

CAPÍTULO 3

UNIÓN EUROPEA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA POLÍTICA UNITARIA MEDIANTE EL DERECHO PENAL. ¿UNA «CESSIO BONORUM»¹ DEL TERCER AL PRIMER PILAR?²

JOHN A. E. VERVAELE³

INTRODUCCIÓN.—2. LA INTEGRACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL. UN PROCESO
DESARROLLO.—3. COOPERACIÓN Y ARMONIZACIÓN EN DERECHO PENAL EN LA
UNIÓN EUROPEA, UN ASUNTO POLÍTICAMENTE ESTANCADO.—4. DERECHO PENAL DE LA
UNIDAD Y LA POSICIÓN HOLANDESA.—5. UN ANÁLISIS DETALLADO DE LA SENTEN-
CIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA Y LA FUTURA POLÍTICA DE ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO PENAL.—5.1 La opinión de la Comisión sobre la armonización de
la aplicación penal después del asunto C-176/03.—5.2 La sentencia en el
asunto C-173/03: recepción en los Estados miembros y en el Consejo de
Ministerios de Justicia e Interior.—6. CONCLUSIONES.—7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

INTRODUCCIÓN

En la primavera de 2006 la alerta saltó en diversos Estados miembros
de la previsión de una probable erosión del Derecho penal nacional pro-
cedente de instancias europeas. La causa directa fue la sentencia de la
Grand Chamber del Tribunal Europeo de Justicia en el Asunto C-176/03⁴

Cessio bonorum es la cesión voluntaria de bienes.

Traducción de la versión inglesa del artículo a cargo de Núria Torres Rosell y
Clara Casado Coronas. El original puede consultarse en J. A. E. VERVAELE, «De
Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van
het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler»,
Delikt en Delinkwent, 2006.

Profesor de Derecho Penal Económico y Financiero, Facultad de Derecho de
Utrecht; Profesor de Derecho penal europeo, College of Europe, Bruges.

Caso C-176/03, Comisión vs. Consejo, sentencia del 13 de septiembre de 2005.

relativa a la armonización de las sanciones penales por delitos medioambientales, en la que la Comunidad Europea (CE) era considerada, por primera vez, funcionalmente competente para armonizar la aplicación del Derecho penal en la política comunitaria⁵. En los Países Bajos, políticos y académicos llegaron incluso a sugerir que a consecuencia de la decisión en materia medioambiental, «asuntos típicamente holandeses», como drogas, aborto y eutanasia, pasarían también a estar sometidos a las directrices del Derecho penal europeo. En Francia, el Comité de Asuntos Europeos de l'Assemblée Nationale reprochó al Tribunal Europeo que actuara como *gouvernement des juges*, suplantando el papel que corresponde a los políticos.

La europeización del Derecho penal se ha ido desarrollando a un ritmo constante desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. ¿De dónde procede entonces este temor por la armonización del Derecho penal a través del tercer pilar? ¿Es realmente importante que el Derecho penal nacional sea armonizado a través de directivas en lugar de decisiones marco? ¿No se trata simplemente de un problema institucional de Bruselas? La cuestión central es determinar qué consecuencias políticas y legales comportará la decisión del Tribunal⁶. Las respuestas a esta pregunta sólo se pueden encontrar revisando, en primer lugar, el contexto histórico y la compleja relación entre la integración europea y el Derecho penal nacional (artículo 2), y analizando el estancamiento político que se produjo después de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE artículo 3). El apartado 4 dedica especial atención a la posición holandesa en este contexto.

Los Países Bajos constituyen el único país que se ha posicionado en el Asunto C-176/03. A su vez, los Países Bajos exigen el respeto a las diferencias culturales nacionales en la normativa relativa al Derecho penal y defienden la preservación de importantes principios y garantías legales.

-
5. El punto 48 de la decisión reza como sigue: «Como norma general, ni el Derecho penal ni las normas de Derecho procesal penal son competencia de la Comunidad (...). No obstante y teniendo en cuenta que la aplicación de sanciones efectivas proporcionadas y disuasorias por parte de las autoridades nacionales competentes, es una medida esencial para combatir los delitos medioambientales graves, el mencionado veredicto no es impedimento para que el legislador Comunitario tome aquellas medidas que estén relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros que considere necesarias para garantizar que las normas que establece en materia de protección medioambiental son plenamente efectivas».
 6. Para un análisis exhaustivo de la sentencia, ver S. WHITE, «Harmonisation of criminal law under the First Pillar», *European Law Review*, 2006, y P.-Y. MONJAL, «Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire pour la CJCE», *Revue Dalloz* 2005, no.44, 3064-3067.

En el apartado 5 serán analizadas las implicaciones de la sentencia, examinando las posiciones de la Comisión, el Consejo de Asuntos Internos y Justicia y de ciertos Estados miembros respectivamente, y finalmente, en el apartado 6, se procederá a las conclusiones.

2. LA INTEGRACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL, UN PROCESO EN DESARROLLO⁷

No es ya hoy ningún secreto que los padres fundadores de la CE no prestaron suficiente atención al cumplimiento del Derecho comunitario. A parte de algunas excepciones contenidas en los primeros Tratados, como la obligación de los Estados miembros de criminalizar las vulneraciones de confidencialidad del Euratom o la comisión de perjurio ante el Tribunal Europeo de Justicia⁸, se mantuvo un firme silencio en relación con el cumplimiento del Derecho comunitario. El Tratado de la CE no proporciona ninguna base legal clara ni atribuye competencias para la ejecución directa o indirecta del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Esto significa que el cumplimiento de las políticas comunes de agricultura y pesca, del Código Aduanero Comunitario (*Community Customs Code*) de las regulaciones del mercado europeo de stocks, de las normas de fraude de subvenciones de la UE, de la normativa medioambiental europea, etc., quedaron totalmente a la autonomía de los Estados miembros. Ha sido principalmente gracias al Tribunal que esta autonomía ha quedado en cierta medida condicionada, pues los Estados miembros quedan vinculados a la interpretación que el Tribunal hace de los requisitos del artículo 10 del Tratado de la CE (lealtad comunitaria). El Tribunal ha establecido que los Estados miembros tienen el deber de ejecutar el Derecho comunitario y que para ello deben estipular procesos y sanciones que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias y que además ofrezcan un grado de protección que resulte análogo al que se prevé para las normas de Derecho estatal, de naturaleza e importancia similares (principio de asimilación). No sólo la legislación tiene que satisfacer estos requisitos,

7. Para un análisis más detallado ver J. A. E. VERVAELE, *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, en P. DEMARET, I. GOVAERE & D. HANF (eds.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum*, P.I.E.– Peter Lang, Brussels, 2005, pg. 277-298 y N. Haekkerup, *Controls & Sanctions in the EU Law*, Djoeff Publishing, Copenhagen, 2001.

8. Art. 194 (1) Tratado del Euroatom; Art. 30 del Estatuto del Tribunal Europeo de Justicia.

sino que éstos deben ser puestos también en práctica en el decurso de la ejecución⁹.

La CE reconoció rápidamente el vacío en el Tratado CE en lo que a la legislación respecta. En 1976 hubo un intento para complementar el Tratado CE con dos protocolos relativos al fraude CE y la corrupción por parte de funcionarios de la CE. Sin embargo, el protocolo no obtuvo la aprobación política del Consejo de Ministros (Consejo)¹⁰. Como consecuencia, en el período comprendido entre 1975 y 1990 la Comisión se vio forzada a explorar los límites políticos y legales del Tratado CE y, con el apoyo del Parlamento, sostuvo que existía un déficit considerable por parte de los Estados miembros. La Comisión presentó entonces varias propuestas legislativas concretas al Consejo con el objetivo de obligar a los Estados miembros a utilizar tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal para la aplicación del Derecho comunitario.

El Consejo aprobó muchas de las propuestas de la Comisión obligando a los Estados miembros a imponer sanciones administrativas, especialmente en el ámbito de la política agraria comunitaria. Estas regulaciones establecían multas, la pérdida de garantías financieras, la exclusión de planes de subvención, la inhabilitación profesional, etc. La armonización no se limitaba a sanciones reparadoras, sino que aludía expresamente a sanciones punitivas, y los Estados miembros fueron obligados a regular estas sanciones y a aplicarlas. Por supuesto, además de poder hacerlo parcial o completamente a través del Derecho administrativo, los Estados miembros eran también libres de aplicar estas sanciones completa o parcialmente a través de los mecanismos propios del Derecho penal, siempre que respetaran los requisitos fijados por el Tribunal para la ejecución del Derecho en estos términos. La influencia creciente del Derecho de la CE en el Derecho de las sanciones punitivas no tuvo buena acogida en algunos Estados miembros, especialmente aquellos que consideraban que la CE había interpretando los límites del Tratado CE de un modo excesivamente expansivo o, incluso, que había impuesto obligaciones que carecían de la base legal apropiada. En el 1990, Alemania consideró que se había llegado al límite. Dos reglamentos en materia de agricultura¹¹ constituyeron la excusa perfecta para iniciar una acción (*action on principle*) ante el Tribunal. Los reglamentos no sólo establecían una restitución con recargos de

9. Ver el Caso 66/88, Comisión V. Grecia, [1989] ECR 2965 y la comunicación procedente de la Comisión como resultado de este caso, OJ C 147/3, 1990.

