

DERECHO PENAL Y LA LEY EN BLANCO ALGUNOS APUNTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA TÉCNICA DEL REENVÍO EN LAS LEGISLACIONES PENALES EUROPEAS A PROPÓSITO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

Luis Miguel Reyna Alfaro*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las construcciones normativas realizadas por la disciplina penal tradicional para los llamados delitos convencionales se han basado en una realidad extremadamente opuesta a la existente desde hace pocos años. Los textos punitivos contemplaban conductas de regulación no muy complejas, lo cual se apreciaba en los verbos rectores del tipo. Sin embargo, la evolución del comportamiento social trajo consigo la aparición de nuevas formas delictivas; encontrándonos sin formas de protección efectiva, produciéndose así la consecuente impunidad de conductas realmente nocivas a la interacción social.

El Principio de Legalidad establece la prohibición de sancionar conductas que previamente no están tipificadas de manera inequívoca en una ley. Sin embargo, nuevos comportamientos, sobre todo en materia económica, darán origen a leyes penales en blanco. Es decir, a leyes que se limitan a señalar un género de conducta sancionable, delegando la acción punible a otras disposiciones.

En el presente artículo, el autor realiza un detallado análisis sobre la legalidad de la ley penal en blanco y el reenvío a otras disposiciones de carácter administrativo, centrándose, principalmente, en legislaciones penales europeas y la normativa comunitaria.

La reacción penal se hacía necesaria. Empero, aparecían serios contratiempos al momento de realizar la descripción típica, en la medida que a través del Principio de Legalidad existe la prohibición de sancionar comportamientos que no se encuentren previamente descritos, de manera inequívoca, en la ley penal¹ como quiera que nuevos comportamientos socialmente dañosos, sobre todo aquéllos referidos a la actividad económica, producían serios problemas en la determinación de lo punible, y tuvieron que aparecer las leyes penales en blanco (*Blankett Strafgesetze*) o leyes abiertas (*Offene Strafgesetze*) para determinar a aquellos tipos cuyo supuesto de hecho se encuentra establecido en otra norma, ubica-

* Abogado, Director de la Revista Electrónica de Derecho Penal. (<http://publicaciones.org/redp>) y del Boletín "Noticias Jurídicas de Perú" de la casa Editorial Bosch-España para los suscriptores peruanos del Web site:

<http://www.noticias-juridicas.com>

El "*nullum crimen sine lege*" se encuentra sancionada en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano, similar al artículo 1 del Código Penal de España; sobre dicho principio sin ánimo de ser exhaustivo: GARCÍA RIVAS, Nicolás. "El Poder Punitivo en el Estado de Derecho". Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 68 y ss.; HURTADO POZO: "Manual de Derecho Penal-Parte General". Segunda Edición. Eddili, Lima, 1987, p. 135 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". Temis, Bogotá, 1984, p. 39 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal- Estudio programático de la parte General". Primera reimpresión de la Tercera Edición". Grijley, Lima, 1999, p. 31 y ss.

da en el mismo o en otro cuerpo de leyes. Como ilustremente precisa el maestro Bramont Arias: "La ley en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena; delegando la estructuración de la acción punible en otra disposición"².

La primera formulación de la teoría de las leyes penales en blanco o abiertas corresponden a Karl Binding. Desde que este jurista alemán postula su esquema inicial³ hasta nuestros días, la fórmula del reenvío ha adquirido trascendental importancia en el moderno Derecho Penal, sobre todo en los supuestos de criminalidad económica. La intención de estas líneas es graficar la situación originada en las legislaciones penales de los países europeos a partir de la conformación de la Unión Europea⁴ y la incidencia de su normativa en los Códigos Penales de los países miembros, a propósito de la técnica de la ley penal en blanco.

II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEGALIDAD DEL EMPLEO DE LA TÉCNICA DEL REENVÍO EN EL DERECHO PENAL

1. Posturas Contrarias a las Leyes Penales en Blanco

Las posiciones contrarias a los tipos penales en blanco o abiertos se basan principalmente en sus implicancias en contra del Principio de Legalidad. Jescheck logra fundamentar de manera ilustre esta tendencia: "la teoría de los tipos abiertos debe imaginarse como cerrado, ya que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito"⁵, en otras palabras, la tipicidad constituye un circuito que, para mantener su indemnidad, debe contener todos sus elementos (norma de conducta y consecuencia

jurídica); de lo contrario, el círculo de tipicidad se mantendría abierto y con ello el Principio de Legalidad resultaría afectado⁶.

