.

### **C) En materia penal**

Los Estados partes del MERCOSUR han expresado en diversas oportunidades su preocupación por reforzar la cooperación en materia penal a fin de lograr más efectivas investigaciones mediante mecanismos ágiles de colaboración entre las autoridades de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados. Asimismo en reiteradas oportunidades han manifestado su preocupación por el crecimiento de la criminalidad transnacional y su compromiso por combatirla. Si bien los Tratados fundacionales del MERCOSUR y los referidos Protocolos no cuentan con normas específicas sobre la posible competencia penal de sus órganos, ello no ha generado mayores cuestionamientos entre los Estados miembros a fin de adoptar e impulsar medidas de carácter penal.

Con el objetivo de agilizar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en el marco de los órganos del MERCOSUR han creado reuniones vinculadas con los operadores del área penal. Así es que dentro del CMC se estableció la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y estados asociados (RM)<sup>1386</sup> y en el ámbito del GMC la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPPM)<sup>1387</sup>; la Reunión Especializada de Defensores Públicos

<sup>1385</sup> Respecto de la cual se ha afirmado “Si bien el Mercosur no tiene instituciones formales de seguridad y defensa ni son estos objetivos del proceso en sí mismo, aquel ha llevado a la búsqueda de una concertación creciente en esos campos y puede preverse que en el futuro se busquen mecanismos más o menos estructurados que les den forma. Pero estos desarrollos no sólo afectarán las relaciones de seguridad/defensa en el futuro. Ya las están afectando positivamente. La Declaración del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz, suscripta en Ushuaia en julio de 1998, es emblemática de este proceso y se inscribe como un primer paso en esa lógica en el sentido de definir puntos básicos de acuerdo entre todos los socios” cfr. P. VILLAGRA DELGADO, *El Cono Sur: una realidad tangible*, Seminario Internacional sobre Desarme, Lima, Perú, Diciembre 1999, cfr. [http://www.opanal.org/Articulos/Seminar-Lima/villagra\\_lima\\_e.htm](http://www.opanal.org/Articulos/Seminar-Lima/villagra_lima_e.htm)

<sup>1386</sup> Creado en función del art. 10 del Tratado de Asunción y la Decisión CMC nro. 5/1991 y 8/1991. Tiene por finalidad proponer medidas tendientes al desenvolvimiento de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados partes. [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/273/1/secretaria/estructura\\_institucional\\_del\\_mercosur](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/273/1/secretaria/estructura_institucional_del_mercosur)

<sup>1387</sup> Creado por la CMC/DEC N° 10/05 donde se especifica que la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR tiene por objeto apoyar un proceso de transformación y consolidación del sistema de persecución penal, a fin de cumplir con los principios del Estado Democrático de Derecho. La necesidad de contar con un mecanismo ágil en la relación de los Ministerios Públicos de los Estados Parte y Asociados, con el objetivo de potenciar acciones conjuntas para la prevención, investigación y represión del crimen organizado transnacional. Cuenta con una presidencia Pro Tempore, se reúne cada seis meses y la representación de cada Estado Parte es ejercida por un único Coordinador Nacional, que será el representante institucional del Ministerio Público de los Estado Parte. Deberá, entre otras cosas, analizar la legislación vigente del MERCOSUR a fin de proponer la mejora y su efectiva aplicación en materias afines a la persecución penal de los Estados Parte; g) Intercambiar informaciones, experiencias, proponer estrategias y prácticas comunes para incorporar políticas públicas en las Políticas del MERCOSUR que promuevan acciones conjuntas para mejorar los mecanismos de persecución penal en los Estados Parte; h) Instar el cumplimiento de los Instrumentos Internacionales ratificados por los Estados Parte del MERCOSUR vinculados con la temática de la REDMP; i) Analizar las observaciones y consultas en cuanto a las dificultades en la

Oficiales del MERCOSUR (REDPO)<sup>1388</sup>; y la Reunión especializada de autoridades de aplicación en materia de drogas prevención de su uso indebido y recuperación de droga dependientes (RED)<sup>1389</sup>. Así también se crean grupos encargados de estudiar problemáticas relativas de determinadas áreas del derecho penal, como ser el Grupo de Trabajo permanente del MERCOSUR contra el Terrorismo que tiene por fin intensificar la cooperación internacional permanente contra el terrorismo y apoyar el trabajo de la OEA en este ámbito<sup>1390</sup>; el Foro de Autoridades Centrales para tratar las problemáticas comunes surgidas de la aplicación de los textos elaborados en el ámbito de la cooperación judicial y elaborar guías orientativas para facilitar la tarea de los operadores jurídicos.

En la REMPM del 2012 se resaltaron diferentes trabajos de investigación y cooperación, intercambio de información sobre cadena de custodia y evidencias físicas; se establece un boletín de noticias sobre trata de personas en el MERCOSUR, manuales de actuación en delitos cibernéticos y noticias sobre eventos de trata de personas, grupo de trabajo sobre trata de personas y crimen organizado transfronterizo, trabaja el tema de delitos cibernéticos y delitos de lesa humanidad<sup>1391</sup>; mientras la REMPM del 2013 se propuso analizar una profundización de la reforma del proceso penal en los Estados Partes con la finalidad de que se instale un proceso acusatorio, oral y público, en el entendimiento de que asegura la adecuada protección de los derechos de las víctimas y las garantía de los imputados<sup>1392</sup>. En el año 2006 el RED realizó una reunión donde se analiza la reducción de la demanda, tráfico ilícito de drogas, fiscalización de sustancias químicas controladas y armonización legislativa.

Por su parte, se han adoptado diferentes instrumentos de cooperación judicial y policial a fin de agilizar y mejorar la asistencia mutua, en los cuales suele invocarse como motivo de su adopción la grave amenaza que representan las actividades delictivas transnacionales cuyos elementos de prueba se encuentran dispersos en diferentes Estados miembros.

En este orden, en primer lugar, es posible citar el asistencia jurídica:

i. Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los países del MERCOSUR<sup>1393</sup> y Acuerdo sobre la misma temática con la República de Bolivia y la República de Chile<sup>1394</sup>, Ecuador<sup>1395</sup> y Perú<sup>1396</sup>: donde los estados se compromete a prestar asistencia mutua para la investigación de delitos, así como para la

aplicación y en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en las resoluciones ratificadas por el CMC;j) Desempeñar cualquier otra actividad relacionada con los objetivos de la REDMP.

<sup>1388</sup> Res. GMC nro. 12/04.

<sup>1389</sup> Cfr. Res GMC NRO 76/98 y Decisión CMC nro. 59/00.

<sup>1390</sup> cfr. P. Villagra Delgado, *El Cono sur: una realidad tangible*, Seminario Internacional sobre Desarme, Lima, 1999, [http://www.opanal.org/Articles/Seminar-Lima/villagra\\_lima\\_e.htm](http://www.opanal.org/Articles/Seminar-Lima/villagra_lima_e.htm).

<sup>1391</sup> MERCOSUR/REMPM/ACTA NRO. 2/12

[http://www.ministeriopublico.gov.py/sitios/reunion/rempm/13/es/pdf/espe\\_rempm.pdf](http://www.ministeriopublico.gov.py/sitios/reunion/rempm/13/es/pdf/espe_rempm.pdf)

<sup>1392</sup> MERCOSUR/REMPM/ACTA NRO. 1/13 XV Reunión especializada d eministerios publicos del mercosur y estados asociados.

<sup>1393</sup> Aprobado por la CMC/ DEC. N° 2/96 y conocido como Protocolo de San Luis

<sup>1394</sup> Aprobado por CMC/DEC. N° 12/01 y Acuerdo complementario al acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre los estados partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile del 2002.

cooperación en los procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales. Se establece en dichos acuerdos que la asistencia será prestada aún cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido<sup>1397</sup>. La asistencia comprenderá notificación de actos procesales; recepción y producción de pruebas; focalización o identificación de personas; traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo; medidas cautelares sobre bienes; entrega de documentos y otros elementos de prueba; incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar; etc.<sup>1398</sup>.

La solicitud deberá enviarse a una autoridad central (establecida en cada país para recibir y enviar los pedidos), se podrá denegar sólo cuando la solicitud se vincule con delitos políticos, militares o tributarios, la persona requerida haya sido absuelta o cumplido condena en el estado requerido por el mismo delito o porque su cumplimiento sea contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido<sup>1399</sup>; se puede condicionar o aplazar en ciertos casos<sup>1400</sup>; negarse a dar copias de documentación oficial sin necesidad de dar explicaciones sobre sus razones<sup>1401</sup>; también podrá negarse al traslado de una persona sujeta a procedimiento penal que sea nacional cuando su constitución impida la entrega de los nacionales (como el caso de Brasil). Se establece que las diferencias de interpretación se resolverán por vía diplomática directa y en su caso por el procedimiento de resolución de controversias establecido en la legislación del MERCOSUR (esto último no se encuentra incluido en los acuerdos con Bolivia y Chile). Este instrumento se encuentra en vigor desde el año 2000<sup>1402</sup>.

ii. Acuerdo de Extradición entre los Estados Parte del MERCOSUR<sup>1403</sup> y acuerdo sobre la misma temática con Bolivia, Chile<sup>1404</sup> y Ecuador<sup>1405</sup>. Es el clásico acuerdo de extradición del derecho penal internacional y su finalidad fue armonizar

---

<sup>1395</sup> Aprobado por CMC/DEC 22/08 Adhesión de la República del Ecuador al Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile y al Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

<sup>1396</sup> Aprobado por CMC/DEC. 23/12 Adhesión de la República del Perú al “Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile”;

<sup>1397</sup> Art. 1 inciso 4

<sup>1398</sup> Art. 6

<sup>1399</sup> art. 5

<sup>1400</sup> art. 9

<sup>1401</sup> art.15 b

<sup>1402</sup> Sobre este acuerdo cfr. R. CERVINI, *Principios de Cooperación Judicial Penal Internacional en el Protocolo del MERCOSUR*, <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>

<sup>1403</sup> Aprobado por CMC/DEC. N° 14/98

<sup>1404</sup> Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile.

Firmado: Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998, aprobado por CMC/DEC 15/98

<sup>1405</sup> Acta de Adhesión de la República del Ecuador, suscrita en San Miguel de Tucumán, el 30 de junio de 2008.

las legislaciones en materia de extradición entre los estados miembros del MERCOSUR. Hoy se encuentra vigente para Brasil , Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile mientras la Argentina aún no lo ha ratificado.

iii. Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR y Acuerdo sobre el mismo tema con la Republica de Bolivia y la Republica de Chile<sup>1406</sup>. El objetivo de este acuerdo es cumplir con la armonización de las legislaciones nacionales mediante el fortalecimiento de normas que aseguren una adecuada implementación de la justicia en materia penal a través de la rehabilitación social del condenado, razón por la cuales se considera conveniente que la persona del condenado cuente con la oportunidad de cumplir su sentencia en el Estado de su nacionalidad o en el de la residencia legal y permanente. Es aplicable para el cumplimiento de sentencias de condena, condena condicional o libertad condicional, impuesta por cualquiera de los Estados parte a los nacionales o residentes de otro Estado parte. A tal fin el acuerdo establece un procedimiento que se activará por el Estado sentenciador o receptor a pedido del condenado o un tercero, con la intervención de una autoridad central. Esta acuerdo establece de entrará en vigor de acuerdo a las normas del POP, encontrándose vigente para los Estados partes solamente en la actualidad.

iv. Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales entre los Estados Partes del MERCOSUR y Acuerdo sobre la misma temática con la República de Bolivia y la República de Chile<sup>1407</sup>. En este acuerdo se deciden adoptar disposiciones complementarias al “Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR, y la República de Bolivia y la República de Chile” a fin de contemplar el mismo beneficio respecto a los menores, de mayores inimputables y de quienes hubieren obtenido el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del procedimiento. Se encuentra transpuesto por Argentina, Paraguay y Uruguay el primero de los acuerdos y por solo Paraguay el segundo acuerdo. Hoy no se encuentra vigente por falta de transposición, el único país que lo ha transpuesto es Paraguay.

v. Acuerdo sobre la Orden MERCOSUR de detención y procedimientos de entrega entre los Estados partes del MERCOSUR y Estados asociados (República de Bolivia, Ecuador y Perú)<sup>1408</sup>. La Orden MERCOSUR de Detención es una resolución judicial dictada en una Parte (Parte emisora) con vistas a la detención y la entrega por otra Parte (Parte ejecutora) de una persona requerida para ser procesada por la presunta comisión de algún delito, para que responda a un proceso en curso o para la ejecución de una pena privativa de libertad. La Orden MERCOSUR de Detención se podrá emitir respecto a aquellas conductas delictivas que la Parte emisora y la Parte ejecutora tengan tipificado en virtud de instrumentos internacionales ratificados por las mismas, mencionados en el Anexo I<sup>1409</sup>, dándose

---

<sup>1406</sup> Aprobado por la Decisión 34/04.

<sup>1407</sup> Aprobado por CMC/DEC. N° 12/05 y 13/05

<sup>1408</sup> Aprobado por CMC/DEC nro. 48/10

<sup>1409</sup> Cuando los delitos involucrados no incluyan aquellos contemplados en el Anexo I se procederá de acuerdo a los acuerdos de extradición. Los delitos contemplados en dicho anexo son los que surgen

de este modo por cumplido el requisito de la doble incriminación; cuando los delitos, cualquiera sea su denominación, sean castigados por la legislación de las Partes emisora y ejecutora, con pena privativa de libertad cuya duración máxima sea igual o superior a 2 (dos) años y siempre que fuera emitida para la ejecución de una sentencia o parte de ella. Se exigirá que la parte de la pena que aún queda por cumplir sea de al menos 6 (seis) meses. Su tramitación se llevará a cabo mediante las autoridades centrales de cada uno de dichos países y se establecen diferentes situaciones frente a las cuales el juez requerido podría negarse a otorgarla. Aún hoy no ha sido transpuesta en ningún Estado miembro. Debe tenerse en cuenta que esta normativa difiere de la orden de detención europea por la exigencia de doble incriminación, el procedimiento de entrega entre Estados miembros, que ha servido de base para su negociación, también en cuanto al rol de las autoridades centrales<sup>1410</sup>.

En materia de seguridad los Estados Partes del MERCOSUR y Asociados, se han llevado a cabo tareas de cooperación, coordinación e intercambio de información entre los órganos de control y las fuerzas de seguridad. Se han implementado nuevos sistemas informáticos y de comunicaciones; mejorado la capacitación del personal policial; implementado procedimientos simultáneos; intensificación de la fiscalización policial de los menores que viajan y apoyo policial recíproco cuando se detecta una situación irregular de presunto tráfico de menores<sup>1411</sup>. En 2006, las

---

de: 1.Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), Nueva York, 15.11.2000; 2.Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional relativo a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, Nueva York, 15.11.2000; 3.Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, Nueva York, 15.11.2000.; 4.Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, Roma, 17.07.1998; 5.Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, París, 11.12.1948; 6.Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 20.12.1988; 7.Convención relativa a Infracciones y otros Actos cometidos a Bordo de Aeronaves, Tokio, 14.09.1963; 8.Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, La Haya, 16.12.1970; 9.Convención para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Montreal, 23.09.1971; 10.

Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en Aeropuertos Civiles Internacionales, complementario a la Convención para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Montreal, 24.02.1988; 11.Convención sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para Fines de Detección, Montreal, 01.03.1991; 12.Convención para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, Roma, 10.03.1988; 13.Protocolo para la Supresión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas localizadas en la Plataforma Continental, complementario a la Convención para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima Roma, 10.03.1988; 14.Convención sobre Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena, 03.03.1980; 15.Convención sobre la Prevención y Sanción de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluidos Agentes Diplomáticos, Nueva York, 14.12.1973; 16.Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Nueva York, 17.12.1979; 17.Convención Internacional contra la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, Nueva York, 09.12.1999; 18.Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, Nueva York, 15.12.1997; 19. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, 15.12.2003.

<sup>1410</sup> Cfr. A. SOTO, *La lucha contra la criminalidad en el marco del Mercosur*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur* dirigido por M. Di Filippo, Giappichelli, Torino, 2012, p. 371 ss.

<sup>1411</sup> Cfr. entre otras CMC/DEC nro. 22/90, 13/01 y 10/05 donde se fijan objetivos de coordinación y cooperación recíproca entre las fuerzas de seguridad policiales, en la problemática que suscitan el crimen organizado transnacional. Asimismo se han sugerido medidas relacionadas de cooperación en

iniciativas en materia de seguridad fueron plasmadas en un Acuerdo Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad regional entre los estados Partes del MERCOSUR, el estado Plurinacional de Bolivia, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela<sup>1412</sup>, el cual ha sido transpuesto por Argentina, Paraguay y Uruguay por lo que faltando la internalización de Brasil hoy no se encuentra vigente.