10. J. A. E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Kluwer, Deventer 1992, 85-96.

11. Reglamento 1260/90, OJ L 124, 1990, pg. 715 y Reglamento 1279/90, OJ L 126, 1990, pg. 20.

las subvenciones obtenidas injustificadamente, sino que también preveían con carácter punitivo la exclusión de planes de subvenciones. En opinión de Alemania la CE no era competente para prescribir sanciones punitivas. Probablemente, lo más destacable de este caso es que ninguno de los otros Estados miembros intervino para apoyar a Alemania en su disensión. Alemania reaccionó de forma poco apropiada cuando, en 1992, el Tribunal en su sentencia al asunto C-240/90¹² reconoció que la CE era funcionalmente competente para armonizar medidas, incluso en materia de sanciones punitivas, que sin duda quedaban dentro del alcance de la aplicación de las garantías penales del artículo 6 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta sentencia de referencia aclaró finalmente la controversia sobre la competencia de la CE para armonizar las sanciones administrativas. Catorce años después de la decisión, no puede decirse que la CE haya hecho un uso expansivo de esta potestad. Más bien al contrario, cabe destacar que en muchas áreas del Derecho comunitario no se ha tomado ningún tipo de iniciativa en este sentido. Puede pensarse, por ejemplo, en el Derecho medioambiental, el Derecho de títulos valores, el Derecho tributario, etc. En mi opinión, la Comisión ha demostrado menos iniciativa de la deseable para dar una forma coherente a la armonización por la vía administrativa, Y por «coherente» quiero decir que debería desarrollarse una política meditada y a nivel horizontal. La Comisión no ha conseguido, el ejercicio de su competencia, perfilar una política comunitaria a partir de la cual se pueda deducir claramente en qué materias, para su ejecución, sería necesaria la armonización de la aplicación del Derecho administrativo por parte de los Estados miembros. Con frecuencia se ha aplicado un criterio *ad hoc* por parte de las Direcciones Generales de la Comisión. Sin embargo no se puede responsabilizar a la Comisión de todos los males. Su tarea no consiste en saturar al Consejo con iniciativas legislativas que estén condenadas al fracaso o que comporten una creciente tensión política entre la CE y los Estados miembros. Debe admitirse que en algunas materias como los servicios financieros, pero sobretudo en el

12. Caso C-240/90, Alemania vs. Consejo y Comisión, [1992] ECR I-5383. Para un análisis detallado de la armonización de la CE de la ejecución administrativa, ver J. A. E. VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, en: J. A. E. VERVAELE (ed.), Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands, Kluwer, 1994, Deventer-Boston, 161-202, <http://igitur-archive-library.uu.nl/law/2005-0622-155517/4371.pdf>., J. SCHWARZE, «Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht», *EuZW* 2003, Heft 09, 261-269 y M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, 2004.

ámbito tributario, aún es imposible obtener apoyo del Consejo para ordenar la aplicación de las sanciones administrativas.

La competencia de la CE para armonizar el Derecho penal nacional es claramente un asunto complejo y sensible. Como consecuencia del vacío legislativo existente en el Tratado CE podrían adoptarse los argumentos más variados. Así, hasta hace bien poco, eran muchos los que defendían que el Derecho penal debe ser una materia de soberanía exclusivamente nacional. Los penalistas parecen no darse cuenta, a menudo, de que la soberanía nacional no evita que el Derecho internacional o supranacional influya en el Derecho penal nacional. El Derecho de la ONU (Tratados de Derecho penal y resoluciones del Consejo de Seguridad), el Derecho del Consejo de Europa (la Convención europea de Derechos humanos y los tratados de Derecho penal) ejercen todos ellos su influencia en el Derecho penal nacional. Y sin embargo, puede esto considerarse una injerencia de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa? Es evidente que no, puesto que, precisamente, los Estados han aceptado estos tratados y se han mostrado de acuerdo con los objetivos políticos y legales de estas organizaciones. Se podría decir lo mismo del proceso de integración europea. Los Estados miembros le han dado esta forma y contenido a través de los tratados constitutivos. Sin duda, el proceso de integración europea tiene sus dinámicas. Pero también en este sentido los Estados miembros están constantemente involucrados en estos procesos y dinámicas. Sólo con observar la actividad de los funcionarios del Ministerio de Justicia, incluidos aquellos que trabajan en el ámbito penal, puede uno fácilmente percatarse de hasta qué punto las funciones de aquellos quedan vinculadas a las definiciones políticas y legislativas desde Bruselas.

Desde la jurisprudencia de la Corte queda totalmente claro que el Derecho (procesal) penal pertenece a la esfera de las competencias de los Estados miembros¹³, pero el Derecho comunitario podría imponer requisitos para el cumplimiento y la interpretación de esta competencia en el marco de la ejecución del Derecho comunitario. El Derecho penal no sólo debe ser relegado cuando las normas que se deben ejecutar devienen contrarias al Derecho comunitario (interpretación negativa), sino que el Derecho comunitario dispone inequívocamente los requisitos que la ejecución del Derecho penal nacional debe cumplir si pretende adecuarse al Derecho comunitario (integración positiva). Este deber de ejecutar de acuerdo con determinados requisitos también es aplicable al Derecho penal si los Estados miembros deciden que ésta es la herramienta que ellos utilizarán para

13. Caso 203/80, Casati, [1981] ECR 2595.

ejecutar el Derecho comunitario¹⁴. Holanda ha tenido experiencia en el pasado con la ejecución ineficaz de la normativa pesquera europea. Además, Holanda es consciente del hecho que el fracaso en el cumplimiento en ámbitos como la lucha contra la fiebre porcina o las subvenciones otorgadas por el Fondo Social Europeo¹⁵, no puede justificarse al amparo de la soberanía nacional o en los principios del Derecho penal nacional. Los requisitos que la CE ha previsto para cumplir con la ejecución del Derecho penal nacional afectan tanto a la política criminal como a la práctica del Derecho penal. Esto significa que en los casos que resulten relevantes desde la perspectiva del Derecho comunitario, a la hora de definir políticas (por ejemplo cuando se debe archivar un caso o retirar la acusación) o bien en el ejercicio de la discrecionalidad fiscalizadora, los intereses de la CE también tienen que ser sopesados¹⁶.

Por cuanto respecta al Derecho penal, nunca ha existido una perfecta división entre lo perteneciente a los Estados miembros y lo que corresponde a la CE. Tanto *de iure* como *de facto*, durante décadas ha operado un proceso indirecto de armonización sobre el Derecho penal, primordialmente sobre el Derecho penal especial. Puesto que el orden legal comunitario y la integración también incluyen el Derecho (procesal) penal de los Estados miembros, se ha ido restringiendo la autonomía de los Estados miembros. Un modelo de integración europea no es compatible con una limitación del Derecho penal a las fronteras nacionales, donde permanecería fuera del alcance de cualquier tipo de influencia del Derecho comunitario. La cuestión clave es, no obstante, si la competencia de la CE para armonizar es suficientemente amplia para obligar directamente a los Estados miembros a criminalizar las violaciones de las normas comunitarias. ¿Es pues la CE competente para imponer requisitos de la naturaleza y la severidad de una pena? ¿Esta posible competencia engloba también el objetivo de la aplicación *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationi loci*, los aspectos procesales o sobre las modalidades de aplicación (estatuto de limitación, archivo o retirada de la acusación, etc.)? En relación a estas cuestiones ha surgido ya un amplio debate doctrinal, y la mayoría

14. Caso 68/88, Comisión vs. Grecia, [1989] ECR 2965 y Caso C-226/97, Lemmens, [1999] ECR 195.

15. J. A. E. VERVAELE, «Fraude met Europese sociale subsidies in Nederland», *NJB* 2001, 2167-2175.

16. Caso C-265/95, Comisión vs. Francia, [1997] ECR I-6959.

de los autores¹⁷ penalistas en Europa niegan que la CE tenga competencia alguna, ni tan siquiera menor, para armonizar el Derecho penal directamente.

Desde hace décadas la Comisión y el Parlamento Europeo han intentado convencer al Consejo para imponer la obligación a los Estados miembros de ejecutar penalmente la política de la CE. Las propuestas legislativas en este sentido, por ejemplo en el ámbito del blanqueo de capitales o el tráfico en comercio interior¹⁸, eran funcionales en su perspectiva y sólo pretendían una armonización limitada. En general las propuestas obligaban a los Estados miembros a penalizar actos dolosos, estableciendo una sanción y, en el caso de infracciones graves, una pena de cárcel. Las propuestas no preveían ninguna definición de la modalidad que debían revestir estas sanciones o penas de cárcel. Sin embargo, el criterio de armonización limitada no ha sido capaz de superar el trámite de aprobación del Consejo. Este aprobaba generalmente las propuestas pero sólo después de enmendarlas, de tal modo que estas obligaciones quedaban despojadas de los elementos de Derecho penal que pudieran contener. Todas y cada una de las referencias de naturaleza penal que se encontraban en las obligaciones eran sistemáticamente eliminadas. Las obligaciones de imponer sanciones penales eran substituidas por sanciones simples.

La neutralización sistemática a nivel político de las propuestas de armonización del Derecho penal procedentes de la Comisión podría considerarse una muestra de la unidad inquebrantable por parte de los Estados miembros en el Consejo. No obstante, los Estados miembros estaban internamente divididos en relación a estas cuestiones, hasta el punto de que los Ministros de Justicia, en 1990, asignaron a un grupo de trabajo del Consejo formado por funcionarios públicos la tarea de someter a debate la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal¹⁹. Los exper-

17. La posición minoritaria entre los abogados penalistas fue defendida por INTER ALIA GRASSO, TIEDEMANN, DELMAS-MARTY, VOGEL and VERVAELE, quienes abogaron por una competencia funcional limitada. Una reciente conversación entre los proponentes y los opositores sobre este extremo que puede resultar interesante, está disponible en, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Europäisches Strafprozessrecht*, 2004, HEFT 2, 332-474 y B. SCHÜNEMANN (Eds.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln 2004.
18. Ver COM(90) 106 final, OJ C 106, 1990 propuesta para la directiva que fue la historia previa de la Directiva 91/308 sobre la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de dinero. Ver COM(87) 111 final, OJ C 153, 1987 y COM(88) 549 final, OJ C 277, 1988, que es la historia previa de la Directiva 89/592 coordinando la normativa y los reglamentos sobre comercio interior.
19. Ver el informe del grupo de trabajo *ad hoc* en J. A. E. VERVAELE, *Fraud against the European Community*, Deventer: Kluwer 1992, 313.

tos del gobierno estuvieron de acuerdo en que el Derecho comunitario podía establecer requisitos para el Derecho penal nacional, aun cuando no pudieron consensuar una posición inequívoca sobre la competencia de la CE en la armonización directa del Derecho penal. Los Estados miembros que estaban a favor de tal competencia (una pequeña mayoría, en la que se encontraba Holanda) deseaban, con todo, que fueran aplicadas ciertas condiciones. Esta armonización sólo podía representar el apéndice penal de una política comunitaria, es decir, no una armonización penal como tal, de tal modo que subsistieran intactos algunos puntos de partida o garantías consideradas esenciales en algunos Estados miembros para su propio Derecho penal. En este sentido se hacía alusión al rechazo de la responsabilidad penal de personas jurídicas, al rechazo de la introducción de sanciones mínimas, a principios relativos a la imposición de sentencias (e.g. el principio de la *capacidad de pago*) y a los principios que tienen relación con la investigación de las infracciones (como por ejemplo el archivo o la retirada de la acusación y el acuerdo).