Algunos otros autores han sostenido que el empleo de la ley penal en blanco provoca problemas de naturaleza procesal en la medida que el proceso de integración propio de esta técnica originaría en los procesos penales la posibilidad de aplicar "cuestiones prejudiciales"⁷. Así Rodríguez Ramos ha indicado: "En estos nuevos tipos penales es obvio que la culpabilidad o inocencia de los resultados va a depender siempre, o casi siempre, de cómo se resuelvan las cuestiones civiles o administrativas básica, pues el Derecho Penal no es más que una norma yuxtapuesta"⁸.

2. Posturas Favorables a las Leyes Penales en Blanco

El sector mayoritario de la doctrina admite la presencia de las leyes penales en blanco. Algunos –como Cury– se refieren a ellas como un "mal necesario"⁹, aunque ello signifique una tácita aceptación de los cuestionamientos que se hacen a dicha técnica legislativa. Por nuestra parte, creemos que lo señalado en la norma extrapenal forma parte del propio precepto penal y cierra con ello el círculo de la tipicidad, salvando así las posibles objeciones relacionadas al Principio de Legalidad¹⁰. En la misma línea, Arroyo Zapatero y García Rivas son claros al señalar: "la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal, y con ello, se satisfacen las exigencias del Principio de Legalidad"¹¹.

Con similar orientación, Bramont Arias¹², ante la pregunta "¿es conciliable con el Principio de Legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa en lugar de la Ley?", responde positiva-

¹ BRAMONT ARIAS, Luis. "La Ley Penal. Curso de Dogmática Jurídica". p. 23, Lima, 1950.

² El que surge, como anota Serrano-Piedecasas, a propósito de la publicación del primer tomo de su obra "Die normen und ihre übertretung" en 1872; En: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal". p. 32, nota 102, primera edición, Lima, 1999.

³ La Unión Europea (UE) está constituida por tres comunidades: La Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica de la Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea, la adhesión de cualquier país a Unión Europea implica su adhesión a estas comunidades.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Manzanares Samaniego, Granada, 1993. p. 335.

⁵ Sobre la problemática de la ley penal en blanco, véase: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Op.cit., p. 32-34.

⁶ Un estudio detallado del tratamiento de las cuestiones prejudiciales en nuestro ordenamiento procesal es posible encontrarlo en: SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. "Derecho Procesal Penal". Volumen I, primera edición. Grijley, Lima, 1999. p.243 y ss.

⁷ Citado por SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. op. cit., p.34.

⁸ CURY, Enrique. La Ley Penal en Blanco. Bogotá, 1988. p.33.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal – Parte General". Valencia, 1996. p. 36 y 37.

¹⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis & GARCÍA RIVAS, Nicolás. "Protección Penal de la Propiedad Intelectual". En: MAZUELOS COELLO, Julio (Compilador). "Derecho Penal Económico y de la Empresa". y ss., primera edición, Edit. San Marcos, Lima, 1996. p. 347.

¹¹ BRAMONT ARIAS, Luis. "El Principio de Legalidad de la Represión y la nueva Constitución Política del Perú". En: GARCÍA RADA, Domingo; Luis, BRAMONT ARIAS; José, HURTADO POZO y otros. "La Nueva Constitución y el Derecho penal". Lima, 1980. p. 34. En similar sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro. Aspectos del Delito de Contrabando, En: el mismo, "Delitos contra la Vida y otros Estudios de Derecho Penal". Palestra Editores, Lima, 1997. p. 191.

mente, entendiendo que el reenvío no significa entregar a la autoridad administrativa una “carta blanca” para crear delitos, pues estas autoridades tienen limitaciones bastantes marcadas de los que no podrán excederse.

Peña Cabrera, en cambio, justifica la existencia de estas normas en la naturaleza de las materias que pretende regular. Lo que obliga al legislador a emplear esta técnica, por él llamada “excepcional”, “son situaciones sociales fluctuantes que exigen una legislación de oportunidad”¹⁴ Con esto Peña se acerca, en cierta manera, a la idea de “mal necesario” expuesta por Cury.

Otros autores como Tiedemann consideran que la aceptación de las normas penales en blanco se fundamenta más bien en razones de seguridad jurídica. El reenvío a normas administrativas – según el profesor de Freiburg – “garantiza a menudo una mayor seguridad jurídica que las nuevas nociones de un Derecho Penal autónomo”¹⁵, así mismo, eliminan la posibilidad de la sanción múltiple en perjuicio del principio “*ne bis in idem*”¹⁶.

Desde el prisma de la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁷, García Rivas ha cuestionado el hecho que las leyes en blanco sean calificadas de “incompletas”, y es que como es bien sabido, toda acción u omisión descrita en la norma penal debe integrarse a la ausencia de las causas de justificación para complementar el tipo de injusto. En otras palabras, según la teoría de los elementos negativos del tipo, toda norma

penal resulta incompleta al requerirse su integración con las causas de justificación¹⁸.