En este ámbito cabe resaltar que se ha creado el Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del MERCOSUR (SISME)<sup>1413</sup>, concebido como herramienta de cooperación técnica por el Acuerdo Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad Regional. El SISME facilita a los funcionarios habilitados el acceso eficiente y oportuno a informaciones policiales y de seguridad pública de interés en el ámbito de la seguridad regional. Se trata de un conjunto de recursos tecnológicos, que se utilizan para consulta de información estructurada alojada en las Bases de Datos de cada uno de los Nodos Usuarios de cada uno de los Estados Partes o Estados Asociados Asimismo, es de relevancia en materia de seguridad el Acuerdo Marco De Cooperación Entre Los Estados Partes Del MERCOSUR y Estados Asociados (Bolivia y Ecuador) para la Creación De Equipos Conjuntos De Investigación<sup>1414</sup>. En este se establece que las autoridades competentes de una Parte, que estén a cargo de una investigación penal, podrán solicitar la creación de un Equipo Conjunto de Investigación a las autoridades competentes de otra Parte, cuando esa investigación tenga por objeto conductas delictivas que por sus características requieran la actuación coordinada de más de una Parte <sup>1415</sup>. Su

---

el marco de las Reuniones del CMC tales como: RMI/Dec 10/00 RMI Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Ilícitos Ambientales en el MERCOSUR; RMI/Dec.,11/00 Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Ilícitos Ambientales entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile; RMI/Dec. 12/00 Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Material de Tráfico Ilícito de Materia Nuclear y Radioactivo en el MERCOSUR; RMI/Dec. 13/00 Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico Ilícito de Material Nuclear y Radioactivo entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y al República de Chile; CDA/Dec. 03/01 CDA Programa de Acción del MERCOSUR al Combate de los Ilícitos en el Comercio Internacional; RMI/Dec. 06/00 Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico de Menores; RMI/FCCP 09/12

Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y los Estados Asociados para el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados.

<sup>1412</sup> CMC/Dec. N° 16/06.

<sup>1413</sup> Creado por Decisión CMC N° 36/04

<sup>1414</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N° 22/10.

<sup>1415</sup> ARTÍCULO 2: Facultades:El Equipo Conjunto de Investigación tendrá facultades para actuar dentro de los territorios de las Partes que los crearon, de conformidad con la legislación interna de las Partes donde se encuentre actuando el Equipo.ARTÍCULO 3Definiciones:A los fines del presente Acuerdo Marco se entenderá por:3.1. Equipo Conjunto de Investigación (ECI): Es el constituido por medio de un instrumento de cooperación técnica específico que se celebra entre las Autoridades Competentes de dos o más Partes, para llevar a cabo investigaciones penales en sus territorios, por un tiempo y fin determinados. 3.2 Instrumento de Cooperación Técnica: es el documento suscripto entre las Autoridades Competentes, por el que se constituye un ECI. Deberá contener los requisitos exigidos en el presente Acuerdo Marco. 3.3. Autoridades Competentes: Son las designadas en cada una de las Partes, de conformidad a su normativa interna, para proponer la creación y para la respectiva

tramitación también en este caso se tramitará mediante una autoridad central en cada país miembro. Este acuerdo no ha sido transpuesto por ninguno de los estados por lo tanto no se encuentra vigente.

En cuanto al derecho penal sustancial, se observa que el compromiso asumido por los Estados partes en el Tratado de Asunción, de “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes”<sup>1416</sup> es reconocido en el diversos instrumentos de cooperación penal como un compromiso a adoptar normas comunes que brinden seguridad jurídica en el territorio de los Estados Partes<sup>1417</sup> puesto que se advierte que la cooperación jurídica en materia penal contribuirá a profundizar los intereses comunes de las Partes en el proceso de integración y en la lucha contra el delito organizado que experimenta un crecimiento proporcional a la globalización, logrando trascender las fronteras de las distintas Parte<sup>1418</sup>. Las áreas criminales a combatir principalmente se vincularán con el tráfico ilícito de estupefacientes, la corrupción, el lavado de activos, la trata de personas, actos de terrorismo, el tráfico de inmigrantes, el tráfico de armas, terrorismo y todos aquellos que integran la llamada delincuencia organizada transnacional<sup>1419</sup>.

Los presidentes y las Reuniones de Ministros del CMC han emitido diferentes declaraciones y comunicados donde expresan su intención en armonizar las legislaciones en los delitos contra el medio ambiente<sup>1420</sup>, el crimen organizado<sup>1421</sup>, trata de personas<sup>1422</sup> pero, en la práctica, dicho interés aún no se ha visto traducido en normativas de armonización sobre dichos delitos en el MERCOSUR. Se afirma que en el ámbito institucional se habría encarado el estudio de esquemas comparativos en materia de tipos penales con miras a la armonización pero es una tarea que aún hoy no ha sido concluida<sup>1423</sup>.

En el ámbito del derecho derivado, en 1994, se resolvió instruir a la Comisión de Comercio del MERCOSUR para la elaboración de una propuesta de normas que definan los delitos y penalidades en materia aduanera, con el objetivo de contar con una legislación penal armonizada en esa materia atento que las diferencias

---

aprobación de un ECI. 3.4 Autoridad Central: Es la designada por cada Parte, de acuerdo a su legislación interna, para recibir, analizar y transmitir las solicitudes de constitución de un ECI. 3.5 Integrantes del ECI: Son los indicados en el Instrumento de Cooperación Técnica, designados por las Autoridades Competentes de las Partes.

<sup>1416</sup> Cfr. art. 1TA.

<sup>1417</sup> Cfr. Acuerdo sobre asistencia penal mutua.

<sup>1418</sup> Cfr. Acuerdo sobre orden de detención.

<sup>1419</sup> Cfr. Acuerdo sobre equipos conjuntos de investigación.

<sup>1420</sup> Declaración de Brasilia de 1991.

<sup>1421</sup> Comunicado de presidentes conjunto entre países del Mercosur, Bolivia y Chile de 1997.

<sup>1422</sup> Declaración por la que se prevé la coordinación de las campañas nacionales sobre información y prevención del delito de trata de personas, particularmente de mujeres y niños; Declaración de Montevideo contra la trata de personas en el Mercosur y estados asociados del 2005, Reunión de Ministros del Interior del Mercosur Estados Asociados, por la que se condena el aberrante delito de la trata de persona y se manifiesta la voluntad de adoptar enérgicas medidas para prevenir y combatir el flagelo de la trata de personas en la región; campaña contra la Trata de personas adoptada mediante MERCOSUR CMC N° 12/06.

<sup>1423</sup> Cfr. A. SOTO, *La lucha contra la criminalidad en el marco del Mercosur*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur*, cit., p. 359 ss.

constatadas en las legislaciones, podrían ocasionar potenciales desvíos en el tráfico de comercio<sup>1424</sup>. En el año 2010, conforme ya se expusiera anteriormente, se aprueba el Código Aduanero MERCOSUR donde no se tipifican conductas ilícitas. El Código establece que las legislaciones aduaneras de cada Estado Parte serán aplicables supletoriamente en aquellos aspectos no regulados específicamente por este Código, sus normas reglamentarias y complementarias<sup>1425</sup> y que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en este Código serán sancionadas conforme la legislación de los Estados Partes y que sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales previstas en sus respectivas legislaciones internas, los Estados Partes podrán establecer consecuencias tributarias a los incumplimientos<sup>1426</sup>. Se ha interpretado que estas cláusulas de remisión genérica inspiradas en el principio de supletoriedad que impregna al Código Aduanero estarían utilizando la técnica de la asimilación. Pero al no armonizar sistemas muy heterogéneos entre los estados miembros sólo aportarán inseguridad jurídica y generarán tensiones con el principio de legalidad. Se sostiene que se ha “desaprovechado la oportunidad de iniciar un proceso –evolutivo-encaminado a lograr por primera vez la armonización legislativa en materia penal”<sup>1427</sup>.

En 1998 se aprobó el Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales<sup>1428</sup> donde se establecía que los Estados Partes se comprometían a prever en sus legislaciones medidas judiciales efectivas y eficaces contra cualquier infracción a los derechos relativos a los diseños industriales, y entre éstas se enumeran, las acciones de naturaleza penal<sup>1429</sup>. Lo que motivara a la adopción de esta norma fue el deseo de reducir las distorsiones y los impedimentos al comercio y a la circulación de bienes y servicios en el territorio de los Estados Partes del Tratado de Asunción y la necesidad de promover una protección efectiva y adecuada a los derechos de propiedad intelectual en materia de Diseños Industriales. Para ello se considera necesario establecer reglas y principios que sirvan para orientar la acción administrativa, legislativa y judicial de cada Estado Parte en el reconocimiento y aplicación de los derechos de propiedad intelectual en materia de diseños industriales<sup>1430</sup>. No obstante ello, este Protocolo nunca entró en vigor por falta de transposición de todos los Estados miembros.

En ese mismo año se había aprobado también el Protocolo de Defensa de la Competencia<sup>1431</sup>, establecía según algunos observar normas protectoras de carácter penal. Ello se deducía de su artículo 4º el cual disponía que “constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos, individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o

---

<sup>1424</sup> Cfr. GMC/RES 125/94.

<sup>1425</sup> Art. 1 inc. 4 del Código Aduanero Mercosur.

<sup>1426</sup> En el capítulo I del Título XIV, art. Artículo 180, incisos 1 y 2.

<sup>1427</sup> S. DELUCA, *Delitos e infracciones aduaneras en el CAM.*, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 1, Nº 1, 2013, p. 268 s.

<sup>1428</sup> Aprobado por la CMC/Dec. Nº16/98

<sup>1429</sup> Cfr. art. 19 del Protocolo mencionado.

<sup>1430</sup> Cfr. Preámbulo del Protocolo mencionado.

<sup>1431</sup> Firmado en Fortaleza el 16 de diciembre de 1998.



efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes”. Y de su interpretación conjunta con el artículo 2 el cual disponía: “las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten al comercio entre los Estados partes” se expresaba que ésta no constituía una propuesta para que cada Estado armonice su legislación interna, sino la formulación de normas de carácter comunitario<sup>1432</sup>. Sin perjuicio de que finalmente este nunca entró en vigor y fue modificado por otro Protocolo, las normas en cuestión generaron críticas en la doctrina ya que se afirmaba que traerían aparejadas dificultades con el orden constitucional Argentino, el cual no aceptaba la punibilidad de las personas jurídicas<sup>1433</sup>.

En la primer Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR<sup>1434</sup>, con la finalidad de coordinar la cooperación de los órganos nacionales en la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico y el terrorismo, se analizó el significado de dichos conceptos y se firmó un Convenio de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR y Estados Asociados, especialmente en materia de Crimen Organizado Transnacional<sup>1435</sup>, por el que se buscó –mediante doce recomendaciones- optimizar las investigaciones judiciales que permitan modificar el sistema de selección y obtener datos propios regionales que sirvan de elementos objetivos a la hora de fijar políticas de persecución penal regional en materia de crimen complejo. Por su parte, la Reunión Especializada de Autoridades de Aplicación en materia de drogas, prevención de su uso indebido y rehabilitación de drogodependiente del MERCOSUR, en el año 2006 analizó la posibilidad de reducción de la demanda, tráfico ilícito de drogas, fiscalización de sustancias químicas controladas y armonización legislativa<sup>1436</sup>.

En una tentativa más ambiciosa por lograr una armonización de las legislaciones (y en cumplimiento del compromiso asumido en el 2002 en el Acuerdo

<sup>1432</sup> N. Spolansky, *Integración regional y delitos económicos*, en A.A. V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 463 ss.

<sup>1433</sup> Cfr. J. CÉSANO, *La responsabilidad penal de la persona jurídica en los arts. 2 y 4 del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional*, en *Ley, Razón y Justicia*, Alveroni, Neuquén, nro. 8, septiembre de 2003-mayo de 2004, p. 119 ss.

<sup>1434</sup> Se celebró en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, el día 2 de junio de 2006, la I Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR, con la presencia de las Delegaciones de los Estados Partes: República Argentina, República Federativa de Brasil, República del Paraguay y República Oriental del Uruguay; así como de los Estados Asociados: República de Bolivia y República de Chile. Lo interesante de la primer Reunión Especializada, es que se destacaron las implicancias del fenómeno en estudio, que va desde el uso y abuso de sustancias legales hasta la búsqueda de eficacia en la persecución penal en el marco del respeto a los derechos fundamentales, diferenciando tres ópticas de abordaje: prevención, asistencia al adicto y lucha contra el narcotráfico, en ese sentido, la respuesta punitiva resulta un recurso excepcional frente al conflicto.

<sup>1435</sup> <http://www.ministeriopublico.gov.py/sitios/reunion/rempm/1/es/conclusiones/index.php>

<sup>1436</sup> Cfr. M. CUÑARRO, *De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, cit., p. 6.

de Residencia citado anteriormente) en el año 2004, se adoptó un Acuerdo contra el tráfico ilícito de inmigrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR y el acuerdo sobre la misma materia firmado con Bolivia y Chile<sup>1437</sup>. Si bien dicho acuerdo expresa que su propósito es prevenir y combatir el tráfico ilícito de inmigrantes, así como promover la cooperación e intercambio de información entre los Estados Partes, en el artículo 4 establece que los Estados adoptarán las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas que sean necesarias para tipificar penalmente el tráfico ilícito de inmigrantes, el cual se verificará cuando: 1) la creación de un documento de viaje o de identidad falso; 2) la facilitación, suministro o la posesión de tal documento; 3) la habilitación de un migrante para permanecer en el territorio de un Estado Parte sin haber cumplido los requisitos legales exigidos por dicho Estado Parte. Por su parte, también se establece que deberá penalizarse la tentativa, la participación como cómplice o encubridor en la comisión de uno de los ilícitos tipificados en el acuerdo; la organización con otras personas para la comisión de este tipo de delitos y que se considerarán circunstancias agravantes de la responsabilidad penal: a. cuando se emplee violencia, intimidación o engaño en las conductas tipificadas en el presente acuerdo; b. cuando en la comisión del ilícito penal se hubiere abusado de una situación de necesidad de la víctima, se hubiere puesto en peligro su vida, su salud o su integridad personal; c. cuando la víctima sea menor de edad; d. cuando los autores de los hechos actúen prevaliéndose de su condición de autoridad o funcionario público. No obstante, este acuerdo no se encuentra vigente porque Brasil aún no lo ha transpuesto en su legislación nacional, debe tenerse en cuenta que de cobrar vigor sería un verdadero punta pie inicial para iniciar el camino de la armonización.

Ahora bien, a partir del análisis de la normativa del MERCOSUR se observa que a pesar de las dificultades que ha encontrado el proceso de integración en su dimensión económica se han obtenido significativos avances en materia de compromiso democrático, libre circulación, derechos humanos y cooperación penal. El prof. Di Fillipo manifiesta “el MERCOSUR ha conseguido logros significativos (hace referencia a las últimas tres materias), a pesar de la debilidad del marco institucional y la falta de claras indicaciones en los tratados constitutivos...han sido decisivos el efectivo *animus cooperandi* y una marcada identidad de grupo”<sup>1438</sup>. En este orden, se sostiene que ello inclusive, en un futuro, podrá conllevar al crecimiento económico del bloque ya que la consolidación en aspectos que vayan más allá de lo comercial, como el político-jurídico, social y cultural aportará la seguridad jurídica e estabilidad necesarias para la valoración exterior del proyecto de integración<sup>1439</sup>.

---

<sup>1437</sup> Aprobados por la CMC/Dec. N° 37/04.

<sup>1438</sup> M. DI FILLIPO, *Conclusiones generales y reflexiones sobre el fortalecimiento de los procesos de integración regional*, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur*, cit., p. 404.

<sup>1439</sup> Así afirma F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, cit., p. 259 ss.

Entre sus mayores inconvenientes siguen verificándose demoras, prórrogas e inclusive fracasos en la transposición nacional, lo cual es valorado como el debilitamiento de las normas mercosureñas. Ello suele vincularse a la débil y casi inexistente estructura institucional incapaz de controlar y sancionar efectivamente los incumplimientos, a lo que se suma la aprobación de las decisiones por consenso para bloquear decisiones según intereses particulares y el hecho de que la entrada en vigor se condiciona a su incorporación al derecho interno. En este orden se afirma “a pesar de su dinamismo político y económico se encuentra jurídicamente huérfano de instrumentos idóneos para la armonización de las legislaciones; se encuentra carente de una institución dedicada a la interpretación y aplicación de las nuevas reglas, no asegura a los particulares el efectivo derecho de reclamación y recurso frente a la acción u omisión de su Estado, o de terceros, ni tampoco crea un organismo supranacional independiente con competencia reconocida y fuerza coercitiva. En fin, el bloque se maneja con aspiraciones modestas respecto a su estructura orgánica institucional”<sup>1440</sup>.

En materia penal la doctrina en general se muestra a favor de llevar a cabo un proceso de armonización de las legislaciones penales en el marco del MERCOSUR e inclusive se sostiene que en su normativa hay muestras concretas de una progresiva integración penal en el ámbito regional<sup>1441</sup>. Varios autores se inclinan por la necesidad de aproximar las legislaciones, además, en otras materias como los delitos penales económicos<sup>1442</sup> ya que las dificultades que se advierten en la protección

<sup>1440</sup> Cfr. A. PIAGGI, *Relaciones interempresarias en el Mercosur*, La Ley, 1998-e, 1076.