Por lo tanto, y dado que el grupo de trabajo estaba dividido, el informe no comportó ningún avance político. Dentro del marco del Tratado de la CE en vigor, era políticamente imposible llegar a una solución viable. El asunto desembocó en una diferencia política de opinión fundamental²⁰. Los intentos holandeses durante la conferencia intergubernamental para la preparación del Tratado de Maastricht, con el objetivo de integrar los aspectos de justicia penal, incluyendo la competencia de armonización directa en el Derecho de la CE, estuvieron condenados al fracaso. El compromiso de Luxemburgo, ahora conocido como la estructura del tercer pilar, ha organizado la cooperación y armonización del Derecho penal en un pilar semi-intergubernamental que entró en vigor como parte del Tratado de Maastricht en el 1993. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999, el tercer pilar se desprendió de su carácter semi-intergubernamental y pasó a ser una materia sujeta en su totalidad a la política de la UE.

3. COOPERACIÓN Y ARMONIZACIÓN EN DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA, UN ASUNTO POLÍTICAMENTE ESTANCADO

Estructurar el tercer pilar para incluir la competencia legislativa directa de la UE en el ámbito de la cooperación y armonización en asuntos

20. Por ejemplo donde los Estados miembros fueron preparados para criminalizar el blanqueo de dinero sobre la base de las obligaciones derivadas del Derecho internacional hecho por la ONU y el Consejo de Europa, pero no por la CE. Ver la declaración intergubernamental para la Directiva 91/308, OJ L 66/77, 1991.

penales²¹ no ha calmado la batalla sino más bien al contrario. Después de todo, el tercer pilar es un poder suplementario que no puede ni socavar ni tampoco interferir en el orden de las competencias o poderes de la CE. Tanto el artículo 2 como el artículo 47 en conjunción con el artículo 2º del Tratado de la UE son claros en este sentido. El hecho que esta competencia exista no depende de que antes de la entrada en vigor del Tratado de la UE se hubiera o no aprobado algún reglamento o directiva que regulara el deber de armonizar el Derecho penal. El hecho de no ejercer una competencia no comporta su desaparición así como tampoco lo conlleva la entrada en vigor del Tratado de la UE, puesto que no es la voluntad política la que determina la competencia legislativa, como mínimo no sin antes haber modificado el Tratado. Sin embargo el tercer pilar de Derecho penal ha sido definido por muchos como exclusivo, es decir, prescindiendo de toda competencia relativa al Derecho penal en el primer pilar.

Creo que desde el inicio estaba claro que la división política entre el primer y el tercer pilar culminaría en una batalla institucional de competencia sobre la posición del Derecho penal en la UE. Además esta división también ha separado la aplicación del Derecho penal y el Derecho administrativo. Mis predicciones de 1995 se han hecho realidad²². Cada vez con mayor frecuencia la CE y la UE presentan propuestas legislativas incompatibles poniendo en juego la cuestión esencial relativa a la competencia para armonizar el Derecho penal. Respecto de muchas iniciativas legislativas desarrolladas durante el período comprendido entre 1993 : 2005, la Comisión adoptó una posición diametralmente opuesta a la del Consejo. No tiene sentido mencionar aquí cada una de las iniciativas : contra-iniciativas en las que la CE y los Estados miembros se manifestaron ante el Consejo. No obstante existen dos enfoques relevantes para el análisis que nos ocupa. En primer lugar, ni la Comisión ni los Estados miembros han presentado propuestas legislativas meditadas respecto del derecho y la ejecución penal. El programa de Tampere²³ no ha aportado indicaciones suficientes respecto a este extremo. Incluso en las materias sujetas a normativa de integración de amplio alcance como el mercado interior, I

21. Ver la edición especial de *Delikt en Delinkwent*, 2002, septiembre, edición especial *Panopticon*, 2004, núm. 1; G. Corstens y J. Pradel, *European Criminal Law* Dalloz, 2002 y B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2005; GROENHUIJSEN M. S. (2004) «Criminal Law in the European Union: a Giant Leap or a Small Step?» en A. MOORE (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the European Union*, Cambridge, 2004, 221-243.
22. J. A. E. VERVAELE, *Law Enforcement in Community Law within the first and third pillar: do they stand alone?*, *The Finnish Yearbook of International Law* Vol. VII, 1996, 353-369.
23. Recientemente actualizado por COM (2004) 0401.

unión aduanera o la unión monetaria, no hay ningún elemento relativo a la ejecución. En ninguna de las instituciones se ha desplegado un plan que atienda a las ideas de prevención y castigo, y a las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Tanto en el Consejo como en la Comisión, el criterio ha sido predominantemente *ad hoc* y ecléctico. Lo sorprendente en este contexto es que la Comisión no haya presentado ninguna propuesta para la protección penal del Euro²⁴, lo constituye el núcleo esencial de la política monetaria de la CE, y sin embargo, ha estado totalmente de acuerdo con el Consejo en la elaboración de la Decisión Marco²⁵. También resulta chocante que en algunas materias sujetas a normativa comunitaria, la Comisión no haya desarrollado ninguna iniciativa para la armonización del Derecho administrativo sancionador o del Derecho penal o, si lo ha hecho, sólo tímidamente. En este contexto se puede pensar en los servicios financieros y los reglamentos de valores. Es cierto que la reciente Directiva relativa al abuso de mercado²⁶ obliga a los Estados miembros a ejecutar los preceptos de dicha Directiva administrativamente, pero no se impone ninguna modalidad concreta de sanciones o penas. El artículo 14 (2) autoriza a la Comisión a hacer una lista de medidas administrativas y penas pero esta lista es meramente informativa. La falta de una política clara en el ámbito penal también se refleja en las iniciativas para la armonización penal. ¿Porqué, por ejemplo, la Comisión²⁷ presiona a favor de la armonización penal en el Derecho medioambiental y en la protección de los intereses financieros de la CE, pero en cambio no lo hace en el ámbito de la competencia, la pesca o el financiamiento del terrorismo? ¿Porqué los Estados miembros presionan para la armonización del Derecho penal en materia terrorista, xenofobia o la protección de las víctimas del delito pero no presionan para la armonización del Derecho penal ante vulneraciones graves de las normas de seguridad alimentaria, las violaciones de los derechos de propiedad intelectual o la gestión financiera de los negocios?

En segundo lugar es importante hacerse una idea clara de las escaramuzas institucionales en materia legislativa entre la CE y la UE en relación

24. El art. 12 del Reglamento 974/98 se limita a sí mismo en la redacción al establecer el deber de hacer cumplir que ni tan siquiera alcanza el nivel de la formulación mínima tal y como ha sido establecida por el TEJ. La propuesta para una regulación, COM(2000) 492 final, sobre la protección del euro contra la falsificación, no contenía ninguna obligación de Derecho penal.
25. Decisión Marco 2000/383, sobre el incremento de la protección a través de sanciones penales y otras sanciones contra la falsificación en conexión con la introducción del Euro, J L 140/1, 2000.
26. Directiva 2003/6, OJ L 96/16, 2003.
27. COM(2001)272final, OJ C 240 E, 2001.

a la armonización del Derecho penal. De modo breve de entre todos los conflictos legislativos que se produjeron durante el comprendido entre el 1993 y el 2005, se pueden distinguir tres tipos de conflictos distintos. El primer tipo puede ser denominado como «la desestimación» o «el rechazo». La Comisión presenta propuestas para la armonización del Derecho penal comunitario que el Consejo subsecuentemente rechaza o desestima. Como mucho la propuesta puede ser neutralizada y despojada de su contenido de Derecho penal. El Consejo aplica la vieja táctica legislativa que también fue utilizada en el período anterior a la entrada en vigor del Tratado de la UE. La propuesta de la Comisión sobre la aprobación de un reglamento sobre controles oficiales de seguridad alimentaria²⁸ (2003) representa una excelente muestra de ello. La Comisión subraya la necesidad de establecer una armonización funcional de la aplicación del Derecho penal, suplementaria a la existente armonización de la ejecución del Derecho administrativo. La Comisión reclama que debería elaborar una lista básica de las infracciones cometidas intencionadamente o por negligencia grave y que pueden amenazar la seguridad alimentaria a la vez que también la salud pública y para las cuales los Estados miembros tuvieran que prever sanciones penales. La lista no se limita a las infracciones relacionadas con la efectiva introducción en el mercado sino que incluye todas las infracciones que podrían eventualmente llevar a introducir en el mercado alimentos insanos.

Los Estados miembros deberían establecer, en concordancia con el artículo 55, unos estándares penales mínimos para elaborar esta lista:

«1.-Los Estados miembros deben establecer normas relativas a las sanciones aplicables a las infracciones de Derecho alimentario. Deben tomar también todas las medidas necesarias para asegurar que las sanciones son implementadas. Las sanciones establecidas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros deben notificar a la Comisión estas disposiciones y cualquier otra enmienda posterior sin la menor demora.

2.-Para el objetivo del párrafo 1, constituirán infracciones penales las actividades referidas en el anexo VI cuando se hayan cometido intencionadamente o por negligencia grave y ello en la medida en que supone una violación de las normas comunitarias de Derecho alimentario o de las normas adoptadas por los Estados miembros en cumplimiento de dicha normativa alimentaria.