3. Postura Personal

En principio, según entiendo, las normas penales en blanco no afectan, en especial, el Principio de Legalidad; salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley¹⁹ lo que, como resulta evidente, es posible que ocurra también en las leyes que recurren al reenvío. No se puede, por ende, hablar de una singular afectación al Principio de Legalidad a través de las normas penales en blanco.

Es menester, por otro lado precisar que nuestra toma de postura no está basada en aspectos utilitarios o de eficacia²⁰ y es que si bien resulta ser la solución normativa adecuada para la represión de comportamientos de extrema complejidad, en la medida que permite la adaptación de la norma a los cambios de índole social y técnico²¹, nos encontramos convencidos de que el empleo de la referida técnica legislativa mantiene indemne el Principio de Legalidad pues, como afirman Muñoz Conde y García Aran, “la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde un punto de vista estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades, el supuesto de hecho consignado en la norma extrapenal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola”²².

¹⁴ PEÑA CABRERA, Raúl. Op. cit., p.260.

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus. “El Derecho Penal del Ambiente. Cuestiones Dogmáticas Novedosas”. En: MAZUELOS COELLO, Julio (Coordinador). “Derecho Penal Económico y de la Empresa”. Primera edición, Edit. San Marcos, Lima, 1996, p. 260; también: el mismo. “Parte General del Derecho Penal Económico”, En: Anuario de Derecho Penal 1993, Lima, 1993, p. 12.

¹⁶ LAMAS PUCCIO, Luis. “Los Delitos contra el Medio Ambiente”, En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1991, p. 200.

¹⁷ Según quienes postulan la teoría de los elementos negativos del tipo (En España: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “Honor y Libertad de Expresión- Las Causas de justificación en los Delitos contra el Honor”, Tecnos, p. 23 y ss.; el mismo, “El Contenido del Tipo del tipo Injusto”, En: el mismo. “Temas de Derecho Penal”, Primera Edición, Edit. Cuzco, Lima, 1993, p. 3 y ss.; GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. cit., p. 82 y ss.; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ. Op. cit., 158-163; en el Perú: SAN MARTÍN CASTRO. Op. cit., p. 283, e implícitamente PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia”. Palestra, primera edición, Lima, p. 115, 1999) la tipicidad (tipo positivo) y la antijuricidad (tipo negativo) constituyen, dentro de la teoría del delito, una categoría única un tipo total de lo injusto; en contra de la teoría de los Elementos Negativos del Tipo, entre otros: HURTADO POZO, José. Op.cit., p. 356; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 41 y ss.

¹⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás. Op. cit., p. 21-22.

¹⁹ Es por ello que Besares Escobar cuestiona la armonía entre la Ley Penal en blanco y Principio de la Legalidad en México, sobre todo a partir de las denominadas “normas oficiales especiales”, reglas técnicas apreciadas a partir de la suscripción del Tratado de Libre Comercio (Estados Unidos, Canadá y México), en tanto no se precisa en ellas ningún tipo de conducta, medio, permiso, autorización, etc., dejando abierta la determinación del supuesto de hecho. En: BESARES ESCOBAR, Marco Antonio. “El Derecho penal ambiental y la protección de la biodiversidad en México. Una comparación en el derecho penal ambiental español en materia de regulación de la manipulación genética de los organismos vivos modificados(ovms)”, inédito, 1999.

²⁰ Lo que ha generado la flexibilidad de algunas de las garantías propias del Derecho Penal, con mayor detenimiento: REYNA ALFARO, Luis Miguel. “La Responsabilidad del Empresario en el Derecho Penal. Fundamentos y límites de la Posición de Garantía por Injerencia”, En: “Derecho y Empresa”. Revista de Legislación y Jurisprudencia, número 12, Trujillo, 1999, p. 25.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Protección Penal del Medio Ambiente. Cuestiones para una Reflexión Inicial”, inédito (a publicarse en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Penal – versión en papel de la Revista Electrónica de Derecho Penal), Cádiz, 2000.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. cit., p. 36.

Por otra parte, cabe añadir que la utilización de normas penales en blanco acarrea, como consecuencia, la unidad legislativa en materia penal. El ejemplo de la acotada técnica legislativa hace innecesaria la existencia de normas especiales de contenido penal, las cuales a nuestro entender, producen una innecesaria dispersión de la legislación jurídico-penal.²³

De lo antes señalado se desprende la advertencia hecha por autores como Tiedemann y Cousiño, en el sentido que el empleo de esta técnica legislativa puede incidir en la esfera del dolo y del error, pues una imperfecta regulación mediante remisión legislativa produciría profunda incertidumbre sobre la licitud del comportamiento, principalmente, en aquellos casos en los que el supuesto de hecho descrito en sede extrapenal no se encuentre contenido en un solo precepto, sino que se encuentre disperso dentro de dicha normativa²⁴.