<sup>1441</sup> C. PARMA, *Nuevos Paradigmas en la Dogmática Jurídico-Penal y en el Derecho Penal Internacional*, en Integración Unión Europea y MERCOSUR, dirigido por M. CIURO CALDANI, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Revista ECSA-Argentina*, Nro. 2, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000, p. 183 ss; S. DELUCA, *Delitos e infracciones aduaneras en el CAM*, cit., p. 268 ss. A. SOTO, *La lucha contra la criminalidad en el marco del Mercosur*, cit., p. 383; J. DA ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 87 ss; D. BAIGÚN, *La integración progresiva en el MERCOSUR*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, cit., p. 117 ss.; E BACIGALUPO, *El Derecho y la Integración Económica*, en [http:// www.merco-sur.net](http://www.merco-sur.net); P. MEDRANO, Aportes para la armonización de las legislaciones de los estados partes del "MERCADO COMÚN DEL SUR" en materia penal aduanera, en *Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR*, coordinado por J. DA ROCHA, D. BAIGÚN, Rubinzal, 1999, pp. 49 ss; M. RIQUERT, *Delincuencia informática en Argentina y el MERCOSUR*, EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 215 ss..

<sup>1442</sup> El prof. Baigún afirma que las bases mínimas para un ordenamiento penal tributario en el Mercosur, debería partir de la aceptación de la doble esfera administrativa penal; la constitución de la defraudación tributaria como eje del sistema y la adopción del sistema de la doble imputación respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cfr. D. BAIGÚN, *La defraudación tributaria: eje del sistema penal tributario del MERCOSUR*, en *Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR*, coordinado por J. DA ROCHA, D. BAIGÚN, Rubinzal, Buenos Aires, 1999, p. 11 ss.. Por su parte, el prof. Medrano expresa que, en primer lugar, se debería tomar la decisión primaria sobre el modo de estructurar el marco regulatorio de las conductas que atentan gravemente el tráfico de mercaderías hacia o desde el futuro territorio comunitario, así es que se debería optar por una de estas dos alternativas: la estructuración de un sistema único de infracciones (faltas o contravenciones) sin penas privativas de la libertad, como sería el caso de Paraguay y Uruguay, o bien optar por una doble vía, contemplando además de infracciones, un subsistema de delitos conforme la legislación de Argentina y Brasil cfr. P. MEDRANO, Aportes para la armonización de las legislaciones de los estados partes del "Mercado Común del Sur" en materia penal aduanera, en *Delitos Economicos en la esfera del*

jurídica del mercado se debe a la desarmonía legislativa que crea graves escollos para la aplicación de las regulaciones existentes en el campo de la extradición y de la asistencia judicial internacional, por la ausencia de la llamada doble incriminación en el país requirente y requerido. Para poder solucionar esta cuestión el prof. Spolansky propone el establecimiento de normas jurídicas dirigidas a defender la formación de un mercado competitivo y, subsidiariamente, a penar a los autores de ciertos hechos delictivos<sup>1443</sup>. Por su parte, el prof. Riquert afirma la necesidad de una armonización en el área de los delitos informáticos ya sea desde el punto de vista material como formal, puesto que advierte no sólo diferencias legislativas entre los Estados miembros sino también una total ignorancia de los actores penales sobre la materia en cuestión; inclusive propugna definiciones unificadas de ciertos delitos para enfrentar la creciente internalización de las criminalidad informática<sup>1444</sup>. Según el prof. Da Rocha dicha armonización debe llevarse a cabo en forma progresiva para ir abarcando diversas áreas del derecho penal, es decir, el derecho procesal penal, el derecho de ejecución penal, etc.; así se evitaría que se traduzca en la sola igualación de las regulaciones penales de fondo. Asimismo, se propugna que el proceso de armonización comprenda también a los derechos humanos para que se encuentre asegurado su respeto y sirvan para desarrollar una comunidad jurídica, política, social y cultural, inspirada en el imperativo de solidaridad regional y afianzamiento del estado de derecho<sup>1445</sup>.

No obstante ello se señalan diversos factores que limitan la posibilidad de luchar contra la criminalidad en el MERCOSUR, algunos vinculados con el sistema jurídico-institucional del MERCOSUR y otros con cuestiones ajenas a éste. Entre las primeras se indica: el carácter interestatal de los órganos decisorios que impiden arribar acuerdos sobre ciertas temáticas, la falta de un órgano que realice una interpretación uniforme del derecho mercosureño, el sistema de vigencia simultánea que complica la entrada en vigor de las normas adoptadas, las cuales no se transponen por tiempos prolongados sin su efectivo control y posibilidad de efectiva sanción de los Estados incumplidores<sup>1446</sup>. Además, del análisis de la normativa penal del MERCOSUR para la lucha contra el narcotráfico, se afirma que ha existido una falta total de política criminal para la adopción de las medidas a nivel regional, “se mueven bajo el paradigma de la seguridad nacional como instrumentos del discurso político para incorporar sin discusión toda la legislación expansiva o de emergencia que legitime las estrategias de intervención penal, encaminadas a reprimir todos los

---

MERCOSUR, cit., p.

<sup>1443</sup> Cfr. N. SPOLANSKY, *La defensa jurídica del mercado competitivo*, en *Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR*, cit., p.80 ss..

<sup>1444</sup> Cfr. M. RIQUERT, *Delincuencia informática en Argentina y el MERCOSUR*, cit., p. 216.

<sup>1445</sup> J. DA ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, cit., p. 89 ss; en este mismo sentido C. PARMA, *Nuevos Paradigmas en la Dogmática Jurídico-Penal y en el Derecho Penal Internacional*, p. 183.

<sup>1446</sup> Cfr. M. RIQUERT, *Delincuencia informática en Argentina y el MERCOSUR*, EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 215 ss. S. DELUCA, *Delitos e infracciones aduaneras en el CAM.*, cit., p. 268 ss. A. SOTO, *La lucha contra la criminalidad en el marco del Mercosur*, cit., p. 383; B. FEDER, *La cuestión de la vigencia de las normas del MERCOSUR en sus Estados Partes (incorporación)*, en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, año XII, Nro. XXVI, diciembre de 2007, p. 52.

fenómenos catalogados como disfuncionales. Esta legislación expansiva y de emergencia es la que no permite luchar correctamente contra el fenómeno porque no permite que se estudien y discutan realmente los fenómenos”<sup>1447</sup>.

Por su parte, entre las dificultades vinculadas con cuestiones ajenas al esquema diseñado por el MERCOSUR se señalan diversos impedimentos constitucionales de los países miembros (como la prohibición brasileña de extraditar a sus nacionales<sup>1448</sup>, el impedimento argentino de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, etc.), la heterogeneidad normativa en determinadas áreas penales y procesales penales (en Argentina agravadas porque es una materia de competencia provincial) y la superposición de diversas fuentes sobre los mismos temas entre las mismas Partes (que sumado a la falta de difusión) trae complicaciones en su aplicación por parte de los operadores judiciales<sup>1449</sup>.

---

<sup>1447</sup> Cfr. M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial?*, cit., p. 20.

<sup>1448</sup> Cfr. Artículo 5 de la Constitución brasileña.

<sup>1449</sup> E. TELLECHEA BERGMAN, *Nuevos desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internaiconal en el ámbito del Mercosur y del Derecho Uruguayo*, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración de la Biblioteca Jurídica Online*, 30 de junio de 2008, [www.elDial.com.ar](http://www.elDial.com.ar).

## Conclusiones

La realidad interna del MERCOSUR lo convierte en un espacio propicio para estrechar lazos efectivos de integración entre sus pueblos. La experiencia europea enseña que una de las principales razones que han permitido a la Unión lograr arribar al grado de integración actual se vincula con el hecho de que los Estados que la componen tienen un patrimonio de garantías tendencialmente común, gozan todos de ordenamientos de tipo liberal-democrático y han visto subordinado su ingreso en la Unión al cumplimiento de ciertos requisitos que manifiestan un nivel tendencialmente equivalente de cultura jurídica<sup>1450</sup>. Esta situación se constata con creces en el MERCOSUR donde no sólo existe un patrimonio de garantías comunes y cada miembro ha adherido a los compromisos democráticos (asumidos previamente por los Estados que lo conforman) sino que, además, existe una unidad de idiomática, histórica, religiosa, jurídica, que según algunos ubicaría a este proceso de integración regional, inclusive en una mejor posición que Europa (donde las diferencias lingüísticas, culturales y de sistemas jurídicos muchas veces han dificultado la integración) para conformar una entidad político-territorial común. Recordemos que en el MERCOSUR existen, principalmente, sólo dos idiomas (el español y el portugués) ligados por su origen ibérico y la similitud de una parte importante de su vocabulario. Los países cuentan con una cultura e historia común, la cual se vincula con el legado originario de sus culturas autóctonas, la herencia cultural ibérica con su fuerte carga religiosa judeo-cristiana y la triste experiencia de violencia sufrida de la mano de los periodos de dictaduras. Los sistemas jurídicos se basan en el modelo continental europeo del civil law, las constituciones reconocen, en general, los mismos principios esenciales y la forma de gobierno republicana y presidencialista es la elegida por todos los países que lo conforman.

El prof. Peña hace notar que los procesos de integración –tales como el del MERCOSUR y la Unión Europea– sufren periodos de desencanto. Las altas expectativas que suelen generar en sus momentos fundacionales muchas veces se traducen, posteriormente, en tendencias a la frustración de no fácil superación. La etapa del desencanto es generalmente impulsada por cambios en las realidades como así también por dilemas y la premura en las agendas a corto plazo de los países miembros. Sin embargo, cuando la curva del desencanto se evidencia, no necesariamente conduce al abandono del respectivo proyecto de integración porque siempre que exista la voluntad política de un grupo de naciones de trabajar juntas, el proceso de integración seguirá adelante<sup>1451</sup>.

La situación descripta, muchas veces, ha encontrado su correlato en la realidad de la integración europea. El análisis del acontecer histórico de la Unión ha

---

<sup>1450</sup> A. BERNARDI, trabajo España

<sup>1451</sup> cfr. F. PEÑA, *La curva del desencanto: Factores que suelen conducir a la frustración en los procesos de integración regional*, newletter enero 2014; *Lo que enseñan las experiencias históricas: Qué es lo fácil y qué es lo difícil a la hora de pretender integrar naciones soberanas*, newletter febrero 2014, <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2014-01-frustracion-procesos-integracion-regional>

puesto en evidencia no pocas crisis, periodos de pausa e inclusive fracasos en su propio interior. Sin embargo, ninguno ha logrado frustrar el proceso de aproximación emprendido puesto que el empuje y tenacidad de los países miembros por avanzar “con pasos pequeños pero firmes”<sup>1452</sup>, ha logrado sobreponerse a éstos y desarrollar una Unión cada vez más amplia en cuanto a sus objetivos, contenido y miembros.

Ahora bien, conforme el mismo Peña sostiene, no caben dudas que el proceso de integración económico del MERCOSUR (objetivo principal de su Tratado fundacional) se encuentra atravesando dicha curva de desencanto. A las pretensiones, en sus comienzos, de consolidar un mercado común en sólo cuatro años, por la guía de instituciones estables y sobre la base de un marco normativo armonizado, sobrevinieron prórrogas reiteradas, instituciones transitorias que se convirtieron en permanentes y numerosas faltas de transposición o de real cumplimiento de la normativa del MERCOSUR por parte de los Estados miembros. Ello ha implicado que hoy, después de más de veinte años de su creación, no se haya logrado instaurar aquellas cuatro libertades sobre las cuales se debía apoyar el objetivo del mercado común.

No obstante las dificultades que se advierten en el plano económico, y conforme lo señalan varios autores, en el ámbito político y social (el cual apenas se encontraba nombrado en su Tratado fundacional) el MERCOSUR ha avanzado de manera profunda y determinante. Esta circunstancia ha sido inclusive valorada como positiva, en tanto paso previo y necesario para lograr la profundización de la integración económica<sup>1453</sup>. En este orden, se observa que aquella voluntad política de trabajar juntos, necesaria para llevar adelante el proceso de integración regional, ha encontrado sólidas e importantes manifestaciones en la normativa y el accionar de las instituciones<sup>1454</sup> en materia de protección de los derechos humanos, mantenimiento de la democracia, derechos de los inmigrantes e, inclusive, en el ámbito de la cooperación penal<sup>1455</sup>. En efecto, el mismo TPR ha afirmado que actualmente el MERCOSUR no puede ser caracterizado como un proceso meramente comercial, sino que es un proceso de integración de contenido más amplio con cada vez mayores similitudes a la UE y el CAN<sup>1456</sup>.

Si a ello se adiciona el hecho de que los miembros del MERCOSUR fueron impulsores (y actualmente lo conforman) del UNASUR, proyecto que propone una América del Sur al modelo ideado en la conciencia de nuestros libertadores -como

---

<sup>1452</sup> Como propugnaba Monnet y De Gasperi.

<sup>1453</sup> Se afirma “de cara a las relaciones con el exterior, las inestabilidades e inseguridades jurídicas harán que tarden en llegar los acuerdos (económicos) que verdaderamente impliquen un beneficio para América Latina. Por ello, lo primordial sería la consolidación del bloque latinoamericano por medio de la integración política, social, cultural, científica y tecnológica, y luego su relación con el exterior, como bloque. cfr. F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, cit., p. 259 ss..

<sup>1454</sup> Ya sea mediante el CMC y GMC como de los subgrupos y órganos auxiliares que lo conforman.

<sup>1455</sup> En este ámbito dicha voluntad surge por la cantidad de normas, declaraciones presidenciales y las redes construidas entre los operadores del mundo de la justicia –ya sea del poder ejecutivo como del poder judicial y procuración general; ya sea desde el interior como desde el exterior de los órganos del MERCOSUR- desde poco tiempo después del comienzo de la existencia del Mercosur.

<sup>1456</sup> Cfr. TPR, Laudo 1/07, Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay.

“unidad” geográfica, cultural e histórica y social de los pueblos suramericanos<sup>1457</sup>. claro es que dicha voluntad política de trabajar juntos no solamente existe actualmente sino que, además, estaría buscando profundizar la integración. Es que, conforme afirma el Prof. Caetano, “En este mundo cargado de incertidumbres, en un contexto de rebalance de poder internacional y cada vez más necesitado de multilateralismo y efectiva política de bloques, pocas veces antes el MERCOSUR y la Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR) han encontrado razones más fundadas para apostar a una profundización y consolidación de sus acuerdos estratégicos y de los lazos efectivos de integración<sup>1458</sup>”.

Esta voluntad política de integración, también se manifiesta en el ámbito penal regional. Conforme se advirtiera en el inicio de este trabajo, los países suramericanos, desde hace tiempo, han ido aproximando sus legislaciones, ya sea en función de estudios de derecho comparado, las novedades aportadas por los procesos de reforma de los países vecinos, el impulso de juristas que se tradujeron en Códigos modelos y la firma de diferentes acuerdos internacionales penales que generaron los mismos compromisos de adecuación de los ordenamientos nacionales. En el ámbito del MERCOSUR, especialmente, se observan ricas e interesantes propuestas de cooperación y armonización penal<sup>1459</sup>, las cuales sorprenden por su abundancia<sup>1460</sup>, a poco tiempo de vida de un MERCOSUR signado por el carácter intergubernamental.

Ahora bien, según el Prof. Peña, para que dicha voluntad política se mantenga en el tiempo, debería basarse en el debate transparente y sincero de tres cuestiones esenciales: a) diagnóstico negativo sobre los desafíos que a cada país miembro le plantean los cambios que operan a nivel mundial ya que de la lectura del contexto externo suelen surgir poderosos estímulos para la convergencia de intereses; b) El análisis positivo sobre el alcance de los compromisos que se asumen y de la forma en que éstos potenciarían la capacidad de cada país para satisfacer sus intereses; c) la verificación de una calidad institucional que aporte iniciativas con efectividad (capacidad de penetrar en la realidad), eficacia (capacidad de producir los resultados que les dieron origen) y legitimidad social (capacidad de contemplar, gracias al proceso de producción normativa, intereses sociales de todos los países miembros).

En función de este esquema y habiéndose corroborado la existencia de la voluntad política de integración penal de los países miembros corresponde analizar

<sup>1457</sup> Cfr. Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas afirma que busca la unión suramericana mediante la construcción de una identidad y ciudadanía común como así también a través del desarrollo de un espacio integrado en diversos ámbitos (como el político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura).

<sup>1458</sup> G. Caetano, Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011), en AA. VV., Mercosur 20 años, coordinado por G. Caetano, Montevideo, 2011, p. 21

<sup>1459</sup> Ténganse en cuenta en este sentido, por ejemplo, las Reuniones semestrales entre ministerios públicos, defensores públicos y Cortes supremas del Mercosur lo cual ha sido catalogada como una novedosa forma de involucrar a los operadores del sistema judicial en la discusión sobre la integración, cfr R. ALONSO GARCÍA, *Hacia una Corte Suprema Latinoamericana*, en Progreso sostenible e integración regional en América Latina, coordinado por J. Vidal-Beneyto, Fundación Amela, Valencia, España, 2006, p. 137.

<sup>1460</sup> Por ejemplo el acuerdo de orden de detención europea, el acuerdo sobre represión del tráfico de inmigrantes, etc.



las tres cuestiones apuntadas por el Prof. Peña para así verificar qué posibilidades tiene el proceso de integración penal regional de mantenerse y profundizarse mediante la armonización penal en el tiempo.