28. COM(2003)52 final, texto disponible en formato electrónico únicamente a través de Eur-Lex.

3.-Las infracciones referenciadas en el párrafo 2 y la instigación o la participación en la comisión de tales infracciones por parte de personas físicas, debe ser punible con sanciones de naturaleza penal incluida la pena privativa de libertad siempre que ello sea apropiado. En el caso de ser cometidas por personas jurídicas, debe ser castigado con sanciones que incluyan multas penales o no penales y también se pueden contemplar otras sanciones como la pérdida del Derecho a acceder a beneficios o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para llevar a cabo actividades empresariales, supervisión judicial o clausura de la actividad».

Las infracciones graves en materia de seguridad alimentaria pueden amenazar la salud pública y ello ha quedado probado de forma concluyente a través de varios escándalos alimentarios en numerosos países europeos. En ciertos casos, como por ejemplo en España el triste suceso del aceite de colza, ello ha causado la muerte de muchas personas. A pesar de que los Estados miembros presentaron propuestas de decisiones marco, el Consejo despojó la propuesta de la Comisión de todo componente de Derecho penal. En el reglamento adoptado, el artículo 55 reza ahora como sigue:

«1.-Los Estados miembros deben establecer las normas de las sanciones aplicables a las infracciones del Derecho alimentario comunitario y otras disposiciones en relación a la salud de los animales y el bienestar y deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las mencionadas sanciones son implementadas. Las sanciones fijadas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2.-Los Estados miembros deben notificar a la Comisión estas disposiciones aplicables a las infracciones del Derecho alimentario y cualquier otra enmienda posterior sin demora alguna²⁹.»

El segundo tipo de conflicto legislativo puede ser calificado como de «secuestro», a través del cual el contenido de la propuesta para un reglamento o directiva es copiada en una propuesta para una decisión marco o viceversa. La Comisión y los Estados miembros se van turnando para «secuestrar» el contenido de las propuestas hechas por el otro para luego empaquetarlo en un instrumento legal distinto.

29. Reglamento (EC) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y el Consejo de 29 de abril de 2004 sobre los controles oficiales llevados a cabo para asegurar la verificación del cumplimiento del Derecho alimentario y las normas sobre salud y bienestar animal, OJ L 165/97, 2004.

El enfrentamiento relativo a la armonización del Derecho penal medioambiental es un asunto polémico (decisión marco versus directiva)³⁰. En muchos casos ello ha conducido a un punto muerto mientras que en otros ha comportado la adopción de decisiones marco contrarias a la opinión de la Comisión y el Parlamento Europeo.

El tercer tipo también denominado «cohabitación forzosa», consiste en la elaboración de dos propuestas paralelas pero en armonía entre ellas. Las disposiciones substantivas y si se da el caso, las disposiciones relativas a la armonización administrativa se incluyen en una propuesta para una directiva o reglamento, mientras que los aspectos de la armonización de Derecho penal son incorporados en las decisiones marco. Un buen ejemplo de lo que se conoce como el criterio del doble texto, es la Directiva 2002/90 aparejada con la Decisión Marco 2002/946 relativa a la inmigración ilegal³¹. El paquete, tal y como fue aprobado finalmente, es el ejemplo por excelencia de la «cohabitación forzosa». La Directiva se impone a sus mismos límites para definir la participación y los actos prohibidos e imponer la obligación de prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. La Decisión Marco además justifica el repertorio del Derecho penal haciendo referencia directa a los preceptos prohibitivos de la Directiva. Se ha convertido en obligado prever sanciones penales. Para algunas infracciones cometidas para obtener ganancias financieras es obligatorio que se hayan previsto penas privativas de libertad estableciendo un límite mínimo de tiempo por debajo del cual no se puede imponer la sanción privativa de libertad más leve.

La Decisión Marco regula adicionalmente la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones³², también la jurisdicción, la extradición, la asistencia jurídica incrementada, etc. Las disposiciones de la Decisión Marco funcionan como substrato sustantivo y moral para las obligaciones de Derecho penal contempladas en la Decisión Marco. Otro claro ejemplo es el relativo a la contaminación medioambiental procedente de los barcos

30. Decisión Marco 2003/80 del 27 de enero de 2003 sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (OJ L 29, 2003) que fue anulada por el Tribunal Europeo. Asimismo la Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal, COM(2001), 139 de 13 de marzo de 2001, OJ C 180, 2001, tal como fue modificada por COM(2002) 544, OJ C 020 E, 2003.

31. Directiva del Consejo 2002/90/CE del 28 de noviembre de 2002 definiendo la facilitación de entrada, tránsito y residencia no autorizadas, OJ L 328/17, 2002 y la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 sobre el refuerzo del marco penal para impedir la facilitación de la entrada, tránsito y residencia no autorizadas, OJ L 328, 2002.

32. No sin embargo la responsabilidad penal de personas jurídicas.

en dicho caso ambas propuestas³³ fueron ideadas por la Comisión³⁴. El artículo 6 de la propuesta para la directiva incluye la obligación de convenir sanciones penales para la descarga ilegal de sustancias contaminantes de acuerdo con la definición que hace la Comisión Internacional Marpol para la prevención de la contaminación procedente de barcos, estableciendo para el caso de vulneraciones graves, penas de cárcel también para personas físicas. La propuesta para una decisión marco directamente hace referencia al artículo 6 de la Directiva, además define las modalidades de las sanciones penales, y también incluye disposiciones relativas a los equipos de investigación conjunta y asistencia legal. En este sentido también los preceptos de Derecho penal que contenía la propuesta para una directiva resultaron ser definitivamente inaceptables por parte del Consejo. En la Directiva aprobada han sido eliminadas todas las referencias a las obligaciones relativas al Derecho penal. Por otro lado además se conoce que las negociaciones en ese paquete progresaron con mucha dificultad. Ciertos Estados miembros con importantes intereses en juego en este sector fueron extremadamente precavidos con respecto a las obligaciones de Derecho penal que deberían ser evaluadas y ejecutadas por la Comisión.

En los expedientes de migración y contaminación en el mar, La Comisión ha tenido que aceptar su derrota pero aún no ha desistido. Un ejemplo reciente, de 12 de julio del 2005, es la propuesta combinada de la Comisión para una directiva y una decisión marco relativa a las medidas penales para combatir las violaciones de los Derechos de propiedad intelectual³⁵. Esta propuesta es la elaboración posterior de la Directiva 2004/48 relativa a la ejecución de los Derechos de propiedad intelectual³⁶ que impone la obligación a los Estados miembros de establecer medidas de Derecho privado y administrativo y para implementar las obligaciones en

33. Directiva 2005/35/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 7 de septiembre sobre contaminación procedente de buques y sobre la introducción de sanciones penales para las infracciones, OJ L 255/11, 2005 y la Decisión Marco del Consejo 2005/667 de 12 de julio de 2005 para reforzar el marco de Derecho penal para el cumplimiento del Derecho contra contaminación procedente de buques, OJ L 255/164, 2005.

34. Con frecuencia esto implica cooperación interinstitucional entre la Dirección General responsable para una materia específica y la Dirección General para el tercer pilar.

35. Propuesta de Directiva sobre medidas penales dirigidas a asegurar el cumplimiento de los Derechos sobre la propiedad intelectual y la propuesta para la Decisión Marco para reforzar el marco de Derecho penal con el objetivo de combatir los delitos contra la propiedad intelectual, COM(2005) 276, solamente disponible en formato electrónico a través de EUR-Lex.

36. OJ L 157/45, 2004.

consonancia con el acuerdo internacional de TRIPs que hace de la ejecución penal algo obligatorio. En la propuesta para una directiva, la Comisión claramente reclama el poder directo para imponer la armonización del Derecho penal pero al hacerlo se limita ella misma a la obligación de los Estados miembros de criminalizar infracciones intencionadas, ciertas modalidades de participación criminal e imponer sanciones penales incluidas las penas de cárcel. La posterior determinación de las sanciones (nivel, etc.), la cuestión de la jurisdicción y algunos aspectos procesales penales como la iniciación de los procesos penales sin necesidad de que exista una queja o denuncia, se encuentran todos regulados en la Decisión Marco.

Este análisis posterior aclara diversos aspectos. Por cuanto respecto al Derecho penal no existe ninguna política europea coherente con ninguno de los actores involucrados.

La Comisión, como garante de los intereses de la Comunidad, considera su deber obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales para el caso que se produzcan vulneraciones graves de intereses comunes de la integración europea pero o bien ve todos sus esfuerzos bloqueados totalmente por el Consejo, o bien se encuentra con que el Consejo es sólo preparado para imponer tal obligación a través de una Decisión Marco de la UE. Los Estados miembros no parecen muy preocupados con relación a la ejecución de la normativa-política comunitaria, pero sí lo es contra el terrorismo, el crimen organizado, etc. Para la Comisión ha sido evidente desde hace ya un tiempo, que el Consejo continuaría reclamar los Derechos del tercer pilar en la armonización del Derecho penal ha sido incluso, en contra de la opinión de su propio servicio legal³⁷. La «cohabitación forzosa» tampoco ha dado lugar al resultado deseado. La Comisión ha tenido que renunciar a sus ambiciones en el ámbito del Derecho penal y reconocer la exclusividad del tercer pilar en estos asuntos hasta incluso en áreas que pertenecen claramente a competencia legislativa de la CE. El hecho de que la obligación para los Estados miembros de conseguir

37. En numerosas opiniones, entre otros asuntos relativos al cumplimiento del Derecho penal referente al Derecho medioambiental, el Servicio Legal del Consejo ha aclarado que el Derecho de la CE proporciona una base legal para una armonización limitada del Derecho penal, restringida a la obligación de criminalizar infracciones de preceptos prohibitivos y establecer sanciones penales. Las modalidades de sanciones penales y otros aspectos, de acuerdo con el Servicio Legal deberían estar reguladas en las decisiones marco del tercer pilar. Respecto a la propuesta de decisión marco sobre la retención del tráfico de datos de aquellos que proporcionan servicios, el Servicio Legal del Consejo consideraba que estos asuntos sólo podían ser regulados por un instrumento de la CE (comunitario). Las opiniones son confidenciales.

armonización del Derecho penal no venga impuesta a través de una directiva o reglamento no constituye una conclusión neutral. Las decisiones marco requieren unanimidad. Las directivas y los reglamentos son normalmente adoptados a través de medios de co-decisión y mayoría cualificada. Esto significa que el Parlamento Europeo es competente para la co-decisión, lo que supone una mayor legitimidad democrática, aun cuando resulta mucho más difícil llegar a una decisión en el Consejo de Asuntos de Justicia e Interior. Por otro lado, a diferencia de las decisiones marco, los reglamentos y las disposiciones inequívocas e incondicionales de las directivas, sí tienen efecto directo. En el primer pilar la Comisión también tiene muchas más vías para obligar a los Estados miembros a acatar lo relativo a la armonización del Derecho penal. La Comisión podría iniciar un expediente-proceso de infracción contra un Estado miembro, y éste podría ser declarado responsable económicamente por la no obediencia de los deberes de aplicación y podría incluso llegar a ser multado por no cumplir las decisiones de los tribunales. Entonces la vía comunitaria tiene muchas ventajas, tanto en lo que a legitimidad respecta, como en lo referente a términos de eficiencia.