Para finalizar este acápite, es de rigor acotar que si bien determinado sector de la doctrina considera que la utilización de elementos normativos y descriptivos logra situar al tipo dentro del marco estrictamente penal, la abundancia o exceso en ellos pueden llevar a una situación similar a la de las normas penales en blanco, puesto que resulta casi imposible resolver en sede penal los problemas de carácter técnico, derivados de la regulación de materias complejas. De esta forma la remisión a normas especiales, tendrá como objetivo, en ciertos casos, descifrar el significado inmanente al elemento normativo empleado y, en otras ocasiones, configurar el supuesto de hecho constituido de infracción penal²⁵.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Las leyes o tipos penales en blanco se clasifican, básicamente, en leyes en blanco propias y en leyes en

blanco impropias. A continuación procederemos a determinar el contenido de cada una de ellas.

1. Leyes en Blanco Propias

La complementación de la norma penal, en las leyes penales en blanco propias, se confía a una instancia legislativa de jerarquía inferior²⁶, es decir los tipos penales en blanco propiamente dichos son aquellos donde la determinación de la antijuricidad se produce atendiendo a normas de rango menor. Por ejemplo: reglamentos, actos administrativos, etcétera²⁷.

2. Leyes en Blanco Impropias

Son aquéllas donde el precepto penal resulta de la integración de dos sistemas legislativos²⁸. La ilícitud del comportamiento – en este caso – se determina mediante el reenvío a normas emanadas por la misma instancia legislativa. A su vez, se subdivide en:

- Normas Penales Impropias con Reenvío Interno: la antijuricidad se determina en atención a preceptos contenidos en el mismo cuerpo legal.
- Normas Penales Impropias con Reenvío Externo: la remisión en este caso se efectúa a otra norma de carácter formal.

En nuestro país la complementación legislativa suele realizarse a través de normas de jerarquía similar; así, por ejemplo, el Código Penal (Decreto Legislativo 635) y la Ley de Derechos de Autor (Decreto Legislativo 822) se integran normativamente en lo pertinente, a fin de determinar las afectaciones a los derechos intelectuales relevantes en sede penal. Ello, debido a que nuestro legislador suele delegar sus facultades legislativas a favor del poder ejecutivo, el mismo que vía Decreto Legislativo promulga las leyes respectivas. Distinta en cambio es la situación en otros países, en los cuales la remisión se produce, en ambos casos,

²³ En contra, Caro Coria, para quien en el ámbito ambiental debería emitirse una normatividad de la materia que englobe tanto las disposiciones de índole administrativo como las de carácter penal, aunque en el fondo no rechace esta técnica legislativa; sobre su postura, con mayor detalle véase: CARO CORIA, Dino Carlos. "La Protección Penal del Ambiente", serie tesis seleccionadas número 2- Benites, Mercado & Ugaz Abogados, Lima, 1995, p. 74-75.

²⁴ Detalladamente En: TIEDEMANN, Klaus. "La Parte general del Derecho Penal Económico", En: Anuario de Derecho Penal 1993, p. 13; COUSIÑO. "Derecho Penal Chileno" – Vol. I, p. 85.

²⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "Consideraciones sobre el Delito Fiscal en el Código Español", En: Thémis Revista de Derecho, número 32, Lima, 1996, p. 38. También: BESARES ESCOBAR, Marco Antonio. Op. cit.

²⁶ Véase CURY, Enrique. Op. cit., p. 40.

²⁷ Cabe anotar que un importante sector doctrinal cuestiona la integración a normas de rango inferior al de ley, calificando esta clase de reenvío de inconstitucional; sin embargo, la doctrina dominante sostiene lo contrario, siempre que la decisión incriminadora básica haya sido expresamente cedida a la administración. Al respecto: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit. En dicho sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo español (Sentencia del tribunal Supremo del 23/11/98, Ar. 1261/98, Sala tercera, sección cuarta, Fj 4) al expresar que la reserva de ley en materia penal no excluye la posible colaboración que puedan ejercer los reglamentos en elementos accesorios relacionados al delito; GARCÍA ROCA, Javier. "Derechos fundamentales y Libertades Públicas- Crónica de Jurisprudencia", En: Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo, número 2, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 79.

²⁸ LAMAS PUCCIO, Luis. "Delitos contra la Propiedad Intelectual", En: Revista del Foro número 1, Lima, 1998, p. 226.

a normas de inferior jerarquía. En España, por ejemplo, el Código Penal, promulgado mediante Ley Orgánica²⁹, se complementa con normas de jerarquía inferior³⁰.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA TÉCNICA DE REENVÍO EN LAS LEGISLACIONES PENALES EUROPEAS EN RELACIÓN A LA NORMATIVA COMUNITARIA

1. Generalidades

La Unión Europea (en adelante U.E.)³¹ tiene su antecedente más evidente en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero³². Posteriormente, a través del Tratado de Roma, se constituyeron la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica³³, en las que interviene Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos³⁴.