En primer lugar, es posible afirmar que, conforme se ha puesto en evidencia en el Capítulo I y VI, el contexto global y sobre todo regional muestra que hoy no es una alternativa viable emprender la lucha contra cierto tipo de criminalidad, de una manera individual y aislada del proceso de integración regional como así tampoco sobre la base de instrumentos de simple cooperación penal.

Ha quedado verificado que ciertas expresiones de la delincuencia actual se han extendido en los diferentes territorios estatales y han sofisticado sus métodos a partir del desarrollo de fenómenos tales como la globalización económica, los avances tecnológicos de los medios de comunicación y transporte como así también de los mismos procesos de integración regional. No sólo en el contexto internacional sino también regional, se ha constatado el fortalecimiento de redes criminales transnacionales y organizadas que ponen en jaque la seguridad nacional de los países miembros y presentan características específicas que eran desconocidas hasta hace algunas décadas.

Tal es el grado de complejidad y poder que adquieren estos fenómenos que surge como una necesidad aunar esfuerzos e impulsar la cooperación entre los distintos Estados, con la finalidad de alcanzar mejores resultados en la persecución penal. Los Estados ya hace tiempo que han advertido que no cuentan con la fuerza ni las herramientas suficientes, por ello es que firman acuerdos multilaterales de mutua asistencia tanto judicial como policial, para así tornar más eficaz la prevención, investigación y sanción de dichos flagelos de la sociedad.

Pero, también se ha constatado que la simple cooperación no ha sido suficiente ya que la simple asistencia entre las autoridades es lenta y no siempre predispuesta, encuentra obstáculos en los múltiples procedimientos burocráticos y la heterogeneidad de los derechos penales de fondo y forma hacen difícil su efectiva aplicación sin con ello vulnerar principios esenciales para los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, según lo indica la prof. Delmas Marty la simple cooperación internacional es ineficaz para enfrentar la creciente internacionalización de la criminalidad y siempre termina por reclamar la armonización, la eficacia de su represión depende de la posibilidad de arribar a definiciones, al menos armonizadas<sup>1461</sup>. Así es que en el ámbito internacional y regional, se utilizan instrumentos de armonización penal, mediante los cuales se promueve la incriminación de conductas de acuerdo a un parámetro común, para así dar una respuesta homogénea a la criminalidad transnacional.

Al mismo tiempo, la armonización se transforma en el camino elegido a nivel internacional y regional para limitar y castigar las violaciones graves a los derechos humanos que se constatan en varios países, donde el mismo Estado muchas veces de vuelve partícipe. La armonización permite proteger sobre la base de

---

<sup>1461</sup> M. DELMAS- MARTY, M PIETH, U SIEBER, *Los caminos de la armonización penal*, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

elementos comunes los derechos humanos limitando el poder penal estatal como así también penar de manera homogénea los delitos de lesa humanidad.

Todo ello indica que el paradigma del monopolio penal estatal ha sido puesto en crisis hace tiempo y que ya no es posible emprender una lucha eficaz contra ciertos fenómenos de manera individual.

En segundo lugar, y siempre siguiendo el esquema del prof. Peña, es posible indicar que la armonización penal se presenta como una herramienta adecuada para los sistemas sancionatorios sino también beneficiosa para el proceso de integración regional.

La armonización penal suele ser bien aceptada por los Estados porque no elimina las diferencias ni la autonomía de los sistemas que expresan las tradiciones y los valores esenciales de cada sociedad. La Prof. Delmas-Marty la define como “(un insieme di) regole nazionali che restano differenti, ma si avvicinano in modo da risultare compatibili”<sup>1462</sup>. En los procesos de armonización los Estados se comprometen a aproximar sus sistemas jurídicos, sobre la base de ciertos elementos comunes que los harán compatibles, mejorando así la asistencia y la mutua confianza entre los Estados miembros. Claramente, es una herramienta más flexible que la unificación, que se ha mostrado muchas veces utópica, inoportuna y presenta el riesgo de conducir a la hegemonía de unos sobre otros.

En el marco de un proceso de integración, el prof. Bernardi hace notar que la armonización penal se vuelve necesaria no sólo para luchar contra la delincuencia que aprovecha la eliminación de los controles fronterizos sino también para consolidar las bases sobre las cuales se inspira. Cuando los sistemas penales se mantienen heterogéneos, corren el riesgo de no poder orientar con eficacia el comportamiento de los ciudadanos ya que las elecciones político criminales realizadas comienzan a mostrarse relativas y opinables por el hecho de no ser similares a las de los otros países con los cuales se afirma compartir valores e intereses comunes. Esta circunstancia atentará contra las funciones de la pena, por ejemplo, porque difícilmente se podrá cumplir con las funciones de prevención general y prevención especial cuando los ciudadanos constaten que en el mismo espacio integrado, la misma conducta no recibe sanción o es sancionada con mayor levedad. Inclusive, podría llevar a que los ciudadanos a tengan como más justa la valoración efectuada por otros países, poniendo en crisis la legalidad (en cuanto garante de la democracia del proceso de producción) y la ultima ratio de la sanción penal<sup>1463</sup>. Desde el punto de vista del mismo proceso de integración, la armonización de los sistemas penales permite proteger eficazmente los bienes jurídicos nacidos a partir del proceso, consagrando la igualdad entre todos los ciudadanos, evitando la

---

<sup>1462</sup> M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, p. 543 ss

<sup>1463</sup> Cfr. entre los múltiples trabajos sobre esta temática, A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* dirigido por T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 197

creación de paraísos criminales como así también que el análisis del costo del delito altere las condiciones del mercado<sup>1464</sup>.

En tercer lugar, en lo que hace al análisis de la calidad institucional del MERCOSUR, se observa que aquí es donde se presentan los problemas principales de este sistema de integración para mantener la voluntad de trabajar juntos en el proceso de integración penal. Del análisis de la normativa penal del MERCOSUR y la aplicación práctica que ésta ha tenido en los Estados nacionales, se advierte que dichos instrumentos no gozan de la debida eficacia, efectividad y legitimidad como para llevar adelante un proceso de armonización penal.

En este orden, se observa que la normativa de cooperación penal y en particular la de armonización penal, en su gran mayoría no es transpuesta por los Estados por largos periodos de tiempo hasta que, muchas veces, termina por perder virtualidad. En el MERCOSUR no hay ningún órgano con poderes suficientes para llevar a cabo el control en la transposición ni sancionar a los Estados incumplidores. Los únicos que tienen poder para exigir y de alguna manera sancionar al incumplidor son los mismos Estados, los cuales no suelen mostrarse ansiosos por a iniciar recursos contra sus pares salvo que sus propios intereses se encuentren en juego.

Por su parte, el proceso decisional es dejado en manos de los representantes del poder ejecutivo de los Estados miembros, sin participación vinculante del órgano que representa a los ciudadanos. Si bien las normas penales deben ser transpuestas en el ámbito nacional, ello no es suficiente para superar el déficit democrático del proceso de formación. Por su parte, al sujetarse las decisiones obligatorias del TPR a la activación del procedimiento de resolución de controversias por parte de los Estados y al no otorgarse valor vinculante a las opiniones consultivas de este órgano, se evidencia el déficit en el control jurisdiccional de las normas mercosureñas. El TPR ha sido privado de la posibilidad de uniformar de manera eficaz la interpretación y aplicación de las normas del MERCOSUR como así también de realizar un control a instancia directa de un particular afectado por las normas del MERCOSUR, lo cual en definitiva se traduce en su falta de poder para otorgar legitimidad “constitucional” a las normas del MERCOSUR.

Asimismo, las propuestas de armonización adoptadas no muestran que exista una política criminal. Por ejemplo en materia de tráfico de drogas, han sido muy criticadas por limitarse a importar el paradigma de la “seguridad nacional”, adoptado a nivel internacional, sin realizar un estudio pormenorizado de las problemáticas que presenta dicho fenómeno criminal en la región. Se advierte que este paradigma no sólo ha sido ineficaz sino que genera la expansión de un derecho penal simbólico en franca tensión con principios y garantías constitucionales de los países que intervienen.

Ahora bien, ¿ello significa que los países que integran el MERCOSUR no podrán mantener el proceso de integración penal y profundizarlo? En verdad, afirma Peña “sin la suma de esos tres factores, resulta difícil que un proceso voluntario de

<sup>1464</sup> J. Da ROCHA, *Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo*, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, cit., p. 103.

integración -en el sentido de trabajo conjunto y sistemático entre naciones soberanas que no aspiran a dejar de serlo- perdure en el tiempo, al menos sin sufrir profundas alteraciones”.

En efecto, la experiencia de Europa nos enseña que los procesos de integración que avanzan en etapas y sin metas últimas preestablecidas, requieren de un sistema jurídico-institucional eficiente, eficaz y con legítimo que lo impulse y le sirva de base legal. Pero si el sistema propuesto resulta, por diversas circunstancias, ineficiente, ineficaz o ilegítimo para los fines que persigue, resulta esencial que los Estados miembros procedan a realizar cambios profundos en el sistema fundacional a fin de permitir que el proceso pueda avanzar.

Cuando la Unión europea fue concebida sus propósitos eran bastante más humildes que los del MERCOSUR; la primer comunidad, principalmente, se proponía evitar una nueva guerra poniendo en manos de una autoridad común la explotación de una zona que había sido históricamente objeto de disputas. Hoy es una comunidad jurídica de amplio alcance que ha llegado muy lejos gracias al constante empuje de los Estados miembros; la progresiva ampliación de los objetivos comunes y del número de Estados que en el curso del tiempo se adhirieron a ese proyecto. La realidad actual de la Unión es el fruto maduro del constante esfuerzo y de múltiples modificaciones al sistema originalmente ideado.

El proceso de armonización penal de la Unión es un claro ejemplo de lo expuesto. Las Comunidades nacen sin ni siquiera mencionar al derecho penal. Cuando se advierten las dificultades que la heterogeneidad de los derechos penales nacionales presentaban para lograr los objetivos propuestos, las instituciones de la Unión (sobre todo la Comisión mediante sus múltiples propuestas normativas y el Tribunal mediante la obra “creativa” de su jurisprudencia) comenzaron a abogar por la introducción del derecho penal en el ámbito regional. Sin embargo, hasta que dicho impulso no fue acompañado por la revisión de los Tratados fundacionales y la introducción de los tres pilares, no fue posible adoptar norma alguna de contenido penal. Cuando el derecho penal “intergubernamental” de la Unión demostró ser ineficaz y poco eficiente, las instituciones volvieron a impulsar una mayor integración penal mediante instrumentos jurídicos que no contaban de una aceptación unánime en cuanto a su legitimidad, sólo las modificaciones aportadas por el Tratado de Lisboa –y el derrumbe del tercer pilar- lograron hacer avanzar a la Unión a un derecho penal supranacional legítimo y más eficaz.

El MERCOSUR fue concebido, en su Tratado fundacional, como un proceso a desarrollarse en etapas, graduales y flexibles, hacia la progresiva integración de América Latina. En efecto, se observa que poco a poco ha ido abarcando ámbitos más amplios, ha incorporado nuevos miembros<sup>1465</sup> y se ha

---

<sup>1465</sup> Téngase en cuenta las recientes incorporaciones de Venezuela como miembro pleno, y Guyana y Surinam como estados asociados, la solicitud de adhesión de Bolivia y la evaluación que supuestamente realizan otros estados asociados sobre la posibilidad de volverse miembros plenos del Mercosur Ecuador evalúa ingresar al MERCOSUR, cf. <http://www.vtv.gob.ve/articulos/2012/12/12/correa-ecuador-valora-seriamente-ingreso-al-MERCOSUR-273.html>; Colombia firma importantes acuerdos con el MERCOSUR <http://historico.elpais.com.co/paisonline/notas/Enero022006/a702n1.html>

embarcado hoy en UNASUR. Sin lugar a dudas, el MERCOSUR ha avanzado de aquel nacimiento huérfano de instituciones, con un ordenamiento jurídico precario y principalmente enfocado a la cuestión económica, realizando cambios institucionales y sistémicos. En este orden, se ha advertido ya que, gradualmente, se ha ido dando mayor participación a los ciudadanos<sup>1466</sup> y diferentes sectores de la comunidad<sup>1467</sup> en el proceso de integración, se ha creado un órgano que podría representar los intereses del MERCOSUR y tendría ciertas aptitudes para convertirse en el “guardián del MERCOSUR”<sup>1468</sup>, se ha instaurado un Parlamento que puede participar del proceso normativo activando un sistema preferencial de transposición nacional y se ha establecido un Tribunal Permanente de Revisión cuya jurisprudencia viene siendo audaz y encaminada a impulsar el proceso de integración.

Todo ello pone en evidencia que ya se ha buscado mejorar la calidad institucional del MERCOSUR y que existe una predisposición de los Estados miembros a incorporar cambios en el ordenamiento mercosureño a fin de avanzar en el proceso de integración regional. Si bien actualmente éstos no han sido suficientes para superar el déficit de eficacia, efectividad y legitimidad de su normativa penal, nada impide suponer que tanto por el impulso de sus propias instituciones como por la voluntad de trabajar en conjunto, a mediano o largo plazo, los países miembros del MERCOSUR realicen los cambios necesarios en su estructura jurídica-institucional a fin de profundizar el proceso de integración en materia penal.

La armonización de las legislaciones penales significaría dar un paso más en el proceso de integración regional y podría tornar más eficaz los mecanismos de cooperación y asistencia ya adoptados<sup>1469</sup>. Además, estaría en un todo de acuerdo con lo expresamente establecido en el Tratado fundacional del MERCOSUR “Este Mercado Común implica: ...El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”<sup>1470</sup>.

Entonces, ¿que modelo de armonización sería el adecuado? El modelo de integración de la Unión europea, conforme ya advirtiera en reiteradas oportunidades en el capítulo VI, ha sido siempre un modelo tenido en cuenta en la construcción del MERCOSUR<sup>1471</sup>, y el estudio de su evolución nos ha realizado aportes en pos de la construcción de un modelo de derecho penal para el MERCOSUR:

---

<sup>1466</sup> Estableciendo el Parlamento europeo elegido por el voto directo de los habitantes del mercosur, el reconocimiento a los particulares de la facultad requerir información sobre el estado de la normativa del Mercosur

<sup>1467</sup> La creación del Foro Consultivo de Municipios y otros y del [Foro Consultivo Económico-Social](#) son iniciativas que persiguen dar participación a los Estados subnacionales, sectores empresariales y sindicales en el proceso de integración

<sup>1468</sup> La creación del Alto representante a tenido por fin comenzar a controlar el cumplimiento de las medidas mercosureñas y en su caso, efectuar reclamos a los incumplidores, desde una perspectiva que persiga el interés general del MERCOSUR.

<sup>1469</sup> Cfr. A. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 208 y s.

<sup>1470</sup> Cfr. Art. 1 Tratado de Asunción.

<sup>1471</sup> Adviertase las múltiples referencias que hacen los autores citados en el capítulo V y también las instituciones del Mercosur a la hora de analizar las cuestiones regionales y las propuestas a llevar a cabo.

1) Pretender una armonización por el reenvío de la normativa emanada de los órganos del MERCOSUR o por el efecto secundario de las normas no tiene sentido y es problemático. Recordemos que cuando se crean las Tres comunidades, a pesar de que los Tratados en ninguna parte hacían alusión al derecho penal, se verifican diferentes formas influencia del derecho comunitario en el derecho penal nacional. Por un lado, ante la necesidad de resguardar ciertos bienes jurídicos vinculados con el proceso de integración, se establecen normas comunitarias que reenviando a las normas nacionales amplían el ámbito de aplicación de estas últimas y provocan no pocos inconvenientes para los diferentes corolarios del principio de legalidad. Por otro lado, a partir del reconocimiento por vía jurisprudencial de ciertos principios del derecho comunitario (principalmente, de efecto directo, de primacía e interpretación conforme) se verifica que el derecho penal nacional se ve muchas veces condicionado en su interpretación, contenido y aplicación por el derecho de la comunidad. Ello causa no pocas tensiones con el principio de legalidad, ultima ratio y proporcionalidad de los ordenamientos penales nacionales.

Por otra parte estas formas de influenciar los derechos nacionales, no implican necesariamente una armonización de las legislaciones ya que las diferencias existentes entre las normas nacionales afectadas se mantienen intactas y, por lo tanto, la protección de los intereses comunitarios no resulta efectiva porque existiendo heterogeneidad en los sistemas penales, los criminales evalúan la gravedad y probabilidad de aplicación de las sanciones para elegir el lugar donde llevar a cabo sus actividades.

En el MERCOSUR, el TPR ha afirmado la primacía de las normas del MERCOSUR respecto a la leyes nacionales y ha establecido la obligación de cooperación de los Estados nacionales con el proceso de integración. Nada impide que en un futuro (y teniendo en cuenta el seguimiento que hace de la jurisprudencia del tribunal europeo) sostenga la obligación de interpretación conforme del derecho nacional al derecho del MERCOSUR, todo lo cual podría implicar que las normas mercosureñas comenzarán a ejercer las mismas formas de condicionamiento que las normas europeas, como así también comenzarán a presentar en este contexto las mismas problemáticas con los principios fundamentales que surgieron en dicha región. Previo a que ello suceda y conforme lo propugnó por años la doctrina penal europea, resulta preferible otorgar a los órganos del MERCOSUR la facultad de establecer obligaciones de incriminación a los Estados y encuadrar dicha facultad en el marco de los principios esenciales de los sistemas penales para que actúen como guía y marco de contención.