Solamente se podría desbloquear el punto muerto político a través de una regulación del principio por parte del Tribunal. Por tanto la Comisión ha hecho bien al provocar tal decisión planteando objeciones bajo el artículo 35 (6) UE contra la legalidad de la Decisión Marco aprobada por el Consejo el 27 de enero sobre la ejecución penal del Derecho medioambiental³⁸. Con esta Decisión el Consejo apartó la propuesta presentada por la Comisión para una directiva sobre la aplicación penal del Derecho medioambiental. El 13 de septiembre de 2005 el Tribunal pronunció su tan esperado fallo relativo al Caso C-176/03. Esta sentencia es un segundo punto de referencia por cuando respecta a la aplicación del Derecho comunitario ya que el Tribunal reconoció la competencia funcional de la CE para armonizar la aplicación del Derecho comunitario a través del Derecho penal. No menos de doce Estados miembros intervinieron en los trámites.

38. El hecho que la Comisión no empezara los trámites ante el Tribunal en el asunto del fraude de la CE, es debido a motivos legales. En el momento de la aprobación del la Convención PIF de 1995 bajo el tercer Pilar de Maastricht, la aprobación de la armonización de la directiva de armonización del Derecho penal sólo hubiera sido posible sobre la base del art. 209 A. Este precepto no obstante no constituía una base legal para la armonización. Ello fue solamente introducido por el artículo 280 del Tratado de Ámsterdam sobre la Unión Europea. Sobre esta base, la Comisión en 2001 presentó una propuesta para una directiva para la armonización del Derecho penal pero sin cuestionar la validez legal de las Convenciones. La propuesta para una directiva fue no obstante, únicamente provocada por la lentitud de los procedimientos de ratificación y ratificaciones incompletas de los protocolos de PIF.

Diez Estados miembros³⁹ apoyaron la posición del Consejo. Holanda fue el único Estado miembro que defendió la diversidad en la competencia sobre la armonización penal bajo el Derecho de la CE. Por esta razón la posición holandesa es especialmente interesante.

4. DERECHO PENAL DE LA COMUNIDAD Y LA POSICIÓN HOLANDESA⁴⁰

Holanda se ha implicado siempre en la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros. En el grupo de trabajo *ad-hoc* relativo al Derecho comunitario y el Derecho penal⁴¹, creado en el marco de la Cooperación Política Europea en el Consejo, Holanda fue uno de la mayoría de Estados miembros que reconocieron una base legal en el derecho de la Comunidad europea para la armonización funcional del derecho penal⁴². En la Conferencia Intergubernamental (CIG) para la preparación del Tratado de Maastricht, Holanda intentó incluso –aun sin éxito– integrar algunos elementos de política penal, incluyendo aspectos del *acquis* Schengen a la CE. En 1992 el gobierno dedicó un primer memorando específico a las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho penal. El contenido de este documento, que fue también expresamente suscrito por el entonces Ministro de Justicia Hirsch Ballin, coincidió con la opinión holandesa en el grupo de trabajo *ad hoc*. La armonización del Derecho penal por medio del Derecho comunitario era posible siempre y cuando actuara como un apéndice funcional de las políticas comunitarias y se garantizaran los puntos del derecho (procesal) penal considerados más importantes por los Estados miembros. Holanda consiguió incluso bloquear la armonización de las penas mínimas mediante una Declaración al Tratado de Ámsterdam. En 1999, inmediatamente después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y del tercer pilar reequilibrado, el entonces Ministro de Justicia, Korthals, envió al Parlamento un memorando sobre el Derecho penal europeo, en el que se discutía exclusivamente el Derecho penal del tercer pilar y la propuesta de *Corpus Iuris*⁴³.

39. Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido.

40. Vid. para mayor detalle E. A. M. VERHEIJEN, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen 2006.

41. Vid. supra nota 10.

42. *Kamerstukken II* 1991/92, 22300 VI, núm. 39.

43. M. DELMAS-MARTY, *Corpus Iuris*, Paris 1997 y M. DELMAS-MARTY and J. A. E. VERVAELE, *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, 2000-2001, IV volumes, Antwerp.

artículos 29 y 47 UE obstaculizan la competencia exclusivamente para el tercer pilar y manifestó también que la exclusión del Derecho penal del Tratado CE no era prevista por principio y que era posible que, incluso atendiendo al principio de subsidiariedad, la armonización comunitaria de provisiones nacionales de derecho penal y sanciones nacionales fuera necesaria para la realización de los objetivos CE. El Consejo de Estado suscribió de forma amplia las opiniones de la Comisión. El mes de septiembre de 2001, el grupo de trabajo para la evaluación de las nuevas propuestas de la Comisión [*Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC)*] presentó la que era la posición del gobierno al Parlamento⁵⁰. En el caso de la directiva ambiental, el grupo de trabajo tenía sus dudas sobre la conformidad con los principios de subsidiariedad, pero suscribió la posibilidad de armonización comunitaria de la aplicación penal en el Derecho comunitario. En abril de 2002, el ICER presentó también una opinión al Ministerio de Justicia. El Ministro había formulado numerosas cuestiones adicionales en respuesta a la opinión del Consejo de Estado, y en especial, en relación con las consecuencias del Derecho penal comunitario. Quedarían los Estados miembros obligados exclusivamente por vía penal ¿Sería imposible la aplicación por vía administrativa? El ICER se mostró en cierta forma evasivo, y la jurisprudencia del Tribunal en este punto continuaba siendo poco clara, aun cuando, en base a esta jurisprudencia, la posibilidad tampoco podía ser excluida. Así, en el supuesto de una propuesta la Comisión debería motivar porqué la aplicación exclusiva del derecho penal es necesaria y proporcionada para realizar los objetivos del tratado en un área particular. Que la Comisión pudiera demostrar esto no le pareció probable al ICER⁵¹, el cual replicó con audacia a la cuestión de si el Derecho penal comunitario debía tomar en consideración los principios legales en los que estaba basado el sistema de Derecho penal holandés. Los principios y sistemas nacionales podían quedar efectivamente afectados por la armonización CE. Por esta razón el ICER informó a los departamentos que trataban en materias relevantes, con el fin de garantizar la participación del Ministerio de Justicia en caso de propuestas con relevancia penal.

El actual Ministro de Justicia, Mr. Donner, no ha presentado un memorando específico sobre la relación entre el Derecho comunitario y penal,

agosto 2001, referencia W03.01.0420/VA, anexa al *Kamerstukken II* 2001-2002, 22 112, núm. 207.

50. *Kamerstukken II* 2001/02, 22112, pg. 23.

51. Durante el debate parlamentario desencadenado por la sentencia en el caso C-176/03 el Secretario de Estado de Asuntos extranjeros y el Ministro de Justicia tomaron también esta posición. Vid. *Kamerstukken II* 2005/06, Aanhangel van Handelingen, núm. 679.

pero de sus diversas intervenciones desde 2003 puede extraerse un cierto distanciamiento o renuencia respecto de la posición del gobierno. El Ministro teme que la armonización del derecho penal en relación con la delincuencia internacional y tranfronteriza comporte demasiada influencia en el funcionamiento de los sistemas penales en los Estados miembros. Por esta razón, el Ministro se manifiesta a favor de un Derecho penal europeo supranacional (investigación, acusación, juicio) para los intereses típicos de la CE (el Euro, fraudes comunitarios) y la delincuencia transfronteriza⁵². En la Convención y en la CIG preparatoria del Tratado de Constitución europea, Holanda advirtió sobre el riesgo de centrarse en un solo aspecto en la armonización legal del derecho penal, y se mostró también a favor –aun cuando sin éxito– de incluir una base legal en el Tratado para la creación de un sistema de justicia penal supranacional⁵³.

Finalmente, como se ha mencionado, la importancia que Holanda atribuye a este asunto es aparente. Holanda defiende la posición que existe espacio para la armonización del derecho penal a través de la Comunidad.

«Dado que la pena está vinculada de forma inseparable a previsiones comunitarias sustantivas relevantes y que puede mostrarse que la imposición de penas por el Derecho penal es necesaria para la realización de los objetivos del tratado en el área concerniente (véase Asunto C-240/90 Alemania v Comisión [1991+ ECR I-5383]). Éste podría ser el caso si la aplicación de una regla armonizadora basada, por ejemplo, en el artículo 175 EC diera lugar a una necesidad de sanciones penales»⁵⁴.