Los objetivos principales de la UE son:

- La integración económica de los demás Estados miembros.
- La formación de un mercado común.
- El desarrollo armonioso y equilibrado de los demás miembros.
- El crecimiento económico sostenido y no inflacionario.
- La elevación del nivel de empleo y de protección social.

- El fortalecimiento económico y social.
- La solidaridad entre los Estados miembros de la comunidad.

Para lograr dichos fines resulta necesario adoptar ciertas medidas, la principal de las cuales es la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en el interior de la UE, para cuyo efecto se tomaron las siguientes pautas:

- Se estableció un arancel aduanero (1968).
- Se acordó el movimiento libre de capitales (1990).
- Se estableció una moneda única, esto es, el Euro (1999).

Como se ve, existe, por parte de la UE, la búsqueda de un orden común, lo que ha originado un frondoso cuerpo normativo comunitario. De todo lo anterior, es posible deducir la trascendental importancia normativa de la UE ha generado en el Derecho Penal económico europeo. De hecho más del 80% del Derecho Económico de los países miembros de la UE tienen su origen en la normatividad comunitaria³⁵.

No obstante su influencia, la UE carece de *ius puniendi*³⁶, en tanto no puede legislar en materia criminal ni imponer sanciones de índole punitivo³⁷. Sin embargo, su incidencia provoca una suerte de injerencia negativa en la legislación penal³⁸, en virtud

²⁹ En España, la Ley Orgánica está destinada al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, (artículo 81 de la Constitución española), mientras en el Perú estas se dirigen más bien a regular la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado (artículo 106 de la Constitución peruana).

³⁰ Sobre las características y posición de las leyes orgánicas en la normativa constitucional: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Funciones Legislativas del Ejecutivo Moderno: El Caso Peruano", En: Lecturas sobre Temas Constitucionales números 3, Comisión Andina de Juristas, Lima 1989, p. 26 y ss.

³¹ Denominación asignada a partir del primero de noviembre de 1993, en virtud del Tratado de la Unión Europea, suscrito en Maastricht el siete de febrero de 1992 (DOCE número C191, del 29 de Julio de 1992); al respecto: CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del Ambiente, delitos y técnicas de tipificación", nota 12, primera edición, Gráfica Horizonte, Lima, Agosto de 1999, p. 145.

³² Constituida a través del Tratado de París, el 18 de Abril de 1951.

³³ Su fecha 25 de Marzo de 1957.

³⁴ La CEE ha sido ampliada en cuatro ocasiones: en 1973 (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido), en 1981 (Grecia), en 1986 (España y Portugal), en 1990 (los Länders de Alemania del Este) y en 1996 (Austria, Finlandia, y Suecia, incluyendo en la actualidad un total de 15 países).

³⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. "Derecho Penal de la Empresa", En: MAZUELOS COELLO, Julio (Compilador). "Derecho Penal económico y de la Empresa" p. 61.

³⁶ Así lo ha reconocido incluso el 8vo. Informe General sobre la actividad de las comunidades europeas (Mayo de 1974) y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; con mayores referencias: CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del Ambiente", p. 163; MATEOS RODRÍGUEZ - ARIAS, Antonio. "La UE y su incidencia en los Derechos Penales nacionales", En: "La Ley", vol. 2, p. 939; sin mayores aportes: ACHENBACH, Hans. "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán", En: A. A. V. V. Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin, primera edición, J. M. Bosh Editor, Barcelona, 1995, p. 393.

³⁷ Sin perjuicio de lo aquí expuesto, existen planteamientos que van en dicha dirección, esto es, conferir capacidad de persecución penal a la UE, el más importante de ellos es el denominado "*Corpus Iuris*" elaborado por un grupo de expertos (Basigalupo, Delmas – Marty, Grasso, Jareborg, Tieddemenn y Van Den Wyngaert) con la finalidad de establecer criterios comunes en busca de una lucha eficaz contra las conductas lesivas a los intereses de la comunidad; al detalle: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J. "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones y asociaciones de personas", inédita (a publicarse en la Revista Peruana de Ciencias Penales), Madrid, 1999; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de Imputación Penal para Sancionar la Criminalidad de Empresa en el CP Español de 1995", En: Revista Peruana de Ciencias Penales número 7/8, nota 50, Lima 1999, p. 984-985; con relación a anteriores intentos: CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del Ambiente", p. 176 y ss.