2) Para establecer dichas obligaciones de incriminación a los Estados partes, se observa que la técnica de la asimilación no resultó ser en Europea la más adecuada. Recordemos que mediante este técnica se establece la obligación para los Estados miembros de sancionar la vulneración de un bien jurídico comunitario de la misma manera que se sanciona el mismo tipo de bien jurídico estatal. Varias investigación dirigidas por la Comisión demostraron que los Estados miembros no aplicaban las normas para tutelar a las finanzas nacionales a las finanzas

comunitarias, en otros la asimilación se dejaba en manos de la jurisprudencia que debía interpretar textos poco claros y en otros (como el Reino Unido) se observa que surgen áreas donde la asimilación no aparece asegurada. Es que conforme afirmaba la doctrina el modelo de asimilación no resulta adecuado para armonizar penalmente las conductas porque no logra garantizar una protección penal uniforme en todo el territorio comunitario; da vida a la fragmentación y resulta ser tan elástica que termina por atentar contra la eficacia de los sistemas sancionatorios y las funciones de prevención de la pena.

3) El modelo del tercer pilar (es decir la intergubernamentalidad) tampoco asegura la armonización penal. Los instrumentos normativos encuentran dificultades en el periodo de negociación y luego, atento el gran número de miembros, el requisito de la unanimidad presenta conflictos para su adopción. Se verificaba además un importante déficit democrático en el proceso decisonal por la marginalización del Parlamento europeo. Se verifican reiteradas faltas de transposición o correcta transposición en los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual no puede ser mitigado por los poderes del control de la Comisión y el Tribunal ya que eran limitados y no existía posibilidad de sanción. Asimismo se ante la ausencia de principios y derechos fundamentales que sirvieran de guía se observa que las normas de la armonización penal que se adoptan tienden a dar prioridad a la derecho penal de la seguridad y eficacia, menoscabando su función de asegurador de las garantías del imputado sometido a un proceso penal.

4) En definitiva el modelo de armonización diseñado por el Tratado de Lisboa es, a mi entender, aquel que aporta mayores elementos de interés a fin de proyectar un sistema de integración penal regional. Si bien todavía es muy temprano para evaluar su eficacia y efectividad, no caben dudas que ha logrado dar legitimidad “constitucional” a los instrumentos normativos de la Unión. Al otorgarse intervención relevante al Parlamento europeo y los parlamentos nacionales en el proceso normativo de la Unión, se ha superado en gran medida el déficit democrático que acusaba el tercer pilar. Al otorgar poder de control a la Comisión y poder jurisdiccional pleno al Tribunal de Justicia, se asegura el cumplimiento de la normativa penal europea ya que se entiende la amenaza de la sanción ejercerá una presión más fuerte sobre los Estados miembros a fin de que cumplan con las obligaciones impuestas por la Unión. Asimismo, un alto grado de legitimidad alcanza hoy su legislación penal, por encontrarse inserte en un proceso de constitucionalización, donde el Tribunal de Justicia de la Unión cuenta con poder de control, utilizando como parámetros los principios y derechos fundamentales reconocidos por instrumentos expresamente declarados supranacionales (como es el caso de los derechos y principios fundamentales establecidos en la Carta europea y el Tratado). Asimismo, adquieren relevancia en este proceso de constitucionalización el CEDH y los principios que surgen de las tradiciones constitucionales, los cuales cuentan con aptitud para presentarse como formas externas de control, formando un sistema multinivel de protección.

Ahora bien, habiendo individualizado el modelo a seguir y teniendo en cuenta las principales problemáticas que se presentan en el sistema jurídico del MERCOSUR corresponde señalar cuales serían a mi entender los pasos a seguir para llevar a cabo un proceso de armonización penal.

En primer lugar, sería conveniente que previo otorgar poder para adoptar normas de armonización penal a los órganos del MERCOSUR, se proceda a dar legitimidad democrática al proceso de formación de la normativa de MERCOSUR. Ello hace al pleno respeto del principio de legalidad el cual se encuentra en el seno de nuestros ordenamientos jurídicos nacionales, en nuestros compromisos internacionales y en el compromiso democrático asumido en el marco del MERCOSUR. Si bien no parecería por ahora necesario modificar el sistema de votación, creo que si resulta imprescindible darle poder vinculante al Parlamento del MERCOSUR, mantener el poder actual de los Parlamentos en la elección de las formas de transposición y dar efectivo poder de control sobre la proporcionalidad y legitimidad de las medidas adoptadas a Tribunales internos y externos del MERCOSUR.

El sistema de votación por consenso del MERCOSUR ya es una flexibilización de la votación por unanimidad. Teniendo en cuenta que ésta presenta dificultades cuando el número países es grande y sus diferencias culturales y jurídicas también, es posible suponer que ello no es ni será por ahora un problema en el seno de una organización de sólo cinco países con derecho a voto y que cuentan con la ya referida identidad jurídica, cultural y social. Un sistema con cierta flexibilidad ya existe respecto a aquellos países asociados que pretendan formar parte de la integración a una diferente velocidad, dado que su estatus de asociados les permite adherirse cuando ellos lo pretendan y por un acuerdo particular. Asimismo, la normativa del MERCOSUR, debería contener un plazo estricto para su transposición y debería ser adoptada bajo el estricto control de su efectiva transposición en los ordenamientos nacionales, de un órgano independiente e interesado en salvaguardar los intereses del proceso de integración, con facultades para iniciar un proceso de infracción al Estado mercosureño incumplidor que luego derive en una efectiva sanción.

Para asegurar la democraticidad del procedimiento, la participación vinculante del Parlamento del MERCOSUR, debería traducirse en otorgarle la facultad de veto y enmienda en el proceso de formación de la norma penal. Pero, a diferencia del sistema europeo, debería otorgarse a éste la facultad de presentar directamente sus propios proyectos normativos según las necesidades que constate en su actuación.

Teniendo en cuenta, las críticas que ha generado la participación de los parlamentos nacionales en la etapa inicial del proceso normativa de la Unión y temiendo que esto pueda ocasionar aumento de procedimientos burocráticos y lentitud en la toma de decisiones, considero que por ahora, siendo que los Parlamentarios del MERCOSUR son elegidos por el voto popular, sería suficiente con reservar a los Parlamentos nacionales el poder de elegir las forma e instrumentos



que mejor se adecuan a la realidad nacional para llevar a cabo la transposición de las normas del MERCOSUR.

El pleno respeto del principio de legalidad, se encontraría asegurado por la participación de los Tribunales del MERCOSUR en el control “constitucional” (es decir, de acuerdo a los principios y derechos fundamentales) de la normativa del MERCOSUR. Dicho control debería realizarse, conforme lo indica la doctrina europea, teniendo en cuenta que a nivel supranacional los principios esenciales del derecho penal no pueden ser entendidos de acuerdo los parámetros nacionales que le dieron nacimiento en un contexto y para situaciones diversas a la que ahora surgen del plano internacional. Coincido con la afirmación de que ratio garantista sobre la cual se apoya el principio de reserva de ley inserta en un “*clima costituzionale*” y en la progresiva democratización del procedimiento legislativo, ofrece garantías equivalentes a las que confiere el principio de reserva de ley estatal.

Para asegurar el control jurisdiccional de la normativa del MERCOSUR debería también facultarse a los ciudadanos que se sientan afectados por la falta de transposición o incorrecto cumplimiento de lo normativa del MERCOSUR a activar el proceso de revisión. Asimismo, correspondería que se intensifique el canal de dialogo entre los Tribunales nacional y el TRP del MERCOSUR y que se otorgue poder de establecer criterios uniformes a éste último dando efecto vinculante a las opiniones consultivas que emita.

Para que la normativa de armonización penal se desarrolle en un marco de contención común de principios y derechos fundamentales es necesario que estos no sólo sean recabados las Cartas constitucionales y de la normativa de MERCOSUR sino también de la CADH. Creo que sería saludable que el MERCOSUR se incorpore a la Convención como parte ya que ello no sólo le brindarían un marco “constitucional” adecuado para valorar el derecho mercosureño sino que también lo sujetaría al control externo de la CIDH. No resulta necesario adoptar una Carta del MERCOSUR sobre derechos humanos, ya que de esta forma se evitarían los potenciales conflictos que pudiera aparejar una eventual dualidad jurisdiccional y un doble standard en lo tocante a la interpretación y la aplicación en materia de derechos humanos por parte del Tribunal del MERCOSUR y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si el MERCOSUR se adhiriera al CADH, el TPR actuaría como una especie de Tribunal de primera instancia en cuanto al control constitucional de la normativa del MERCOSUR, y la CIDH como un segunda instancia, cuando los planteos se vinculen con la vulneración de derechos fundamentales.

Ello en definitiva permitiría crear un sistema multinivel de tutela, una especie de ordenamiento interconstitucional, similar al Europeo, en el ámbito del cual se realizaría un continuo intercambio, apto para perfeccionar el desarrollo de los principios generales y de los derechos fundamentales. Mejorando el control jurisdiccional de la normativa del MERCOSUR y guiando el proceso de armonización en el marco de los derechos y principios fundamentales de las Cartas constitucionales e internacionales se corren menos de riesgos de aumentar la crisis

existente en los sistemas penales actuales (incapaces de prevenir, contener, resocializar y sancionar eficazmente a la clásica y nueva delincuencia) como así

también prevenir la expansión de los ámbitos penales abarcados por sistemas punitivos de carácter meramente simbólico.

A esto último serviría, principalmente, que la integración penal en el ámbito mercosureño sea planificada cuidadosamente y para ser desarrollada de acuerdo a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio proclamados en el Tratado fundacional. El MERCOSUR no debería adoptar normas de armonización aisladas e impulsadas por situaciones de presión eventuales, sino que debería desarrollarse en el marco de una verdadera política criminal entendida como aquella política del estado encargada de organizar los instrumentos de coerción penal tanto en lo que refiere al fenómeno criminal como a su respuesta.

Por un lado, se debería organizar los sectores del derecho penal que serán armonizados, es decir, la parte especial, parte general del derecho sustancial, del derecho procesal penal, el derecho de ejecución penal y por otro lado, se debería determinar las áreas criminales que requieren de una armonización penal, es decir, delitos clásicos, delitos económicos, delincuencia organizada, etc.

En el análisis de los sectores deberá tenerse en cuenta la conexión estrecha que tienen entre ellos y las repercusiones que la aplicación práctica de la normativa armonizadora tendrá en cada diferentes sectores de la legislación penal. Es decir, difícil será, conforme enseña la normativa europea, armonizar la definición de delitos y sanciones si no se establece algún tipo de normativa común relativa a la tentativa, participación o responsabilidad de las personas jurídicas, etc. Difícil será armonizar sobre sanciones sino se cuanta con parámetros comunes en el ámbito de la ejecución penal.

Por su parte, en el análisis de las áreas criminales a armonizar resultará esencial que previamente se realice un estudio pormenorizado de las principales problemáticas que los fenómenos criminales presentan para su efectiva prevención, investigación y sanción penal por las repercusiones internacionales de las conductas delictivas. En este sentido, la experiencia europea nos enseña que las áreas afectadas por las medidas de armonización penal suelen ser: en primer lugar los intereses económicos de la unión, en segundo lugar los delitos transnacionales y en tercer lugar, los delitos comunes. Sin embargo, nada indica que en el marco de este proceso de integración regional, donde la integración económica se ha encontrado por detrás de la integración política y social, se verifique que las áreas temáticas necesitadas de armonización penal son otras o tengan diversa prioridad.

En definitiva, solo mediante el estudio comparado de los derechos penales de los países miembros del MERCOSUR , identificando los puntos comunes y divergentes que existe entre dos derechos o sistemas, como así también de la problemática práctica que presenta cada derecho penal nacional desde la perspectiva transnacional será posible, a mi criterio, identificar los ámbitos donde corresponde comenzar a armonizar. En este orden, además de la labor de los jurista, resulta oportuno y saludable que ello se conecte con las propuesta que se efectúan en las

reuniones semestrales de los representantes del sistema judicial de los diferentes países miembros, ya que ello son y serán los encargados de la aplicación práctica de la normativa a armonizar conocen diariamente de los problemas que esta presenta para alcanzar efectividad. En este orden, los datos objetivos y ciertos de nuestras realidades permitirán tomar decisiones políticas adecuadas y también discutir si no resulta más conveniente adoptar políticas públicas alternativas a la represión o penalización.

De esta forma, creo que tomando como referencia los modelos que nos aportan las realidades externas a nuestro ámbito regional y sobre la base de profundo estudio de la realidad interna que se nos presenta a nivel teórico y práctico, será posible construir proceso de armonización penal necesario para el MERCOSUREÑO. De esta manera se evitará caer en nuestra práctica habitual de hacer artificiales extrapolaciones de sistemas que no se adecuan a nuestra particular idiosincrasia jurídica y será posible dotar al MERCOSUR de un sistema penal armónico, legítimo, eficiente y eficaz, el cual será desarrollado en un marco “constitucional” que le servira de guía y contención.



## Bibliografia

- A. BALDASSARRE, La Carta europea dei diritti, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 dirigitto por F. Politi e G. Scaccia, en <http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europea+dei+diritti>
- A. BARBERA, La Carta europea de diritti: una fonte di ri-cognizione?, en Dir. Un. Eur., 2001.
- A. BERNARDI, Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio, en AA. VV., Ai confini del favor rei, dirigitto por R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Verones, Giappichelli, Torino, 2005.
- A. BERNARDI, Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo, en Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario – 2001.
- A. BERNARDI, El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Notas de un penalista, en curso de publicación en Argentina.
- A. BERNARDI, Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea, Dir. Pen. Proc., 1/2004.
- A. BERNARDI, I tre volti del “diritto penale comunitario”, en Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea, dirigitto por L. Picotti, Milano, 1999.
- A. BERNARDI, Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati, en Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2007.
- A. BERNARDI, Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione Europea Brevi osservazioni di un penalista, en Rivista penale contemporaneo, 3/2013.
- A. BERNARDI, L’Europeizzazione del diritto e della scienza penale, Giappichelli, 2004, Torino.
- A. BERNARDI, La aproximación constitucional al derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, en Revista Penal, 2010.
- A. BERNARDI, La Competenza Penale Europea Secondo la House of Lords, en Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia, 2007.
- A. BERNARDI, La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare, Annali dell’Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV, Ferrara, 1996.
- A. BERNARDI, La tutela penale dell’ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie, en Annali dell’Università di Ferrara- Scienze giuridiche - Saggi IV, Ferrara, 1997.
- A. BERNARDI, Le Qualità della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee, en L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del trattato di Lisbona G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.

- A. BERNARDI, Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale, en L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia dirigido por T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007.
- A. BERNARDI, Principi di diritto e diritto penale europeo, en Annali dell'Università di Ferrara – Science giuridiche, vol. II, 1998.
- A. BERNARDI, Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare, en Ambiente e Sviluppo, 1998, n. 9.
- A. BERNARDI, Soft law e diritto penale: Antinomie, convergenze, intersezioni, en Soft law e hard law nelle società postmoderne, dirigido por A. Somma, Giappichelli, Torino, 2009.
- A. BERNARDI, Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei, en Riv. Trim. Dir. Pen Econ, 2002.
- A. BOGGIANO, El derecho internacional y los tratado en la Constitución argentina, La Ley, miércoles 20 de marzo de 2013.
- A. CALAMIA, V. VIGIAK, Manuale breve diritto dell'unione europea, Giuffrè, Milano, 2010.
- A. CRAWLEY, Mercosur: En busca de una nueva agenda, Informe del Relator, BID, Intal-ITD, Buenos Aires, 2004.
- A. DREYZIN DE KLOR, A. PEROTTI, El rol de los Tribunales nacionales de los Estados del Mercosur, Córdoba, 2009.
- A. GIL DOMÍNGUEZ, El Estado Constitucional y convencional del derecho, los Informes de la Comisión Interamericana y el art. 72 inc. 22 de la Constitución Argentina, La Ley, Miercoles 11 de septiembre de 2013.
- A. GIL GIL, Las aportaciones del Tribunal Europeo De Derechos Humanos al derecho penal internacional. coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, dirigido por Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlin, 2010.
- A. GUZMAN, The Design of International Agreements, en The European Journal of International Law, Vol 16 no. EJIL2005.
- A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?, CELS Working Paper, New Series, No.1, Septiembre de 2012.
- A. HUET, R. KOERING-JOULIN, Droit pénal international, PUF, Paris, 2005.
- A. KLIP, European Criminal Law, Intersentia, Cambridge, 2012.
- A. KLIP, H. VAN DER WILT, Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, Amsterdam
- A. LANDONI SOSA, La solución de conflictos en el Mercosur, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año XXXIV, N° 54, marzo-junio 1994, Argentina.
- A. LOIODICE, La Carta di Nizza quale parametro assiologico, en I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti, dirigido por G. F. Ferrari, Milán, 2001.