5. UN ANÁLISIS DETALLADO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA Y LA FUTURA POLÍTICA DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

5.1. LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LA APLICACIÓN PENAL DESPUÉS DEL ASUNTO C-176/03

El Comisario Frattini, responsable del Área Europea de Libertad, Seguridad y Justicia está al corriente de que el fallo obliga a la Comisión, como *alma mater* de la política legislativa en la CE, a presentar una visión horizontal coherente para todas las áreas. Después de consultas entre va-

52. Véase por ejemplo el discurso del Ministro Donner con ocasión de la inauguración de Eurojust en La Haya. http://www.justitie.nl/pers/speeches/archief/archief_2003/060503speechdonnereurojust.asp.

53. <http://www.grondweteuropa.nl/9310000/d/bijdreu/nlreg733.pdf>

54. Del fundamento 36 de la Sentencia de la Corte en el caso C-176/03.

rios Directores generales, la Comisión en noviembre 2005 presentó una comunicación específica⁵⁵ al Parlamento europeo y al Consejo sobre las implicaciones de la sentencia del Tribunal en el asunto C-176/03.

La Comisión empieza analizando el contenido y alcance de la decisión del Tribunal. El artículo 47 TUE dispone que el Derecho comunitario es prioritario sobre el Título VI TUE, esto es, el primer pilar prevalece sobre el tercero. El Tribunal sostenía que el artículo 175 TCE constituye una base legal apropiada para los asuntos regulados en los artículos 1-7 de la Decisión marco. La Comisión señala sutilmente que los artículos 1-7 son previsiones penales relativas a la definición de los delitos, el principio de obligación de imponer sanciones penales, el nivel de las penas accesorias, y las reglas sobre participación e inducción. La Corte fue más allá que el Abogado General en su Opinión, no sólo aceptando que la CE pueda obligar a los Estados miembros al cumplimiento mediante mecanismos de Derecho penal, sino también que pueda establecer en detalle cuales deberían ser los medios. De este modo, la Comisión adopta el fallo del Tribunal. La Comisión subraya que la sentencia no supone que el Tribunal haya reconocido la aplicación penal como un área de la política comunitaria, puesto que el derecho penal es únicamente un apéndice de una área política sustantiva. Por otro lado, la Comisión no considera, sin embargo, que la sentencia del Tribunal pueda impactar potencialmente en todas las áreas de integración negativa (las cuatro libertades) e integración positiva, para el cumplimiento efectivo de las cuales el Derecho penal pueda ser necesario. Este test de necesidad debe ser definido funcionalmente, área por área, de modo que para algunas políticas puede no requerirse aplicación penal, pero sí para otras. El test de necesidad determina también la naturaleza de las medidas penales tomadas, y aquí la Corte no impone ninguna restricción, pues el enfoque es también funcional. Aunque cuando la Comisión no aporta más elementos, nosotros podemos concluir de ello que la Comisión desea obviamente dejar la puerta abierta a la armonización de aspectos de la parte general del Derecho penal o de Derecho procesal cuando sea necesario. La Comisión indica también su preferencia por medidas horizontales cuando ello sea posible, esto es, trascendiendo áreas políticas específicas. Aquí podríamos pensar en medidas penales horizontales para el sector de la agricultura y los fondos estructurales en conexión con la lucha contra el fraude comunitario o el terrorismo o el crimen organizado. La Comisión considera asimismo que la sentencia pone fin al sistema de doble texto, en directivas y reglamentos de política sustantiva y su aplicación administrativa y decisiones marco para la aplica

55. COM(2005) 583 final.

ción penal de esa misma política. A partir de ahora, todo ello puede establecerse en una única directiva o reglamento.

En la segunda parte de la comunicación la Comisión discute las consecuencias de la sentencia de forma más específica. En primer lugar, la Comisión indica que las previsiones de Derecho penal relativas a la cooperación policial y judicial, incluyendo medidas sobre el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y medidas basadas en el principio de disponibilidad, se hallan en el área de competencia del tercer pilar. Ello es cierto para la armonización *per se* de la parte general del derecho penal o del derecho procesal penal en el marco de la cooperación y reconocimiento mutuo. La armonización penal de políticas que no son parte del Tratado CE, pero que son necesarias para los objetivos del área de Libertad, Seguridad y Justicia deberán ser abordadas también en el tercer pilar. Un aspecto interesante es que en esta segunda parte, la Comisión define las condiciones para la armonización penal a través de la Comunidad bajo el título «*Consistency of the Union's criminal law policy*». La Comisión indica claramente que la armonización penal en la Comunidad europea sólo es posible si existe una necesidad clara de hacer efectiva la política en cuestión. Además, deben tenerse también en cuenta los requisitos de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y ello implica una obligación estricta de ofrecer motivación. La armonización puede afectar a la tipificación de delitos, las penas, pero también las llamadas «otras medidas penales apropiadas a la materia en concreto». Está claro que la Comisión no quiere comprometerse únicamente a la armonización de los tipos penales y las penas, puesto que afirma que: «Las medidas penales adoptadas a nivel sectorial sobre una base Comunitaria deben respetar la coherencia general del sistema penal de la Unión, tanto si se adopta sobre la base del primer como del tercer pilar, y ello para asegurar que las previsiones penales no devengan fragmentarias e inconexas. Tanto la Comisión, por un lado, como el Consejo y el Parlamento europeo, por el otro, deben velar para asegurar esta coherencia, y también para prevenir que los Estados miembros o las personas interesadas sean requeridas para cumplir obligaciones opuestas. Se trata de un requerimiento interesante, aun cuando presupone que la Unión europea tiene una política penal coherente, lo que, sin embargo, no está todavía claro. Queda todavía mucho por hacer y por ganar».

En la tercera parte de la comunicación la Comisión discute las consecuencias de la Sentencia de la Corte en la práctica legislativa actual y hace una distinción entre la legislación secundaria que ya ha sido aprobada en el Consejo y los asuntos pendientes. La Comisión considera necesario corregir aquella legislación que, una vez dictada esta sentencia, se evidencie que fue adoptada o propuesta sobre una base legal errónea. Las Institu-

ciones de la Unión europea tienen la obligación de restaurar su legalidad y también ofrecer certeza legal respecto de la implementación en los Estados miembros. En este contexto, la Comisión se refiere a su reciente apelación a la Corte por la anulación de la Decisión Marco 2005/667 de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques⁵⁶. La Comisión prevé dos estrategias para efectuar las correcciones de acuerdo con la sentencia del Tribunal. La primera estrategia consiste en transferir medidas específicas de derecho penal desde una lista de decisiones marco que todavía debe ser decidida de entre la legislación comunitaria, sin discusión sobre el contenido y alcance. Se trata de una operación formal y técnica que requiere de un previo acuerdo entre el Parlamento europeo y el Consejo. La Comisión indica también claramente su propia estrategia, en el supuesto de que faltara este acuerdo. En este caso, la Comisión hará uso de su iniciativa legislativa, no solo para restaurar la base legal, sino también para, a su vez, priorizar soluciones sustantivas en línea con intereses y necesidades de la Comunidad. Respecto de los asuntos pendientes está claro que el procedimiento legislativo ordinario permite a la Comisión corregir sus propuestas cuando sea necesario. Finalmente, la Comisión anexa una lista de legislación secundaria adoptada y de propuestas pendientes que considera necesario enmendar. La legislación secundaria adoptada se refiere a la protección penal del medio ambiente⁵⁷, el Euro⁵⁸ y formas de pago distintos del efectivo⁵⁹; blanqueo de dinero, seguimiento, embargo y decomiso⁶⁰; entrada ilegal, tránsito y residencia⁶¹; corrupción en el sector pri-

56. Caso C-440/05, pendiente.

57. Decisión Marco 2003/80 de 27 de enero de 2003 sobre protección penal del medio ambiente (DOCE L 29, 2003) que fue anulada por el Tribunal de Justicia y la Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la Protección Penal del Medio Ambiente, COM (2001), 139 de 13 de marzo de 2001, DOCE C 180, 2001, según modificación de OCM (2002) 544, DOCE C 020 E, 2003.

58. Decisión marco 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, DOCE L 140/1, 2000 según reforma de la Decisión marco DOCE L 329/3, 2001.

59. Decisión marco sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medio de pago distintos del efectivo, DOCE L 149/1, 2001.

60. Directiva 91/308 sobre protección del uso del sistema financiero para fines de blanqueo de dinero, DOCE L166, 1991 reemplazada por Reglamento 2005/60 y la Decisión marco relativa al blanqueo de capitales, seguimiento, embargo y decomiso de los instrumentos y productos del delito, DOCE L 182/1, 2001.

61. Directiva 2002/90 por la que se define la entrada ilegal, tránsito y residencia, OJ L 328, 2002 y Decisión marco 2002/946 destinada a reforzar el marco penal

vado⁶²; ataques contra los sistemas de información⁶³ y contaminación grave procedente de buques⁶⁴. La Comisión indica cada vez la base legal en el Tratado de la Comunidad europea que debería ser usada. En ocasiones, la base legal es específica, como sucede en el artículo 123(4) sobre la aplicación penal relativa al euro, o el artículo 80(2) TCE para la protección penal de las reglas de contaminación procedente de buques. En otras ocasiones, la base legal recae en el poder general establecido en el artículo 95 TCE, como en el caso de corrupción en el sector privado. En algunos supuestos, como en el blanqueo de dinero, se combina una base legal específica [*in casi quo* artículo 47(2) TCE] con la base legal general del artículo 95 EC. Sin embargo, la Comisión omite indicar qué previsiones específicas o tópicos deberían ser transferidos al Derecho comunitario. Estoy convencido que la Comunidad deseó claramente dejar abierto este punto para posibles negociaciones entre el Consejo y el Parlamento europeo.

En relación con las propuestas pendientes, la Comisión se limita a dos supuestos: la protección penal de los intereses financieros⁶⁵ de la comunidad y la protección de los derechos de propiedad intelectual⁶⁶. No obstante, en una nota a pie de página, la Comisión se refiere también a un número de áreas específicas adicionales. Cualifica la propuesta para una decisión marco en la lucha contra el racismo y la xenofobia como conforme con el Tratado, pero añade que cualquier iniciativa futura para los propósitos de la aplicación del derecho penal debería hacerse a través de una directiva basada en el artículo 13 TUE. La Comisión señala también dos propuestas cuya preparación se halla actualmente estancada, en con-

para prevenir la ayuda a la entrada, la circulación y a la estancia irregulares, DOCE L 328/17, 2002.