³⁸ CUERDA RIEZU, A. "¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?", En: "Hacia un Derecho penal económico europeo", p. 6. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1992; TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op cit., p. 62; CARO CORIA, Dino Carlos. "Derecho Penal del Ambiente", p. 159.

de la cual puede establecerse que el derecho de la comunidad resulta incompatible con un determinado tipo penal. Por citar un ejemplo, el legislador comunitario no podrá decir qué comportamientos resultan lesivos al medio ambiente pero en cambio sí podrá establecer los límites de contaminación permitidos y con ello enmarcar lo relevante penalmente.

A la par con esta incapacidad de legislar positivamente en sede penal, existe la posibilidad que la UE influya positivamente en el ámbito de la criminalización³⁹. De allí que algunos autores hablen de un “embrión del Derecho penal europeo”⁴⁰, el cual se manifiesta a través de la asimilación y armonización.

La asimilación surge cuando a través de una norma comunitaria se confía la protección de un determinado interés comunitario a las normas nacionales para que en similar sentido legislen⁴¹. Empero, como ya hemos visto, el empleo de esta técnica deriva en la renuncia, por parte de la U.E, de un Derecho Penal propio, a la par que provoca serias dudas en relación con el trato igualitario de los intereses extranjeros – entiéndase en éstos los comunitarios – en la norma nacional; especialmente al coexistir en la U.E sistemas jurídicos totalmente opuestos (por otro lado están los países de Europa continental que se afilian al sistema de codificaciones mientras que, por otro lado, se ubican los países adeptos al *common law*). Asimismo, deberá tenerse presente que la asimilación puede generar la ampliación del ámbito criminalizador de las normas penales internas⁴², lo cual es admisible sólo cuando el proceso de asimilación se realice a través del derecho comunitario originario que cuenta con la aprobación de los Estados miembros de la comunidad, lo que no ocurre con la Directivas y Reglamentos que derivan de un órgano administrativo comunitario, sin representación popular⁴³. Aparecen así cuestionamientos respecto a la legalidad del reenvío a los instrumentos jurídicos últimamente mencionados (Directivas y Reglamentos).

De lo expuesto se deriva la mayor influencia que ha tenido la técnica de armonización, la cual permite un tratamiento de los intereses de la comunidad en pie de igualdad en todos los estados miembros de la U.E. A través de ésta técnica la U.E juega un papel armonizador, puesto que mediante sus directivas ordena al legislador nacional la creación de una regulación interna acorde a los lineamientos expuestos en la directiva comunitaria⁴⁴.

Esta técnica se manifiesta también en la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante: T.J.C.E) – órgano garante del “respecto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado”⁴⁵ - por violación al Tratado. Cuando durante un procedimiento administrativo, civil o penal exista controversia con relación a la interpretación de la regulación comunitaria, el Juez nacional puede pedir al Tribunal Europeo de Justicia se pronuncie sobre dicho punto, prejudicial y vinculantemente⁴⁶, de forma tal que si el Tribunal considera que la norma nacional contradice la comunitaria, el Juez no podrá aplicar el precepto nacional⁴⁷.

Así las cosas, en tanto la U.E carece de capacidad legislativa en sede penal y teniendo presente que la tendencia imperante para la protección de los intereses comunitarios es la de armonización, es necesario analizar los instrumentos legislativos de los que se vale para lograr dicha armonía en sede penal.

La U.E puede legislar a través de Reglamentos, Directivas, Recomendaciones y Dictámenes, éstos -principalmente los primeros- pueden generar una serie de efectos, reconocidos como principios, a saber el Principio de Eficacia Directa.

El Principio de Primacía, cuyo origen es posible ubicarlo en la jurisprudencia del T.J.C.E al resolver los casos “Costa-Enel”⁴⁸ y “Simmenthal”⁴⁹, es aquél por el cual las disposiciones de carácter comunitario preva-

³⁹ Arroyo Zapatero, por ejemplo, que es el propio tratado de Maastricht (artículo 209) el que establece un mandato de tutela penal al indicar: “Los estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis. “Los Delitos contra el Orden Socioeconómico en el nuevo Código Penal de 1995”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, número 7/8, Lima, 1999, p. 617.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p. 63.

⁴¹ Ibid.

⁴² CARO CORIA, Dino Carlos. “Derecho Penal del Ambiente”, p. 167.

⁴³ Ibid. 168.

⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p. 64.

⁴⁵ Artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea; ORTEGA ALVAREZ, Luis. “Derecho Comunitario. Crónicas de Jurisprudencia”, En: Justicia Administrativa, Revista de derecho Administrativo número 2, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 37.

⁴⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p.65.

⁴⁷ ALGUACIL GONZALES-AURIOLES, Jorge. “La Ley, núcleo esencial de la democracia española ante la interpretación judicial del Derecho y la normativa de la Comunidad Europea”; En: ABZ. Información y Análisis Jurídicos, número 105, p. 06, Morelia-Michoacán, 1999.