- A. M. DE LAS CARRERAS, El desarrollo de la Comunidad internacional como introducción al Estudio del Derecho internacional público, en Revista Prudentia Iuris, nro. 41, Argentina.
- A. MANGAS MARTÍN, Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada, Revista Jurídica de Buenos Aires, 4, Argentina, 1996.
- A. MARTÍNEZ PUÑAL, En torno a las normas del MERCOSUR: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultánea) y dificultades constitucionales , AA.VV., Mercosur y Unión Europea, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, Argentina, 2007.
- A. MAUGERI, I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, en Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2008.
- A. MAUGERI, Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, en La lotta contro la frode agli interessi finanziari della comunità europea tra prevenzione e repressione, dirigido por GRASSO, Milano, 2000.
- A. NIETO MARTÍN, El Derecho penal europeo a la espera de una constitución, en El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, dirigido por L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, Cuenca Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007.
- A. PEROTTI, El Código Aduanero del MERCOSUR está por encima del Nacional, Diario el Observador, Entrevista en sección Marítimas, lunes 25/10/10, Montevideo, Uruguay, en <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/4643/1/Clipping%20de%20>
- A. PEROTTI, Habilidad constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004.
- A. PIAGGI, Relaciones interempresarias en el Mercosur, La Ley, 1998-E, Buenos Aires, 1998.
- A. RANDAZZO, I contro limiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente, en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- A. RUGGERI, La forza della Carta europea dei diritti, en Riv. dir. pubbl.comp. europ., 2001.
- A. SOTO, F. GONZALEZ, Manual de Derecho de la Integración, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- A. SOTO, La lucha contra la criminalidad en el marco del Mercosur, en Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur dirigido por M. DI FILLIPO, Giappichelli, Torino, 2012.
- A. STONE STWEET, A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe, en Journal of Global Constitutionalism, 2012.

- A. TOMASELLO, Incorporación de Tratados Internacionales a la Constitución Nacional. Sus efectos, en Revista del CPACF n° 22 de febrero de 2003, La Ley, 2003.
- A. WEYEMBERGH, The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union, HeinOnline ,12 Maastricht J. Eur. Comp. L., 2005.
- AA.VV., Los caminos de la armonización penal, dirigido por M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- B. DE WITTE, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, en The Evolution of EU Law, dirigido por P. CRAIG, G. DE BÚRCA, Oxford, 2011.
- B. FEDER, La cuestión de la vigencia de las normas del MERCOSUR en sus Estados Partes incorporación, en Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, año XII, Nro. XXVI, diciembre de 2007.
- B. GARRÉ COPELLO, Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur, en Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 1995.
- B. GOY, Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court, en International Criminal Law Review, 12, 2012.
- B. PERISIC, Britian and Europe: a history of difficult relations, en Istitute for Cultural Diplomacy, Berlín, 2010 (<http://www.culturaldiplomacy.org/pdf/case-studies/cs-bojana-perisic.pdf>).
- C. ALFONSO, La obligatoriedad de las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América Del Sur, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, dirigido por Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlin, 2010.
- C. APTEL, The International Criminal Tribunal for Rwanda, en International Review of the Red Cross, Vol. 37, 1997.
- C. BORTASSI, Lesa humanidad, responsabilidad del Estado y prescripción, La Ley, Buenos Aires, martes 23 de abril de 2013.
- C. GRAMMER, El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional. El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina, en Temas Actuales del Derecho Penal Internacional dirigido por K. Ambos, E. Malarino, J. Wojschnik, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2005.
- C. GRANDI, Riserva di Legge e Legalità penale europea, Giruffrè, Milano, 2010.
- C. HAGUENAU, L'application effective du droit communautaire en droit interne, Bruxelles, 1995.
- C. HAGUENAU, Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire, en Rev. Marché commun Un. eur., 1993.
- C. LOMBOIS, Droit pénal international, Dalloz, París, 1978.
- C. LÓPEZ, Restricciones no arancelarias en el Mercosur, en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/02452a03.pdf>



- C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Hacia la internacionalización del Derecho penal, en Derecho penal de la democracia vs. Seguridad Pública, dirigido por V. GÓMEZ DE LA TORRE, N. SANZ MULAS, Comare, Granada, 2005.
- C. PARMA, Nuevos Paradigmas en la Dogmática Jurídico-Penal y en el Derecho Penal Internacional, en Integración Unión Europea y MERCOSUR, dirigido por M. CIURO CALDANI, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Revista ECSA-Argentina, Nro. 2, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000.
- C. PIZZOLO, Derecho de integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, Sica, Union Europea, Ediar, Buenos Aires, , 2010.
- C. RIZZA, La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norma comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia, en La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione, dirigido por G. GRASSO, Milán, 2000.
- C. RYNGAERT, State Cooperation with the International Criminal Tribunal for Rwanda, en International Criminal Law Review, 2013, 13.
- C. SOTIS, Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea, Cass. Pen.,3, 2010.
- C. SOTIS, Le novità in tema di diritto penale europeo, en M. D'Amico, P. Bilancia, La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, Milano, Giuffrè, 2009.
- C. SOTIS, Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?, en Riv. it. dir. proc. pen., 2002.
- D. ARROYO, Narcotráfico: Un conflicto social en América Latina, en [http://www.liberal.cat/portada/narcotrafico-un-conflicto-social-en-america-latina/#\\_ftn1](http://www.liberal.cat/portada/narcotrafico-un-conflicto-social-en-america-latina/#_ftn1)
- D. BAIGÚN, La defraudación tributaria: eje del sistema penal tributario del MERCOSUR, en Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR, coordinado por J. DA ROCHA, D. BAIGÚN, Rubinzal, Buenos Aires, 1999.
- D. BAIGÚN, La integración progresiva en el MERCOSUR, en Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- D. BEWLEY-TAYLOR, Hacia una revisión de las convenciones de drogas de la Onu, La lógica y los dilemas de los grupos afines, <http://www.undrugcontrol.info/es/publicaciones/serie-reforma-legislativa/item/3261-hacia-una-revision-de-las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>
- D. BIGO, Polices en réseaux, l'expérience européenne, Paris, Presse de Sciences Po, 1996.
- D. CARO CORIA, La garantía del tribunal imparcial en el derecho internacional de los derechos humanos. análisis desde el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, dirigido por Grupo Latinoamericano de

- Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlin, 2010.
- D. CHALMERS, The court of justice and the third pillar, Editorial, en *European Law Review*, 30 (6), 2005.
- D. ERBETTA, Introducción, en *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- D. O'DONNELL, Derecho Internacional de los derechos humanos, Oficina regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago, Chile, 2007.
- D. O'KEEFE, Recasting the Third Pillar, *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995.
- D. SARMIENTO, Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, vol. 10, 2005.
- D. THYM, The Schengen Law: A challenge for Legal Accountability in the European Union, en *European Law Journal*, vol. 8, n. 2, 2002.
- D. VENTURA, Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005.
- E. ANDOLINA, Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa, en *dir. pen. proc.*, 2012.
- E. BACIGALUPO, El Derecho y la Integración Económica, en [http:// www.mercosur.net](http://www.mercosur.net)
- E. BACIGALUPO, La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune, en *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, dirigido por G. GRASSO, Giuffré, Milano, 2000.
- E. BACIGALUPO, Principios constitucionales del derecho penal, Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- E. BAKER, C. HARDING, From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the third pillar, en *European Law Review*, 34.
- E. BARREIRA, Código Aduanero del MERCOSUR: dificultades hacia la norma marco, en *Aduana News periódico aduanero, transporte y comercio exterior*, 9 de septiembre de 2010, en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=2571&IdSeccion=2>
- E. BIASCO, Federalismo y Mercosur, adaptación de las Constituciones del Mercosur, en *Derecho Administrativo, Homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- E. CASTORINA, Riflessioni sul processo costituente europeo, Giappichelli, Torino, 2010.
- E. DENZA, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, Oxford, OUP, 2002.

- E. FRONZA, E. MALARINO, El efecto armonizador del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en Los caminos de la armonización penal, dirigido por M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- E. HOBSBAWM, Amercia Latina: ¿Integración o fragmentación?, Edhasa, Buenos Aires, 2008.
- E. IBARLUCÍA, ¿Existe una constitución “convencionalizada”?, La Ley, Jueves 22 de agosto de 2013.
- E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, F. PAOLILLO, Control de legalidad de los ctos comunitarios. Interpretación unitaria del derecho de la integración, en Derecho de la integración, Revista jurídica latinoamericana, Instituto para la integración de América Latina, BID, nro. 1, Buenos Aires, 1967.
- E. MALARINO, Activismo judicial, punitivización y nacionalización.tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung., Berlin, 2011.
- E. MALARINO, Informe sobre la Argentina, en Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España, dirigido por K. AMBOS, E MALARINO, Montevideo, 2003
- E. MENDOZA BREMAUNTZ, Globalizacion, Intercionalización Del Delito Y Seguridad, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1628/16.pdf>;
- E. SPAVENTA, Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino, en European Constitutional Law Review, 3, 2007.
- E. SYMEONIDOU, Defining Terrorism, European Journal of Crime, en Criminal Law and Criminal Justice, vol 12, 2004
- E. TELLECHEA BERGMAN, Nuevos desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internaiconal en el ámbito del Mercosur y del Derecho Uruguayo, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración de la Biblioteca Jurídica Online,30 de junio de 2008, [www.elDial.com.ar](http://www.elDial.com.ar).
- E. WASHINGTON, The Nuremberg Trials: The Death of the Rule of Law, en Loyola Law Review, Vol. 49, 2003.
- F. CALDERONI, La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze internazionali e nazionali, contro la criminalità organizzata in Europa, en Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali, dirigido por A. NICOLA, Francoangeli, Milano, 2011.
- F. FIJMAUT, The Communitarization of Police Cooperation in Western Europe, en Free Movement of Persons in Europe, Legal Problems and Experiences, dirigido por H SCHERMERS, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, Boston, London,1993.
- F. HERRERA, America Latina Integrada, Losada, Buenos Aires, 1967.
- F. MANTOVANI, Diritto penale, Cedam, Padova, 2001.
- F. MOLINA DEL POZO, Manual de derecho de la Comunidad Europea, Trivium S.A., Madrid, 1997.
- F. PALAZZO, A. BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze, en Riv. intern. dir. uomo, 1988.

- F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di Diritto penal comparato*, Giappichelli, Torino, 2005.
- F. PEÑA, *La curva del desencanto: Factores que suelen conducir a la frustración en los procesos de integración regional*, newletter enero 2014, <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&neagno=informes/2014-01-frustracion-procesos-integracion-regional>.
- F. PIZZETTI, *Trattato «costituzionale» europeo e ordinamenti costituzionali nazionali: profili di un rapporto circolare di continua e reciproca «relazione-integrazione»*, [http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti\\_05-1.pdf](http://air.unimi.it/bitstream/2434/11703/2/Pizzetti_05-1.pdf).
- F. QUISPE-REMÓN, *Problemas y perspectivas de procesos de integración en América Latina*, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010.
- F. RINALDI, *I rapporti tra ordinamento interno e CEDU*, <http://www.filodiritto.com/i-rapporti-tra-ordinamento-interno-e-cedu/#.Ukc1ToY2XCo>
- F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, en *Dig disc. pen. IV*, 1990.
- F. SUDRE, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, en *JCP* 1998, 1, 100.
- F. TULKENS, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, G. DE KERCHOVE, A WEYEMBERGH, Bruselas, Editions de l'université de Bruxelles, 2001.
- F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea di diritti dell'Uomo*, en *Riv. it. Dir. proc. Pen.*, 2007.
- F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.
- F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. Dir. Pen. Proc.*, nro. 11/2005.
- F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Dir. pen. proc.*, 2005
- F. TUYTSCHAEVER, *Differentiation in European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999
- G. ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, en *Riv. intern. dir. uomo*, 1991.
- G. ALLER, *Reseña histórica de la ley penal uruguaya*, en <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/ley-penal-uruguaya.pdf>.
- G. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 2010.
- G. BADENI, *Convención Americana sobre Derechos Humanos y Corte Suprema de Justicia*, *La Ley*, 2/9/2009, Buenos Aires, 2009.

- G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, 1998.
- G. CAETANO, *Breve historia del MERCOSUR en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, en AA. VV., *Mercosur 20 años*, coordinado por G. CAETANO, Montevideo, 2011.
- G. CHILLIER, L. FREEMAN, *El Nuevo Concepto de Seguridad Hemisférica de la OEA: Una Amenaza en Potencia*, donde se hace notar la influencia de Estados Unidos en las políticas antidrogas y antiterrorismo en Latinoamérica, [http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001\\_g.pdf](http://fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/00106-001_g.pdf).
- G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, en *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, fasc 4.
- G. DANNECKER, *Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas*, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado de Madrid, Madrid, 1995.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2009.
- G. GRASSO *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 3/1992.
- G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989.
- G. GRASSO, *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, *Archivio Penale*, 1/2-98.
- G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011.
- G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, en *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, dirigido por G. GRASSO L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.
- G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006.
- G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, en *Prospettive di un diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 1998.
- G. GRASSO, *L'armonizzazione e il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 3.
- G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995.
- G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, en *Rivista trim dir pen ec*, 1994.
- G. GRASSO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 3/1992.
- G. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, en *Riv Trim Dir Pen. Econ.*, 1993.

- G. GRASSO, Tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee, en Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 1989.
- G. GRASSO, Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1982, fasc 2.
- G. ITZCOVICH, Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti, en Dir. pubbl. comp. eur., 2009.
- G. JELLINEK, Teoría General del Estado, Albatros, Buenos Aires, 1978.
- G. LABARGA, La estructura y organización supranacional de Iberoamérica, Actualizado 1 agosto 2012, <http://www.eldiarioexterior.com/la-estructura-y-organizacion-supranacional-41175.htm>
- G. MONCAYO, Mercosur. Orden normativo y realidad, en Liber Amicorum "In Memoriam of Judge José María Ruda, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000.
- G. SOULIER, Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale, RSC, 1302/1998, p.238 ss.
- G. TESAURO, Diritto dell'Unione Europea, Cedam, Padova, 2010.
- G. TESAURO, La sanction des infractions au droit communautaire, en Riv. Dir. Eur, 1992.
- G. TOSATO, Per un rilancio dell'Europa-le ragioni della flessibilità, en Studi sull'integrazione europea, 2007, I.
- G. VALDÉS, Obstáculos políticos a la integración latinoamericana, en Revista de la Integración, Instituto de la Integración, nro. 17, 1974.
- G. VERMEULEN, A European Judicial Network linked to Europol? In Search of a Model for Structuring Trans-National Criminal Investigations in the EU, Maastricht J. Eur. & Comp. L., vol 4, 1997.
- H. LINDAHL, Finding a place for Freedom, Security and Justice. The European Union's Claim to Territorial Unity", European Law Review, vol. 29, 2004.
- H. ALBRECHT, J. SIMON; U. SIEBER, Reformas del Derecho Penal en México: Sistemas penales e Integración desde una Perspectiva Comparada, en Hacia la unificación del derecho Penal. Logros y Desafíos de la Armonización y Homologación Legislativa en México y en el Mundo, Max-Planck-institut für ausländisches und internationales strafrechtl e Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.
- H. FIENBERG, Strictly political considerations were paramount in the decision of the Conservative Government of 1961 to seek British entry into the EC, 3/3/1994 (<http://www.hfienberg.com/ec/britapplywhy.html>).
- H. FRÜHLING, La prevención del crimen. Notas sobre la justicia penal y la reducción de oportunidades para la delincuencia, Reunión sobre el desafío de la violencia criminal urbana, Río de Janeiro, marzo de 1997.
- H. HIJMANS, Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les Etats membres (Avis préalable en vue de la réunion de l'Association néerlandaise pour le droit européen (NVER), prévue le 24

- novembre 2006), en [https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07\\_preadvies\\_NVER\\_FR.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf)
- H. JESCHECK, L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione, en Riv. it. dir. proc. pen., 1971.
- H. JESCHECK, Possibilità e limiti di un diritto penale per la pretesione dell'Unione europea, en Indice pen., 1998.
- H. KELLER, A. SWEET, A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems, Oxford University Press, 2008.
- H. LABAYLE, "Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice", en Revue trimestrielle du droit européen, vol. 42, 2006.
- H. LABAYLE, L'ouverture de la jarred de Pandore, reflexions sur la competence de la Communauté en matière pénale, en Cah. Dr. eur., 2006.
- H. LABAYLE, La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale, en Rev. trim. dr. eur., 1997.
- H. LABAYLE, La lutte anti-fraude et le troisième pilier, en La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione.
- H. MASNATTA, Tratados internacionales de integración económica, en Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Bs. As., 2000.
- H. NILSSON, Decision Making in EU Justice and Home Affairs: Current Shortcomings and Reform Possibilities, en Sussex European Institute Working Paper Nro. 57, November 2002.
- H. NILSSON, Eurojust: The Beginning or the End of the European Public Prosecutor?, Europarättslig Tidskrift, vol. 3, nro. 4, 2000.
- H. SEVENSTER, Criminal Law and EC Law, en Common Market law Review, 1992.
- I. BACHE, S. GEORGE, S. BULMER, Politics in the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- I. COHEN ORANTES, El concepto de integración, en Revista de la CEPAL, n° 15, Santiago de Chile, diciembre de 1981.
- I. ROMANO, El ranking de la violencia en América Latina una de las regiones más violentas del planeta, mayo de 2005.
- J. BERGASCHINE MATA DIZ, El sistema de internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea, en Ius et praxis, Universidad de Talca, Chile, 2005.
- J. BERLINSKI, Las restricciones no arancelarias a exportaciones en el Mercosur: Un análisis comparativo, en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/07060a02.pdf>
- J. BODIN, Los seis libros de la República, Aguilar, Madrid, 1972.
- J. CÉSANO, La responsabilidad penal de la persona jurídica en los arts. 2 y 4 del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur. Un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional, en Ley, Razón y Justicia, Alveroni, Neuquén, nro. 8, septiembre de 2003-mayo de 2004.