62. Decisión marco 2003/568, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOCE L 192/54, 2003.
63. Decisión marco 2005/222 relativa a los ataques contra los sistemas de información, DOCE L 69/67, 2005.
64. Directiva 2005/35 relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, DOCE L 255, 2005 y Decisión marco 2005/667 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, DOCE L 255/11.
65. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y el Consejo sobre protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, DOCE C 240E/125, 2001.
66. Propuesta para una Directiva sobre medidas penales orientadas a asegurar la aplicación de los derechos de propiedad intelectual y propuesta para una Decisión marco para reforzar el marco penal para combatir los delitos contra la propiedad intelectual, COM (2005) 276 final, disponible únicamente en formato electrónico a través de EUR-Lex.

creto, la propuesta griega sobre la lucha contra el tráfico de órganos y tejidos humanos⁶⁷ y la propuesta alemana sobre la protección penal contra conductas fraudulentas o anticompetitivas en relación con la concesión de contratos públicos en el mercado común⁶⁸. Con este análisis la Comisión no ha puesto todavía todas sus cartas sobre la mesa. En particular, no se aclara que sucedería respecto de posibles propuestas para la armonización de políticas en las que la Comisión no ha asumido todavía ninguna acción. Se podría pensar por ejemplo en la política agrícola o de pesca común o en servicios financieros. Además, no se mencionan un número de propuestas fallidas, como la de los controles en alimentación.

Con esta comunicación la Comisión ha tomado una posición clara y ofrece una orientación para el futuro. También ha optado por adoptar una posición selectiva, que sigue también de forma coherente la agenda legislativa⁶⁹.

Deberá verse si la luz verde da lugar a una avalancha de propuestas en el derecho penal comunitario. Tanto los Estados miembros como el Consejo continúan trabajando sus estrategias.

5.2. LA SENTENCIA EN EL ASUNTO C-173/03: RECEPCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y EN EL CONSEJO DE JUSTICIA E INTERIOR

A pesar de la opinión unánime sobre los diversos servicios legales en los órganos EU, incluyendo los del propio Consejo, la sentencia de la Corte ha sido acogida con asombro y descrédito por varios gobiernos. Que la decisión de la Corte no fuera abrazada por los Estados miembros es algo poco sorprendente dadas las numerosas intervenciones de aquellos en favor del Consejo en los procedimientos. Sin embargo, los gobiernos han centrado sus críticas en la Comunicación de la Comisión y los han introducido en el Consejo Justicia e interior. En Dinamarca el Ministro de Justicia no desperdició el tiempo en informar al Parlamento sobre la sentencia y en presentar una reserva⁷⁰. El Ministro sostuvo que no podía hallarse ninguna base legal en el tratado CE, pero expresó su percepción de que la sentencia de la Corte no está limitada al derecho ambiental. En Francia,

67. Propuesta para una decisión marco de 26 de abril 2003, DOCE C 100/27, 2003.

68. Propuesta para una decisión marco de 4 de septiembre 2000, DOCE C 253/3, 2000.

69. Vid. el SCHEDULE legislativo de la comisión para 2006 para asuntos JHA, <http://www.statewatch.org/news/index.html>.

70. Memorandum del 13 de octubre de 2005, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/a16a3e79/2005_sv21.pdf

la iniciativa vino del propio Parlamento. El 25 de enero 2006 la Comisión de Asuntos europeos de la *Assemblée Nationale* francesa informó al presidente de la *Assemblée*⁷¹. La Comisión considera que la Corte ha actuado sobrepasando su competencia y ha demostrado cierto *fédéralisme judiciaire*. Asimismo, la Comisión señala que ha llegado el momento de poner fin al *gouvernement des juges* y restaurar el poder a las entidades a las que pertenece, estos es, al gobierno de los Estados miembros. La Comisión propone aplicar la previsión puente del artículo 42 EU e incorporar un procedimiento de freno de emergencia en el Consejo europeo⁷². La Comisión no está tampoco especialmente satisfecha con la comunicación de la comisión en respuesta a la sentencia y rechaza lo que considera una «interpretación excesiva». De acuerdo con la Comisión es imposible concluir del fallo que existe un poder de la Comunidad para la armonización criminal de todas las áreas de políticas comunes de la EC y las cuatro libertades del mercado interno. Por el contrario, la Corte limita este poder a objetivos esenciales, intersectoriales y fundamentales.

En Holanda, la Comisión Inter-Departamental de Derecho europeo (ICER) ha examinado el fallo con el fin de establecer si sus opiniones previas necesitan una adaptación. El ICER⁷³ considera que su opinión 2002⁷⁴ no necesita una enmienda sustancial y subraya que el fallo impacta en todas las políticas previstas en los artículos 2 y/o 3, entre las cuales, empleo, políticas sociales, cultura y salud pública, o asuntos sensibles como drogas, eutanasia, aborto y prostitución. El ICER considera también que la respuesta a la cuestión sobre la competencia para armonizar las sanciones penales no ha quedado suficientemente clara. En este sentido, existen dudas sobre si la Comunidad es competente para prescribir sanciones penales *específicas* y su nivel. El ICER defiende el preservar la mezcla de instrumentos, entre los cuales, la elección para la aplicación de sanciones administrativas o penales y, en consecuencia, se manifiesta en contra de que la competencia de la Comunidad europea en el ámbito de la específica definición de las sanciones penales sea demasiado exclusiva. La opinión del ICER fue tomada íntegramente en la posición del Gabinete minis-

71. <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvyg6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=vh7rdrlf7yxv.pdf>

72. Éste es el procedimiento de freno de emergencia que ofrece el Tratado de Constitución europea para el supuesto de armonización penal que pone en peligro intereses esenciales de los Estados miembros.

73. Informe sobre derecho penal y primer pilar II, 2006, finales de marzo de 2006, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/fj9vvyg6i0ydh7th/vh61mhl1t9ua>

74. Vid. sección 4 de este trabajo.

Ministerio de Justicia. Dirección General de los Registros y del Notariado. Inventario de la colección de publicaciones de la Unión Europea. 2006. ISBN 978-84-299-1000-0

terial de abril de 2006⁷⁵ tal y como fue presentada al Parlamento por los Ministros Nicolai y Donner.

En enero de 2006 en Viena, el Consejo JHA durante las consultas informales examinó la comunicación de la Comisión por primera vez. El Consejo es de la opinión que no es urgente rectificar la legislación. Algunas decisiones marco adoptadas ya han sido adoptadas en el ámbito nacional. También se planteó que el Consejo no está preparado para concluir un acuerdo de transferencia en favor del primer pilar. La Comisión indicó en ese momento que estaba preparada para tomar parte en un proceso legislativo caso por caso. Los Ministros determinaron su posición durante el Consejo formal de justicia y asuntos de interior de febrero de 2006⁷⁶. Estaba claro para ellos que la armonización de la ley (procesal) penal no es en principio competencia de la Comunidad. Las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva, aun cuando estas excepciones no deberían ser más que el apéndice de políticas comunitarias detalladas. Los Ministros eran también de la opinión que en la armonización de sanciones penales la Comunidad debe dejar espacio a los Estados miembros para definir los requisitos de efectividad y proporcionalidad y no deberían regular todo en detalle y de forma exclusiva. Respecto del procedimiento, se decidió que en el caso de las propuestas de la Comunidad con un contenido (parcial) de derecho penal, la Comisión debería indicar esto de forma expresa al COREPER. De esta forma, las consultas podrían desarrollarse entre el Consejo de justicia e interior y los Consejos de la Comunidad en las áreas implicadas y los Ministros de justicia e interior podrían asegurar la coherencia del sistema de derecho penal de la Unión⁷⁷. La posición del Consejo de justicia e interior es claramente más moderada que las opiniones de algunos Ministros de justicia nacionales. Se reconoce la competencia para armonizar, incluyendo la armonización de sanciones penales y posiblemente aspectos de la ley de procedimiento criminal. Se hace pues referencia al procedimiento para consultas entre los Consejos en las diversas políticas y el Consejo de justicia e interior, más que a un poder para este Consejo para codecidir⁷⁸.

75. DIE-402/06, <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1f/j9vvygy6i0ydh7thvh61mhl1t9ua>

76. Vid. documento 6466/06 de la Presidencia, Consecuencias procesales de la sentencia de la Corte de Justicia en el asunto C-176/03, 16 de febrero 2006.

77. Punto 3.3.2 del Programa de La Haya de 24 de noviembre 2005.

78. Algunos Ministros defendieron esta visión.

6. CONCLUSIONES

El fallo de la Corte en el caso C-176/03 ha suprimido formalmente cualquier base legal para la implementación en el derecho nacional. Parece bastante improbable que los Estados miembros tengan que desarrollar una operación legislativa en el marco de una *cessio bonorum* voluntaria del tercer al primer pilar. Ello no significa que el fallo de la Corte no tenga consecuencias de gran alcance para la europeización del derecho penal y en consecuencia también para la dimensión penal de la integración europea.