⁴⁸ 15.07.64. a.s.4/64; al respecto: ALGUACIL GONZÁLES-AURIOLES, Jorge. Op. cit., p. 8.

⁴⁹ 09.03.78. a.s.106/77; al respecto: CARO CORIA, Dino Carlos. “Derecho Penal del Ambiente”, p. 223, nota 388.

lecen sobre las normas nacionales; esto es, si una norma nacional – inclusive de índole constitucional – contradice los preceptos de una norma comunitaria, esta última deberá primar sobre el mandato interno⁵⁰.

Por su parte, el Principio de Eficacia Directa, llamado también de “aplicabilidad inmediata”, concede a la normativa comunitaria efectos inmediatos en el ordenamiento nacional de los Estados Unidos miembros de la U.E, sin que sea necesario que estos últimos adopten en su ordenamiento interno los mandatos comunitarios ni que la decisión comunitaria sea ratificada. Sus efectos surgen a partir de su publicación en el D.O.C.E (Diario Oficial de las Comunidades Europeas). Su origen se halla también en la jurisprudencia del T.J.C.E en el caso “Van Gend & Loos”⁵¹.

Visto esto, debe sin embargo dejarse en claro que si bien todas las normas comunitarias priman sobre las nacionales, no todas poseen eficacia directa y es justamente esta cuestión, como subraya Caro Coria, a la que “el envío al derecho de la UE esta condicionada”⁵².

Esta cualidad - nos referimos a la eficacia directa - es sólo atribuible a los Reglamentos y las Directivas, aunque en ambos casos existen excepciones.⁵³

Los reglamentos, según lo especifica el artículo 189.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante T.C.E.U.), son de aplicación directa en cada Estado miembro de la U.E, no obstante, el T.J.C.E ha señalado que dicha capacidad no podrá ser alegada cuando el referido instrumento delegue a los Estados la responsabilidad de establecer las medidas destinadas a la aplicación efectiva de la norma comunitaria⁵⁴.

En cuanto a las Directivas, su tratamiento jurídico difiere del de los Reglamentos y carecen, por regla general, de **eficacia directa**, puesto que los Estados miembros de la U.E deben elegir la forma y medios como desean proteger los intereses de la comunidad. Además, del tenor literal del artículo 189.3 del T.C.E.U

se tiene que éstas no serían aplicables a los particulares sino sólo a los Estados de la Comunidad⁵⁵. En este punto cabe reseñar que el T.J.C.E. a fin de superar los inconvenientes derivados de la carencia de eficacia directa y de su inaplicabilidad a las personas, en aquellos Estados que omiten transferir los mandatos surgidos de las Directivas al derecho nacional, ha desarrollado la doctrina del “Efecto Directo de las Directivas”, según la cual las Directivas no traspuestas al Derecho interno poseen efectos directos siempre que sean incondicionadas y sean suficientemente precisas, así las cosas – según dicha doctrina – pese a que el Estado miembro omita regular en sede interna dentro del término de ley la forma y los medios en que los intereses de la comunidad serán resguardados, conforme lo dispone la Directiva comunitaria, los particulares podrán, en virtud al referido efecto, invocar su contenido. Sin embargo, se descarta el “efecto directo” de estas directivas, ya sea por parte de Estados miembros de la comunidad como particulares.

2. Reenvío Penal a las Directivas y los Reglamentos comunitarios ¿legales o ilegales?

Con relación a la posibilidad de integrar normativamente la ley penal a los Reglamentos y Directivas emanadas de la U.E, la doctrina jurídico-penal ha esbozado respuestas diferenciadas según el instrumento jurídico del que se trate.

En el caso de los Reglamentos comunitarios, en virtud a la concurrencia de los efectos de **primacía y eficacia directa** – este último, en la mayoría de supuestos-, no existen mayores inconvenientes en postular la procedencia del reenvío penal a los preceptos allí contenidos; así es como se han pronunciado, entre otros, Olmedo Cardanette y Aránguez Sánchez⁵⁶, Vercher Noguera⁵⁷ y Caro Coria⁵⁸.

En cuanto a las Directivas, la aceptación del reenvío en materia penal en tales supuestos no es del todo pacífica. Es más, en este caso es el sector mayoritario el que considera que la integración en materia penal

⁵⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p. 62; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 223.

⁵¹ 05.02.63, a.s.16/62; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 224, nota 391; ALGUACIL GONZÁLES-AURIOLES, Jorge. Op. cit., p. 8.

⁵² CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 224.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Sentencia del T.J.C.E, caso Bussonne C. Ministerio Italiano de Agricultura, 30.11.78, a.s. 31/78; con mayores referencia: CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 226, nota 409.

