

### Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal [DOUE L 198, de 28-VII-2017]

#### **LUCHA CONTRA EL FRAUDE A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL EN LA UE**

Desde la creación de la Unión Europea (UE), una de las principales preocupaciones, tanto de los Estados miembros como de la nueva organización, fue la de hacer compatibles los intereses de esta institución supranacional con los de cada uno de los países que hacen parte de la misma, sobre todo en temas económicos y legislativos. En lo referente a este último aspecto, y tomando en cuenta que uno de los pilares fundantes de cualquier país democrático es la autonomía para, por intermedio del Congreso, determinar cuáles son las normas aplicables a sus ciudadanos, la discusión sobre la incidencia de la UE en estos asuntos no ha sido pacífica, especialmente el campo del derecho penal.

No obstante, desde hace ya algunos años y cada vez con más frecuencia, el Parlamento Europeo expide nuevas directivas tendientes a fijar aspectos mínimos en el derecho penal que aplica cada Estado, esto cuando la entidad considera que se trata de temas de gran relevancia e interés, y en los cuales es necesaria su intervención. En el pasado, se hizo, por ejemplo, frente al flagelo del terrorismo, y en la actualidad con la Directiva 2017/1371 en comento, por lo que resulta interesante señalar cuáles son los cambios más representativos de esta nueva medida.

El primer punto a destacar es que el documento aludido recoge y complementa diferentes normas de la Unión Europea que, a pesar de regular otros temas, de alguna forma tienen incidencia directa en asuntos económicos de esta organización; a modo de ejemplo, se tienen la Directiva 2006/112/CE de 28 de noviembre de 2006 del Consejo Europeo, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido; el Reglamento n.º 966/2012 de 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión; el Reglamento n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, que versa sobre las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF); y la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, referente a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Ahora bien, lo expuesto no significa que hasta el momento la UE careciera de una ordenanza aplicable a sus intereses financieros, pues esto se hizo con el Reglamento n.º 2988/95 de 18 de diciembre de 1995 del Consejo Europeo; sin embargo, este solo regulaba estos comportamientos con sanciones de carácter administrativo y nunca

de carácter penal. Es este, tal vez, el mayor cambio de la Directiva 2017/131, pues mediante ella se trasladó el asunto en comento al ámbito del derecho penal y se impusieron a los Estados miembros unas condiciones mínimas que se deben incorporar a su legislación, esto en cuanto a la tipificación como delitos de ciertas conductas, y a las penas que les son aplicables, incluyendo las privativas de la libertad.

Es importante resaltar que el criterio principal del Parlamento y el Consejo Europeo para consignar como delito ciertas actividades es el nivel de vulneración a los intereses de la UE, dependiendo del valor desapropiado a la entidad supranacional, pues si el mismo supera un tope mínimo de dinero (en algunos casos 100.000 EUR, en otros 10.000.000 EUR) se entiende que las condenas aplicables serán mucho más gravosas. Lo anterior quiere decir que se les asignan a los países miembros criterios de apreciación de las conductas no solo a nivel legislativo cuando se tipifican, sino también a nivel judicial cuando se investigan y sancionan.

De otro lado, no solo se describen ciertas conductas ilícitas de forma común para todos los miembros de la UE, sino que se exponen diferentes definiciones que deberán ser incorporadas en cada legislación nacional, sobre, por ejemplo, lo que se entiende por fraude, servidor público o corrupción, creándose con lo anterior conceptos jurídicos que no son propios de cada país, sino que nacen de mandatos de la Unión Europea.

De igual forma, la regulación en comento da un paso adelante sobre asuntos que aún causan gran debate entre los catedráticos, juristas y abogados tanto europeos como latinoamericanos y de otros hemisferios. Tal es el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el blanqueo de capitales, pues, por una parte, aun cuando en muchos Estados del mundo no se permite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluidos algunos miembros de la UE, la organización europea aceptó que se utilice esta figura en el catálogo de conductas ilícitas que incorpora. Por otra, se precisan serias acciones sancionatorias en contra del blanqueo de capitales, a pesar de que no existe un consenso sobre el límite entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador frente a estos delitos de carácter económico.

En el mismo sentido, como consecuencia lógica de este tipo de disposiciones cuyo ámbito de aplicación trasciende las fronteras y los espacios geográficos, se incorporó un agravante genérico a los delitos regulados en la directiva que se realicen por medio de organizaciones delictivas, y se impuso una flexibilidad en las diferentes jurisdicciones nacionales para que se puedan investigar los mismos, sin barreras jurídicas y de mero trámite entre cada una de las naciones, para que se pueda llevar ante la justicia a los responsables de los mismos.

Finalmente, aunque no menos importante, uno de los principales deberes impuestos por la UE a sus miembros por medio de esta directiva consiste, más allá de la responsabilidad penal que estas conductas conlleven, en que cada uno de los Estados debe intentar, por todos los medios, recuperar el capital que le fue defraudado a la Unión, y devolver el mismo.

Para concluir, es importante plantear una serie de interrogantes que estas modificaciones despiertan, por ejemplo: ¿Qué pasa con la autonomía de cada Estado miembro de la UE para autodeterminarse? ¿En dónde queda el poder del pueblo para imponerse sus propios castigos? ¿Qué pasa cuando estas nuevas normas atentan contra los preceptos superiores de cada país? ¿Este tipo de regulaciones pertenecen a un «derecho penal de la Unión Europea» o son simplemente medidas aisladas? ¿Hasta qué punto puede un órgano supranacional inmiscuirse en cada una de las legislaciones internas? ¿Se propende en Europa por el abandono al derecho administrativo sancionador en pro del derecho penal? ¿Se pueden proteger estos intereses por otros mecanismos que no sea necesariamente de derecho penal?

Lejos de pretender resolver los anteriores interrogantes, simplemente se quiere recalcar estos aspectos, pues es claro que no son pocas las consecuencias del documento objeto de análisis no solo para el derecho penal de cada país, sino para los catedráticos que se dedican a este tema, pues a pesar de no resolver de fondo los debates que sobre estos asuntos existen en la academia, las autoridades europeas sí manifiestan palpablemente una inclinación a la aceptación de ciertas figuras, de gran relevancia para el derecho penal, que es digna de ser estudiada a profundidad, quizás en otra oportunidad.

Luisa Fernanda TÉLLEZ DÁVILA  
*Abogada Universidad Externado de Colombia*  
*Máster Universidad de Salamanca*  
*Funcionaria rama judicial colombiana*  
[ltellezdavila@gmail.com](mailto:ltellezdavila@gmail.com)