- J. DA ROCHA, Armonización de la legislación penal del MERCOSUR. Condiciones para su desarrollo, en Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- J. DOBOVSEK, Derecho Internacional Penal –Derecho Penal Internacional, La Ley, Buenos Aires, martes 28 de enero de 2014.
- J. GAMIO, Evaluación del Mercosur, Publicación del Instituto Argitgas del Servicio Exteriores-Ministerios de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1994; S. ABREU, Mercosur e integración, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
- J. GONZÁLEZ MACCHI, La reforma del Código Penal en Paraguay (1998), Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho, VI Encuentro AAPDP en homenaje al Prof. Enrique U García Victor, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- J. HITTERS, Un avance en el control de convencionalidad, La Ley, Lunes 27 de mayo de 2013.
- J. LECLERCQ, Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation, en Rev. dr. pén. crim., 1978.
- J. LELIEUR, El Estatuto de la Corte Penal Internacional: un derecho represivo de nueva generación, en M. DELMAS MARTY, M PIETH, U SIEBER, Los caminos de la armonización penal, dirigido por M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- J. M. SILVA SANCHEZ, Perspectivas sobre la Política criminal moderna, Abaco, Buenos Aires, 1998.
- J. M. SILVA SANCHEZ, Principio de Legalidad y legislación penal europea: una convergencia imposible, en El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro, dirigido por L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTIN, Cuenca, 2007.
- J. MONAR , R. MORGAN, The Third Pillar of the European Union, Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs, cit. p.9 ss.
- J. OCCHIPINTI, The Politics of EU Police Cooperation, Toward a European FBI?, Boulder and London, Lynne Rienner, 2003
- J. PÉREZ OTERMIN, El Mercado Común del Sur, Desde Asunción a Ouro Preto, Montevideo, 1995.
- J. PÉREZ OTERMÍN, Exposición del Emb. Dr. Jorge Pérez Otermín, en Solución de controversias en el Mercosur, Protocolo de Brasilia, en Revista Uruguaya de Derechos Constitucional y Político, nro. 8, Montevideo, 1993.
- J. PIRIS, The Lisbon Treaty A legal and political analysis, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VEMEULEN, Droit penal européen, Dalloz, Paris, 2009.
- J. RICO, Justicia penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI, México y España, 1997.



- J. RIVERA, La opinión consultiva en el sistema de solución de controversias del Mercosur, en Estudios en Homenaje a la doctroa Berta Kaller Orchansky, Cba, Advocatus, 2004.
- J. SCHUTTE Informe de la asociación internacional de derecho penal de septiembre 1992 en Helsinki, Régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale, RID pén. 1994.
- J. SCHUTTE, The regionalization of international criminal law and the protection of human rights in International cooperation in criminal proceedings, en Review in Penal Law, Vol 65.
- J. SOLA, La nulidad de un tratado del Mercosur en el derecho brasileño, La Ley, 1998-d-504.
- J. SPENCER, English criminal procedure and the Human Rights Act 1998, en Israel Law Review, 33, 1999.
- J. SPENCER, Mutual recognition of decisions in criminal justice and the United Kingdom, en G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO, A. WEYEMBERG, The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union, Universidad de Bruselas, Bélgica.
- J. SPENCER, The corpus Juris Project and the Fight against Budgetary Fraud, en Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 1, 1998.
- J. STIGLITZ, El malestar en la globalización, Taurus, Buenos Aires, 2006.
- J. TAMAYO JARAMILLO, El Activismo Judicial, La Ley, jueves 16 de enero de 2014.
- J. TERRADILLO BOSOCO, Política y derecho penal en Europa, en Empresa y Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- J. VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, en Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands, Deventer, 1994.
- J. VERVAELE, L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro, en Riv. trim. dir. pen. econ., 1996.
- J. VERVAELE, La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea, en Revista penal, CISS/Praxis, nro. 9, 2002.
- J. VERVAELE, The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy, en European Criminal Law Associations, Forum, vol 3-4, 2006
- J. GETC, I. LESCURE, Histoire du fonctionnement du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, en RID pén, 1996.
- K LENAERTS, T. CORTHAUT, Of Birds of Primacy in Invoking Norms of EU Law, en European Law Review, vol 31, 2006.
- K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, Cooperación y asistencia judicial, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2007.

- K. AMBOS, La construcción de una parte general, en *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional* dirigido por K. AMBOS, E. Malarino, J. Woischnik, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlín, 2005.
- K. AMBOS, La parte general del Derecho Penal Internacional, Temis, Bogotá, 2006.
- K. AMBOS, M. BÖHM, Tribunal Europeo De Derechos Humanos y Corte Interamericana De Derechos Humanos: ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz?, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung. Berlin, 2011.
- K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet and Maxwell, London, 2011.
- K. NICOLAIDIS, G. SHAFFER, *Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Governmetn*”, *Law and Contemporary Problems*, vol 68, 2005.
- K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993.
- K. TIEDEMMAN, *L’europizzazione del diritto penale*, en *Riv. It. Dir. Prosc. Pen.*, fasc1, 1998.
- K. TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991.
- L. A. PODESTÁ COSTA, J. M. RUDA, *Derecho internacional público*, Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1988.
- L. BARCINAS, *Gestión de políticas de derechos humanos en el Mercosur y Estados asociados* [http://w2.ucab.edu.ve/tl\\_files/CDH/Mercosur/Barcina,%20Luciana%20%20GESTION%20DE%20POLITICAS%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MERCOSUR%20Y%20ESTADOS%20ASOCIADOS.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Mercosur/Barcina,%20Luciana%20%20GESTION%20DE%20POLITICAS%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MERCOSUR%20Y%20ESTADOS%20ASOCIADOS.pdf)
- L. BENINCASA VARNIER, *La Corte Penal Internacional como sistema global, cooperación de los Estados en su funcionamiento*, *La Ley*, 2012-F
- L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada*, en *La Ley*, jueves 6 de febrero de 2014.
- L. CESARANI, *Lavado de dinero y los delitos complejos en la era globalizada*, *La Ley*, jueves 6 de febrero de 2014.
- L. DANIELE, *Unione economica e monetaria, obblighi degli Stati membri e poteri sanzionatori delle istituzioni*, en *Dir. Un. Eur.*, 1996.
- L. FERRAJOLI, *Stato di diritto fra passato e futuro*, en *Lo stato di diritto*, dirigido por Costazolo, Feltrinelli, Milano, 2002.
- L. GRECO, *Solución de controversias y seguridad jurídica en el Mercosur*, en *Temas del Mercosur. Seguridad jurídica y estructura institucional*, N° 3, Insteco - Fundación Andina, Bs. As., Argentina, 1997.
- L. KUHL, *Cadre juridique des sanctions administratives communautaires et sa récente mise en oeuvre*, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2008.

- L. KUHL, Spazio Giudiziario di cooperazione o di integrazione penale, L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, en L'evoluzione del diritto penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, dirigido por G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.
- L. LEIGH, The influence of European Convention of Human Rights on English Criminal Law and Procedure, en European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1993-1.
- L. M. DÍEZ PICAZO, Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, en I diritti fondamentali e le Corti in Europa, dirigido por S. Panunzio, Napoles, 2005.
- L. PALAZZO, La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las Provincias, en E.D. de 12 de octubre de 2004.
- L. PICOTTI, Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona, en L'evoluzione del diritto penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, dirigido por G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.
- L. PICOTTI, Potesta penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE, en La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturale, dirigido por G. GRASSO, Giuffrè, Milano, 2000.
- L. PICOTTI, Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei, en Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2008.
- L. SALAZAR, Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il trattato di lisbona, en L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, dirigido por G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.
- L. SALAZAR, L' Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata da Maastricht ad Amsterdam, en Doc. Giustizia, 1999, C.
- L. SALAZAR, La cooperazione giudiziaria in materia penale, en Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht, dirigido por PARISI, RINOLDI, Torino, 1996.
- L. SALAZAR, La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere, en Cass. pen., 2000.
- L. SCOTTI, El derecho de la Integración en el Mercosur, en Derecho de la Integración Manual, dirigido por S. Negro, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- L. SCOTTI, Relaciones internacionales, derecho internacional e integración regional, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, 2011.

- L. TASSARA, Algunas consideraciones distintivas del derecho penal internacional, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, 2008, fasc 8
- M. ALBERTINI, *Storia del federalismo europeo*, Torino, 1973.
- M. AZZATO, M. MAZZÓN, Algunas repercusiones de la expansión del derecho penal en el ámbito penal económico argentino, en *Derecho Penal Económico*, dirigido por R. Rubinska y D. Schurjin Almenar, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- M. BOSCARELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit penal des États membres*, en *Droit communautaire et droit pénal*, Colloque 25 octobre 1979, Milano-Bruxelles, 1981.
- M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale sopranazionale*, en *Riv. dir. proc.*, 1978.
- M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, en *Giornale dir. amm.*, 3, 2010.
- M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, dirigido por M. CARTABIA, Mulino, Bologna, 2007.
- M. CATALANO, *Reforma de la Ley de Trata de Personas*, *La Ley*, miércoles 5 de mayo de 2013.
- M. CIENFUEGOS MATEO, *¿Es la Unión de Naciones Sudamericana un proyecto viable?*, en *AA.VV., Mercosur y Unión Europea*, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, 2007, Argentina.
- M. CIURO CALDANI, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *En Integración Unión Europea y Mercosur*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, Santiago de Chile.
- M. CUÑARRO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR? La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial*, en <http://www.aapdp.com.ar/intponencias.html>
- M. DARMON, *La prise en compte des droits fondamentaux par la CJCE*, en *RSC*, 1995.
- M. DELMAS MARTY, *Guest Editorial: Combating Fraud-Necessity, Legitimacy and Feasibility of the Corpus Iureir*, en *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000.
- M. DELMAS MARTY, H. LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, en *Rev. sc. crim.*, 1995.
- M. DELMAS-MARTY, *Chances et risques d'une justice pénale internationale*, en *Arch. Phil.droit*, 53, 2010.
- M. DELMAS-MARTY, *Del derecho penal a la política criminal*, en *Revista del ILANUD*, año 11, nro. 26, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002.
- M. DELMAS-MARTY, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, en *AA.VV., La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Luxembourg, 1990.
- M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02.
- M. DERLMAS –MARTY, *Towards an Integrated European Legal Studies*, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol 7, 2004-05.

- M. DERTOUZOS, *What will be?*, Harpers Collins Publishers, New York, 1997.
- M. DI FILLIPO, Conclusiones generales y reflexiones sobre el fortalecimiento de los procesos de integración regional, en *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell'Unione Europea e del Mercosur*, dirigido por M. DI FILLIPO, Giappichelli, Torino, 2012.
- M. FLETCHER, Extending indirect effect to the third pillar: the significance of Pupino?, en *European Law Review*, 2005, 30 (6)
- M. FLETCHER, Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under the Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'Outs', en *European Constitutional Law Review*, 2009.
- M. FLORES, Crimini contro l'umanità e crimine di genocidio: contraddizioni e problemi da Norimberga a oggi, en *Quaderni fiorentini XXXVIII*, 2009.
- M. FRAGOLA, *Azori, Prospettive per un diritto penale europeo*, Cedam, Padova, 1990.
- M. FRAGOLA, *Nozioni di Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012.
- M. FRIGO, A. LANG, M. VALENTI, *Diritto della Comunità internazionale e dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- M. GRANILLO FERNÁNDEZ, El sistema de solución de controversias en el Mercosur. Protocolo de Olivos, en *Revista de Derecho internacional y del Mercosur*, año 7, nro. 5, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2003.
- M. HALPERIN, El reto de la nueva integración: objetivos e instrumentos para la consolidación del MERCOSUR, en *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, BID-INTAL NRO. 175, 1992.
- M. KHALER, *International Institutions and the Political Economy of integration*, the Brooking Institution, Washington D.C., 1995.
- M. LANGER, From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining ante the americanization thesis in criminal procedure, 45, *Harv. Int'l L.J.* 1, 29/35 (2004).
- M. MACIAS, Origen y evolución de los parlamentos en los procesos de integración regional. Los casos del Parlamento Europeo y el Parlamento del Mercosur, *Revista* 74, 2011, Colombia, [http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/9070/index=1.php?action=edit&id=9070#\\*](http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/9070/index=1.php?action=edit&id=9070#*)
- M. MAZZÓN, El espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como laboratorio de una Unión Europea a diversas velocidades. El caso del Reino Unido, en *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXII, Fasc. 6, 2012.
- M. MEDINA, *Las organizaciones internacionales*, Alianza Universidad, 2 ed. Madrid, 1979.
- M. MIDÓN, La postergada supranacionalidad en el ámbito del MERCOSUR, en *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, dirigido por P. Bilancia, Giuffrè, Milano, 2006.
- M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *Comentario al caso Pupino*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales Instituto de Derecho Penal

- Europeo e Internacional Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, <http://www.cienciaspenales.net>
- M. P. CHITI, La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o « monstro simile »?, en Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1996.
- M. PEDRAZZI, Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria, en Riv. soc., 1973.
- M. PEDRAZZI, Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea, en Indice pen., 1967
- M. PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, en AA.VV. L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano dirigido por Cappelletti, Pizzorusso, Milano, 1982.
- M. RAPOPORT, El largo camino de la integración. Del tratado de Tordesillas al Mercosur, en Encrucijadas UBA, Revista de la Universidad de Buenos Aires, año III, nro. 6, Noviembre de 1997, Buenos Aires.
- M. RIQUERT, Delincuencia informática en Argentina y el MERCOSUR, EDIAR, Buenos Aires, 2009.
- M. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica, en Derecho penal y Criminología, vol XI, num. 37, 1989.
- M. SOBERÓN, Las tendencias del narcotráfico, en Revista América Latina en Movimiento, edición 464 de abril de 2011. <http://alainet.org/publica/464.phtml>
- M. SOLIMINE, Excarcelación. Discurso legitimador de la reiteración delictiva y la alarma social, La Ley, viernes 5 de julio de 2013.
- M. SORENSEN, Manual de derecho internacional público, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- M. SOTO, F. GONZALEZ, Manual de Derecho de la Integración, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- M. WASMEIER, N. THWAITES, The battle of the pillars: Does the European Community have the Power to Approximate National Criminal Laws?, European Law Review, vol. 29, 2004.
- MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, Derecho Internacional Público, tomo I, Zavalia, Buenos Aires, 1999.
- N. A. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 12, México, 2012.
- N. FENELLY, The Area of Freedom, Security and Justice, and the European Court of Justice-A personal View, International and Comparative Law Quarterly, vol 49, 2000.
- N. GARCÍA RIVAS, La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa, in Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo, dirigido por L. M. Díez Picazo, A. Nieto Martín, Navarra, 2010.
- N. MARTINO, Nunca más prisión ni reclusión perpetua a adolescentes en Argentina, en Suplemento Constitucional La Ley, nro. 6 septiembre 2013.

- N. MELLADO, Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR y su impacto subregional, en AA.VV., Mercosur y Unión Europea, coordinado por Zlata Drnas de Clément, Lerner, Argentina, 2007.
- N. SAGUES, Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional (a propósito del pacto de San José de Costa Rica), La Ley, 1986-B.
- N. SPOLANSKY, Integración regional y delitos económicos, en A.A. V.V., Teorías actuales en el derecho penal, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1998.
- N. SPOLANSKY, La defensa jurídica del mercado competitivo, Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR, coordinado por J. DA ROCHA, D. BAIGÚN, Rubinzal, 1999.
- P. CRAIG, Constitutions, Constitutionalism and the European Union, en European Law Journal, 7, 2, 2007.
- P. MEDRANO, Aportes para la armonización de las legislaciones de los estados partes del "MERCADO COMÚN DEL SUR" en materia penal aduanera, en Delitos Economicos en la esfera del MERCOSUR, coordinado por J. DA ROCHA, D. BAIGÚN, Rubinzal, 1999.
- P. MÜLLER- GRAFF, The legal Bases of the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty, en Common Market Law Review, vol. 31, 1994.
- P. PEREIRA, A. CRISTINA, O novo quadro juridico das relações comerciais na América Latina Mercosul, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- P. VILLAGRA DELGADO, El Cono Sur: una realidad tangible, Seminario Internacional sobre Desarme, Lima, Perú, Diciembre 1999, [http://www.opanal.org/Articles/Seminar-Lima/villagra\\_lima\\_e.htm](http://www.opanal.org/Articles/Seminar-Lima/villagra_lima_e.htm)
- P. VILLAGRA, Un nuevo paradigma de seguridad hemisférica, en Foreign affairs: Latinoamérica, ISSN 1665-1707, Vol. 3, N° 4 (octubre-diciembre), 2003.
- R. ADAM, A TIZZANO, Lineamenti di diritto dell'Unione Europea, Seconda Edizione, Giappicchelli Editore, Torino, 2010.
- R. ALONSO GARCÍA, Hacia una Corte Suprema Latinoamericana, en Progreso sostenible e integración regional en América Latina, coordinado por J. Vidal-Beneyto, Fundación Amela, Valencia, España, 2006.
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, Diritto costituzionale, Giappicchelli Editore, Torino, 2007
- R. BOSSONG, The Action Plan on Combating Terrorism: A Flawed Instrument of EU Security Governance, en Journal of Common Market Studies, vol. 46, n. 1
- R. CALDUCH, Relaciones Internacionales, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, en <http://www.ucm.es /info/sdrelint/lib1cap8.pdf>
- R. CARRÉ DE MALBERG, Teoría general del Estado, versión en español trad. de José Lión Depetre, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998.
- R. CERVINI, J. DE ARAUJO JUNIOR, Cooperación internacional en el Mercosur. Concepto y límites, en AAVV, De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, coordinado por D. Baigún, E. Zaffaroni y otros, Depala, Buenos Aires, 1997.