⁵⁵ Según el artículo 189.3 del T.C.E.U, la Directiva “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguir, dejando, sin embargo a las autoridades nacionales la elección de forma y de los medios”.

⁵⁶ OLMEDO CARDANETTE, Miguel & ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El Mandato Constitucional de Protección del Medio Ambiente y su Plasmación en el Código Penal de 1995”, En: A.A.V.V., Libro Homenaje al Prof. Ruiz-Rico, Edit. Tecnos, Madrid, p. 1727.

⁵⁷ VERCHER NOGUERA, Antonio. “La Incidencia del Derecho Comunitario en la Protección Penal del Medio Ambiente”, En: Actualidad Penal, Vol. 1, p. 239.

⁵⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 228.

respecto a dichos instrumentos no resulta posible, pese al desarrollo jurisprudencial de la teoría del **efecto directo** – en el caso de Directivas que no hayan sido adecuadas a la norma nacional –, pues ello deriva, según sostienen los defensores de esta postura, en un desmedido favorecimiento de los particulares y, en consecuencia, en su impunidad⁵⁹. Además está el hecho, sostenido por este sector de la Doctrina que las directivas no se encuentran destinadas a la ciudadanía, sólo a los Estados miembros de comunidad, en cuya virtud éstos (los ciudadanos) no podrán invocarlos en un proceso penal⁶⁰.

Por el contrario, siguiendo la línea de argumentación de Caro Coria, único autor nacional que ha analizado esta cuestión⁶¹, considera que no existen mayores inconvenientes para integrar las Directivas comunitarias a las normas penales de los Estados miembros de la U.E en aquellos casos en que éstas incrementen la esfera de libertad de los ciudadanos, *contrario sensu*, no podrá utilizarse el reenvío cuando la Directiva comunitaria no actuada “restrinja el ámbito de libertad del ciudadano”, lo que ha sido admitido por reiterada jurisprudencia del T.J.C.E.⁶².

Así las cosas pueden decirse que es admisible el reenvío penal, sin afectar el Principio de Legalidad, a Reglamentos y Directivas comunitarias para determinar e integrar el supuesto de hecho de un tipo penal nacional siempre que dichos instrumentos posean primacía y eficacia directa, con las precisiones antes indicadas.

En ambos casos – Reglamentos y Directivas comunitarias – es necesario dejar en evidencia que su legalidad va vinculada a la certeza con que integran el tipo penal, tal cual se ha referido respecto al reenvío e integración a normas nacionales.

V. CONCLUSIONES

Resulta innegable el hecho, ya remarcado por cierto, que el Derecho Penal contemporáneo posee serios problemas al momento de articular sus instrumentos ante las modernas formas de criminalidad. En este

orden de ideas, la Ley Penal en Blanco se ha constituido en una de las técnicas más eficaces; siendo aceptada por la doctrina penal mayoritaria en el entendimiento que su utilización no implica una singular afectación al Principio de Legalidad.

La cuestión sin embargo cobra un cariz distinto cuando el reenvío se produce a normas supranacionales, como es el caso de las disposiciones comunitarias, en este ámbito, la integración normativa está sujeta a la concurrencia de los principios de primacía y eficacia directa en los instrumentos jurídicos de orden comunitario. La primera de las cualidades (primacía) resulta atribuible a todos los instrumentos emanados de la U.E, en cambio que la eficacia directa, con algunas excepciones, es sólo atribuible a los Reglamentos y Directivas comunitarias.

En el caso de los Reglamentos comunitarios la cuestión no plantea mayores inconvenientes, lo que sí ocurre con la Directivas en la medida en que éstas, por regla general, carecen de eficacia directa pues el resguardo de los intereses comunitarios queda sujeto a que el Estado miembro, en el plazo establecido, señale la forma y los medios en que dichos intereses serán tutelados; siendo esto así, surge la interrogante respecto a la legalidad del reenvío penal a Directivas comunitarias no asumidas.

Para responder a dicha cuestión, deberá valorarse – conforme a la doctrina del efecto directo de las Directivas comunitarias no transpuestas – si es que éstas resultan incondicionadas y se encuentran suficientemente precisadas. Si ello es así se podrá argumentar el efecto directo de las Directivas comunitarias no transpuestas al Derecho interno, siempre que éstas actúen pro reo, es decir, cuando amplíen los márgenes de libertad de los ciudadanos. En caso de existir efectos contra reo, su integración deberá rechazarse.

En líneas finales debe remarcarse el papel prioritario que posee el Principio de Certeza, integrante del mandato de legalidad, conforme se ha remarcado en líneas precedentes y cuya vulneración derivará en la ilegalidad del reenvío en materia penal.

⁵⁹ Con mayores referencias: CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit. p. 233.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid., p. 234, nota 444.