- R. CERVINI, Principios de Cooperación Judicial Penal Internacional en el Protocolo del MERCOSUR, <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/cervini-004.pdf>
- R. CORREA FREITAS, El Mercosur ante la Constitución Uruguaya, L.J.U., T° CIII, Sección Doctrina, 1991.
- R. DEL OLMO, América Latina y su criminología, Siglo XXI, México y España, 1981.
- R. DUARTE VILLA, Los países andinos: tensiones entre realidades domésticas y exigencias externas, en *América Latina A Comienzos del Siglo XXI*, dirigido G. Dupas, Homos Sapiens..
- R. DURRIEU (h), Terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico y debido proceso, La Ley, Jueves 21 de marzo de 2003.
- R. GAJATE, Hacia la construcción de la UNASUR. institucionalidad y convergencia, en AA.VV., *Mercosur y Unión Europea*, coordinado por Zlata Dmas de Clément, Lerner, 2007, Argentina.
- R. LEGROS, L'arret bmw et le droit penal européen, en *Cahiers de droit européen*, 1980, p 226;
- R. MONACO, *Diritto della Comunità Europee e diritto interno*, Giuffré, Milano, 1967.
- R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984.
- R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea; linee guida di un sistema integrato de tutela dei beni giuridici soprannazionali dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005.
- R. SICURELLA, Eppur si muove alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione Europea, en *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2008.
- R. SICURELLA, Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- R. SICURELLA, La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea, en *Lezioni di diritto penale europeo*, dirigido por G. GRASSO, R. SICURELLA, Milano, 2007.
- R. SICURELLA, Prove tecniche per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, en *L'evoluzione del diritto penal nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.
- R. WARD, A. AKHTAR, *English Legal System*, Oxford University Press, New York, 2011.
- R. ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Bs. As., 2006.
- S. ABREU BONILLA, Una herida letal al MERCOSUR, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 1 de octubre de 2012, [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_32450-1522-4-30.pdf?121031174553](http://www.kas.de/wf/doc/kas_32450-1522-4-30.pdf?121031174553).



- S. CZAR DE ZALDUENDO, Integración: Nociones Generales. Integración Económica e integración regional, en Derecho de la Integración, dirigido por S. Negro, B de f, Buenos Aires, 2010.
- S. CZAR DE ZALDUENDO, La institucionalización en los Acuerdos regionales: el caso del Mercosur, en Efectos reales de la Integración regional en la Unión Europea y el Mercosur, coordinado por G. Basevi, V. Donato y A. O'Connell, Universidad de Bologna, Buenos Aires, 2003.
- S. DELUCA, Delitos e infracciones aduaneras en el CAM., Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, N° 1, 2013.
- S. DELUCA, Unión Europea y MERCOSUR: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003,
- S. GAMBINO, Prospettive e limiti del processo di costituzionalizzazione europeo, en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200510/gambino.html>.
- S. GEORGE, An awkward partner: Britain in the European Union, Oxford University Press, Oxford, 1998,
- S. HEREDIA, DÍEZ DE VELASCO, Las organizaciones internacionales, 8 ed, Tecnos, Madrid, 1994.
- S. HIX, B. HOYLAND, The Political System of the European Union, Palgrave, Londres, 2011
- S. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, European Union Law, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- S. KAISER, El ejercicio de la soberanía de los Estados, en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2790/6.pdf>.
- S. MANACORDA, Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, Rivista Diritto penale contemporaneo, 3/2013.
- S. MANACORDA, L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, Foro it., 1995, IV.
- S. MANACORDA, Un bilan des interjérences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination, en Rev. sc. crim., 2006.
- S. MANACORDA, Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo, en Studium iuris, 1997
- S. NEGRO, Derecho de la Integración Manual, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- S. NOVELLI, Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme, en Diritto e giurisprudenza, 2012, 2.
- S. PEERS, EU Justice and Home Affairs Law, Oxford EC Law Library, Estados Unidos, 2006.
- S. PEERS, EU reform Treaty Analysis no. 4 British and Irish opt outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law, en Statewatch Analysis, <http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-uk-ireland-opt-outs.pdf>

- S. PEERS, Salvation outside the church, judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments, en *Common Market Law Review*, 44, 2007
- S. PISTONE, L. LEVI, ANGELI, Milano, 1973. El mismo Schuman en su discurso afirma “La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne” en la Declaración de Schuman, 9 de mayo de 1950.
- S. PISTONE, L. LEVI, Trent'anni di storia del Movimento Federalista Europeo, Angeli, Milano, 1973.
- S. PRECHAL, Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union, en *The fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, dirigido por BARNARD, Oxford, OUP, 2007.
- S. RIONDATO, Competenza Penale della Comunità Europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, CEDAM, Padova, 1996.
- S. RIONDATO, Direttive comunitarie e interpretazione delle norme penali, en *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, vol. II, Cedam, Padova, 2001.
- S. RIONDATO, Effettività e idealità del diritto penale internazionale, Intervento alla Conferenza Crimini di guerra e giurisdizione internazionale 11 giugno 1999, Biblioteca Comunale Ariosteia, Ferrara.
- S. SOLER, Derecho Penal Argentino, Tea, Argentina, 1999.
- S. TALMON, The Security Council as World Legislature, en *99 American Journal of International Law*, 2005.
- SÁNCHEZ PATRÓN, El control judicial nacional del respeto a los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario europeo, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, n. 38/39, 2002.
- SYMEONIDOU-KASTANIDOU, Towards a New definition of organised crime in the European Union, en *European Journal of Crime, Criminal and Criminal Justice*, 2007, 15, 1,
- T. OBOKATA, EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: a Critical Appraisal, *Common Market Law Review*, vol 40, 2003.
- T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- U. BECK, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Traducción de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998
- U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009.
- U. DRAETTA, L'Unione europea tra processo costituente e sovranità nazionale, en *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, principi fondamentali e tutela dei diritti*, dirigido por U. DRAETTA, N. PARISSI, D. RINOLDI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- U. SIEBER, Los factores que guían la armonización del Derecho penal, en *Los caminos de la armonización penal*, AA.VV., Los caminos de la armonización penal,

dirigido por M. Delmas-Marty, M. Pieth y U. Sieber, UCLM, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

U. SIEBER, Unificazione europea e diritto penal europeo, en *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991.

V. BAZÁN, Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales, *Suplemento La Ley Constitucional, La Ley*, Febrero 2014 nro. 1.

V. BAZÁN, Desafíos del Mercosur: dimensión constitucional del proceso integrativo, La protección del los derecho shumanos en el espacio integrado, en <http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/mercosurderhum.htm#pepela> situacion

V. FORNASIER, Le pouvoir repressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers, en *Rev. Marché commun*, 1992.

V. MANES, Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale, en *Arch. pen.*, 2012.

V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 2011.

V. MARTÍN, Mercosur: un nuevo tribunal, dos modelos alternativos a seguir (Protocolo de Olivos), en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, año 7, nro. 6, *La Ley*, Buenos Aires, diciembre 2003.

V. MILITELLO, I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea, en *Dir. pen. XXI secolo*, 2003.

V. MILLER, UK Government opt-in Decisions in the Area of Freedom, Security and Justice, House of Lords Library, 19/10/2011.

V. MITSILEGAS, Constitutional Principles of the European Community and European Criminal Law, en *European Journal of Law Reform*, vol. 8, 2006.

V. MITSILEGAS, Defining Organised Crime in the European Union: Limits of European Criminal Law in an Area of Freedom, Security and Justice, en *European Law Review*, vol. 26, 2001

V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Estados Unidos, 2009.

V. MITSILEGAS, J. MONAR, W. REES, *The European Union and Internal Security*, Basingstoke Palgrave Macmillan, 2003.

V. MITSILEGAS, The Constitutional Implications of Mutual above Recognition in Criminal Matters in the European Union, en *Common Market Law Review*, vol 43, 2006.

V. MITSILEGAS, The Third wave of third pillar law: which direction ofr EU criminal justice?, en *European Law Review*, 34, 2009.

V. MITSILEGAS, Trust-building Measures in the European Judicial Area in Criminal Matters Issues of Competence, Legitimacy and Inter-Insitutional Balance, en *Security versus Freedom: A Challenge fro Europe's Future*, dirigido por S. CARRERRA, T. BALZACQ, Aldershot, Ashgate, 2006.

V. ORLOVA, W. MOORE, Umbrellas or building blocks, en *Houston Journal of International Law*, 27, 2005.

V. RICCI, Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo, en L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona.

V. VARGAS, Agotamiento de recursos internos y principio de complementariedad: ¿dos caras de la misma moneda?, en Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, dirigido por Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Berlin, 2010.

W. GERVEN, The European Union. A Polity of States and People, Hart Publishing, Oxford, 2005.

W. HASSEMER, Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale, en Sesto e diritto, Ars interpretandi, 1997, n. 2.

W. HUMMER, La elaboración de una Carta de los Derechos fundamentales del MERCOSUR” desde una perspectiva europea  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sestoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto\\_dos\\_Expositores/La\\_elaboracion\\_de\\_una\\_Carta\\_de\\_los\\_Derechos\\_fundamentales\\_del\\_MERCOSUR\\_desde\\_una\\_perspectiva\\_europea\\_Hummer.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sestoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/La_elaboracion_de_una_Carta_de_los_Derechos_fundamentales_del_MERCOSUR_desde_una_perspectiva_europea_Hummer.pdf)



## INDICE

### *Introducción*

1. Sobre la necesidad de un Derecho penal mercosureño.....	1
2. Sobre las ventajas del proceso de armonización de las legislaciones penales.....	2
3. Sobre el interés en analizar el proceso de armonización penal de la UE.....	4
A) La originalidad de la integración europea y de su armonización penal.....	5
B) La evolución progresiva en el tiempo y en el espacio.....	5
C) Los problemas que se le han planteados y las soluciones que ha brindado.....	6
D) Vínculos históricos con América y modelo para el derecho mercosureño.....	7

### CAPITULO I

I. ¿Qué es la Unión Europea?.....	11
1. Unión europea y Estados nacionales: Soberanía nacional y Federación.....	11
2. Unión Europea y las organizaciones internacionales clásicas.....	14
II. Derecho penal UE: derecho internacional penal sui generis.....	22
1. Derecho penal mundial.....	22
2. Derecho penal regional: el derecho penal europeo.....	26
3. Derecho penal de la Unión Europea.....	31

### CAPITULO II

I. Las Tres Comunidades.....	35
1. Nacimiento de las tres Comunidades:.....	35
2. Instituciones y normativa de las tres comunidades:.....	39
3. Avances y retrocesos en la integración comunitaria.....	42
II. Derecho penal en las Comunidades.....	44
1. Doctrina.....	45
A) Sanciones administrativas.....	45
B) Competencia penal directa.....	50
C) Competencia penal indirecta de la Comunidad.....	54
2. Tribunal de Justicia.....	61
A) Leal cooperación como facultad y derecho comunitario como límite al derecho penal.....	62
B) Leal cooperación como obligación de incriminación: asimilación y proporcionalidad.....	63
3. Iniciativas normativas de la Comunidad.....	65
A) CED.....	65
B) Tentativas de carácter penal impulsadas por los órganos comunitarios.....	66
a. Iniciativas tendientes a la armonización.....	66
b. Iniciativas tendientes a la cooperación penal.....	67
C) Acuerdo de Schengen y su aquis.....	69

### CAPITULO III

I. La Unión Europea.....	71
1. Tratado de Maastricht.....	71
A) Creación de la Unión europea.....	71
B) Tres pilares.....	72
C) Método comunitario e intergubernamental.....	73
D) Instrumentos jurídicos:.....	74
2. Tratado de Amsterdam:.....	76
A) Cooperación reforzada y flexibilidad.....	76
B) Comunitarización del Título IV e incorporación de Schengen.....	77
C) Codecisión ampliada y derechos fundamentales.....	78
3. Niza.....	79
A) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	79
B) Tratado de Niza.....	80
II. Derecho penal del tercer pilar.....	81
1. La creación del tercer pilar.....	81
A) Cooperación judicial y policial intergubernamental.....	81
B) Normativa del tercer pilar.....	84
2. Intensificación del tercer pilar.....	89
A) Cooperación judicial y armonización penal.....	89
B) Decisiones marco.....	91
C) Competencia del Tribunal de Justicia.....	93
D) Actividad normativa en el tercer pilar y del Consejo Europeo.....	95
E) Caso “Pupino”.....	108
III. Derecho penal en el primer pilar.....	112
1. Art. 209 y 280 TCE.....	112
2. Impulsos de la Comisión:.....	116
3. Impulso del Tribunal de Justicia.....	119
5. Directivas penales.....	124

#### CAPITULO IV

I. Pilar Único.....	127
1. Constitución Europea.....	127
2. Tratado de Lisboa.....	129
A) Marco institucional.....	129
a. Parlamento Europeo.....	131
b. Consejo de la Unión Europea.....	132
c. Comisión Europea.....	134
d. Tribunal de Justicia.....	135
e. Consejo Europeo.....	138
f. Banco Central Europeo.....	139
g. Tribunal de Cuentas Europeo.....	139
B) Competencias de la Unión Europea.....	139
a. Reparto de competencias.....	140

b. Principios que rigen las competencias de la Unión.....	141
C) Derecho de la Unión Europea.....	145
a. Procedimiento legislativo.....	145
b. Fuentes.....	147
II. Derecho penal en el Tratado de Lisboa.....	157
1. Nuevos poderes de los órganos de la Unión en ámbito penal.....	159
A) Parlamento Europeo y parlamentos nacionales.....	159
B) Control de la Comisión y el Tribunal de Justicia.....	161
C) Consejo Europeo.....	163
2. Instrumentos normativos de armonización del derecho penal.....	164
A) Armonización del derecho penal sustancial.....	165
a. Armonización autónoma.....	166
b. Armonización accesoria.....	169
B) Armonización procesal penal.....	170
3. ¿Competencia penal directa?.....	170

#### CAPITULO V

I. Constitucionalización del proceso de integración.....	175
II. Flexibilización.....	177
1. Freno de emergencia y cooperación reforzada.....	178
2. Opt-in/opt-out.....	179
III. Principios fundamentales y derechos humanos.....	182
1. Principios fundamentales en las Tres comunidades.....	182
2. Principios fundamentales durante la vigencia de los tres pilares.....	185
3. Principios fundamentales y el Tratado de Lisboa.....	188
A) Carta Europea, CEDH y Tradiciones constitucionales comunes.....	188
B) Principio de Legalidad.....	191
C) Principio de proporcionalidad y subsidiariedad.....	193
D) Principio de soberanía nacional.....	195

#### CAPITULO VI

I. Ámbito Regional.....	199
1. Mercosur como parte de un proyectos de integración más amplio en el pasado y en el futuro.....	199
2. Derecho penal regional.....	205
3. El derecho penal de los países que integran el MERCOSUR.....	211
II. MERCOSUR.....	216
1. Tratados constitutivos.....	216
A) Objetivos del Tratado de Asunción.....	218
B) Principales instituciones.....	220
a. Consejo del Mercado Común (CMC).....	222
b. Grupo Mercado Común (GMC).....	223
c. Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM).....	224



d. Parlamento del MERCOSUR.....	224
e. Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPRM).....	225
f. Foro Consultivo Económico-Social (FCES).....	230
C) Ordenamiento jurídico del MERCOSUR.....	233
a. Derecho originario: el orden jurídico del MERCOSUR se basa en las normas originarias.....	234
b. Derecho derivado.....	235
c. Efectos del derecho derivado del MERCOSUR.....	238
2, Normativa adoptada en el marco del MERCOSUR.....	241
A) En materia económica.....	241
B) En materia migratoria y de derechos humanos.....	244
C) En materia penal.....	248
Conclusiones.....	261
Bibliografía.....	277