Podemos entonces plantearnos si está justificado el reproche a la ex-*tralimitación* de competencias de la Corte, si estamos efectivamente ante un supuesto de *gouvernement des juges*, y si existen ya supuestos anteriores conocidos. Efectivamente, cuando en 1963 y 1964 la Corte en *Van Gend Loos* and *Costa Enel* estableció la prioridad y el efecto directo del derecho comunitario como principios constitucionales, los Estados miembros se unieron en su indignación. Desde entonces, sin embargo, estos principios se han considerado los pilares básicos sobre los que descansa la integración europea y se acepta, en general, que la integración europea hubiera fallado sin la autonomía de la Corte. Es más, algunos Estados miembros están en una posición difícil para instar o apelar al Tribunal sobre la autonomía de los Estados miembros. Francia, por ejemplo, ha desarrollado una lista de casos de aplicación fallida y ha desafiado a la Comisión y la Corte ignorando las conclusiones en contra del Tribunal en el caso de la industria pesquera⁷⁹. En esta reciente sentencia, la Corte ha sido especialmente minuciosa, pues ha optado para sentarse en plenario y se ha tomado su tiempo en el caso. En mi opinión, la sentencia es coherente con las opiniones anteriores de la Corte. La Corte nunca se ha mostrado a favor del poder exclusivo de los Estados miembros o del tercer pilar en el ámbito del derecho penal. La Corte aplica de hecho una interpretación extensiva del Tratado EU, lo que ha venido haciendo durante decenios, y ello tomando la perspectiva funcional, esto es, realizando los objetivos de la integración europea. Este enfoque es visible, no sólo en su sentencia, sino también, por ejemplo, en el ámbito de la financiación del terrorismo⁸⁰. No obstante, estoy de acuerdo con aquellos que son críticos

79. Asunto C-304. Comisión V. Francia, sentencia de 12 de julio 2005, texto disponible a través de la página web del Tribunal Europeo de Justicia.

80. En el asunto T-306/01, Ahmed Ali Yusuf Al Bakaraat – T-315/01, Abdullah Kadi, el Tribunal construye una base legal en el Tratado EC para la lista de sanciones contra organizaciones y personas sospechosas de haber participado en el financiamiento del terrorismo, combinando previsiones del Tratado EC con el artículo 2 EU, con el objetivo de realizar una política común de asuntos exteriores y seguridad.

con la sentencia, en el sentido de que la Corte hubiera hecho bien de ofrecer un razonamiento más extenso a su decisión, lo que hubiera evitado un buen número de las actuales dudas. En primer lugar, la Corte no discute de forma expresa el ámbito material de la sentencia. En mi opinión, la comisión de la *Assemblée* francesa no ha planteado correctamente la cuestión. Evidentemente la Comisión deberá ofrecer razones para demostrar que el objetivo en cuestión es esencial para la integración europea y que la armonización del Derecho penal es efectiva y necesaria. Sin embargo, considero que es imposible concluir, a partir del fundamento 42 (carácter intersectorial y fundamental del objetivo), que éste sea el último y más decisivo criterio o que la armonización del derecho penal esté fuera de duda para, por ejemplo, garantizar la seguridad alimentaria, evitar el fraude comunitario o proteger el euro. Después de todo, ¿no sería extraño que la armonización fuera posible para políticas de apoyo y no para áreas de exclusiva competencia? Un segundo problema en conexión con el ámbito material es el relativo a la formulación de los artículos 135 y 280 TCE en cuanto que excluyen *la aplicación del Derecho penal nacional y la Administración nacional de Justicia* del poder de tomar medidas. La propia Corte se limita a observar que estas previsiones no obstaculizan la armonización penal en materia medioambiental. No obstante, esto no ha clarificado cuál es el ámbito de estas previsiones para una posible armonización del Derecho penal. Es interesante que el Consejo de estado holandés en su opinión⁸¹ considere que la armonización del Derecho penal es inherente al artículo 280 y que las restricciones mencionadas no obstaculizan las obligaciones comunitarias de criminalizar y la armonización de las definiciones del delito. Los principios en que se basan los sistemas nacionales de Derecho penal, tales como la decisión de perseguir un delito, la discrecionalidad en la sentencia, etc., están excluidas. Debe esperarse también que la sentencia de la Corte en el caso C-440/05 aporte más luz a la armonización de las sanciones penales. Al fin y al cabo, en este supuesto la Comisión afirma de forma expresa que las previsiones de la decisión marco cuestionada sobre contaminación procedente de buques relativas al tipo y nivel de las sanciones penales también caen dentro de las competencias comunitarias.

La discusión relativa a la interpretación legal de la sentencia es una cosa; convertir esta competencia legal en moneda política en el Consejo es otra. Ciertamente el procedimiento de codecisión ofrece más oportunidades de éxito que el procedimiento de unanimidad y el Consejo deberá

81. Opinión del Consejo de Estado, de 31 de agosto 2001, referencia núm. W03.01.0420/IIA, anexo al TK II 2001-2002, 22 112, núm. 207. El Gabinete solicita de forma creciente al Consejo de estado su opinión sobre las políticas legislativas europeas.

evitar volver a ser reprendido por el Tribunal. A pesar de la actitud escéptica del Consejo y de los Estados miembros, lo lógico en algunas políticas, como en los incumplimientos graves de las reglas del mercado de valores (insider dealing, abuso de mercado, etc.) sería unir las reglas sustantivas y la aplicación del Derecho penal y administrativo en un único instrumento comunitario, y de esta forma recomendar un modelo de aplicación integrado. ¿Estaban al fin y al cabo en lo cierto quienes manifestaron que esta sentencia comportaría que muchos aspectos de las políticas penales nacionales pasaran a la dirección del derecho penal europeo? Es obvio que el impacto de la sentencia del Tribunal no puede ser subestimado. Poco después del fallo, la Comisión propuso una directiva relativa a la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica⁸². Mientras, los Estados miembros habían estado negociando una propuesta para una decisión marco desde la primavera de 2004⁸³. Tanto la Comisión de asuntos legales del Parlamento europeo como el Consejo habían emitido una opinión negativa sobre la base legal de la propuesta para una decisión marco. Como resultado de la sentencia del Tribunal, los Estados miembros estaban finalmente preparados para cambiar de enfoque en este caso. A finales de febrero de 2006, la Directiva fue aprobada. Es pues de esperar que la Comisión tome iniciativas para propuestas de directivas y reglamentos con una dimensión penal. Por otro lado, el impacto de la sentencia no debe ser tampoco sobreestimado. Es ridículo afirmar que el aborto o la eutanasia vayan a quedar ahora bajo dirección comunitaria. La aplicación del Derecho penal solamente puede ser armonizada en políticas CE, pues el Derecho penal es únicamente el apéndice que resulta de la idea de un último recurso. La comunitarización del Derecho penal no significa el fin de la aplicación del derecho administrativo. La Comisión europea también otorga un valor importante a la ejecución administrativa. Es más, la aplicación del Derecho penal basada en reglamentos o directivas no significa automáticamente que todos los casos deban ser investigados y perseguidos por vía penal. Los Estados miembros continúan siendo competentes para determinar de forma cuidadosa qué sistema de aplicación (derecho privado, derecho administrativo o derecho penal) es más adecuado al caso concreto. El legislador nacional puede continuar usando modelos según los cuales ciertas acciones pueden ser abordadas por el Derecho administrativo y el Derecho penal (mezcla de instrumentos), e incluso en el caso de ser obligatoria la aplicación del Derecho penal, los Estados miembros mantienen el poder

82. COM (2005) 438 def, 21 setiembre de 2005, disponible sólo en versión electrónica.

83. Propuesta de iniciativa para una decisión marco de 29 de abril 2004, 8958/04 y explicación de la iniciativa, 20 diciembre 2004, 8958/04 ADD1.

de decidir si persiguen o no, si bien esta decisión debe estar basada en consideraciones rigurosas, incluyendo los intereses europeos.

¿Significa todo ello que podemos ya relajarnos y volver al trabajo cotidiano? Creo que no. Más que nunca, los Estados miembros deben plantear una política europea en materia penal, tanto para garantizar el cumplimiento de las políticas comunitarias como en vistas a la progresiva definición del área de libertad, seguridad y justicia. Deberán surgir discusiones en los Estados miembros relativas al interés común en la aplicación efectiva de la política comunitaria y el mercado interno, la realización del área común y la regla común sobre garantías legales. El derecho penal refleja sin duda una parte de la cultura legal nacional y es por ello símbolo de la soberanía estatal. En el desarrollo del modelo de integración europea basado en la soberanía compartida es lógico que los Estados miembros cooperen en la creación de una cultura legal común, también en el área del Derecho penal. Los Estados miembros y la Unión europea necesitan de una política criminal apoyada por todos. El programa de La Haya está demasiado focalizado en el área de libertad, seguridad y justicia. Este programa debe ser reequilibrado como resultado de la sentencia de la Corte mediante la incorporación de la aplicación del derecho comunitario. La sentencia de la Corte ofrece también una oportunidad perfecta para reexaminar la parte sobre la armonización del Derecho penal en el Tratado constitucional. El artículo III-2721(2) por ejemplo, ofrece la base perfecta para una política de ejecución integrada en la Unión europea⁸⁴.

La sentencia de la Corte trasciende el debate internacional y nos obliga a retomar la discusión sobre la posición del Derecho penal en la integración europea. En lugar de centrarnos exclusivamente en la protección nacional de valores penales, es hora ya de adoptar una previsión europea de valores penales. Sólo en estos términos es posible contribuir al desarrollo de la confianza mutua entre los Estados miembros y los instrumentos de cumplimiento, y transmitir también al ciudadano la confianza en la justicia penal en Europa. El objeto de debate ya no es si queremos un Derecho penal europeo, sino con qué fines lo queremos y bajo qué condiciones.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORSTENS, G./PRADEL, J.: *European Criminal Law*, Dalloz, 2002.

DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J. A. E.: *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, 2000-2001, IV volumes, Antwerp.

84. VOGEL, J., «The European integrated criminal justice system and its constitutional framework», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 125-147.

- DELMAS-MARTY, M.: *Corpus Juris*, Paris, 1997.
- DE ROENHUIJSEN, M. S. «Criminal Law in the European Union: a Giant Leap or a Small Step?» en A. MOORE (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the European Union*, Cambridge, 2004.
- FAEKKERUP, N.: *Controls & Sanctions in the EU Law*, Djoef Publishing, Copenhagen, 2001.
- HECKER, B.: *Europäisches Strafrecht*, Berlin 2005.
- MONJAL, P.-Y.: «Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire pour la CJCE», *Recueil Dalloz*, no.44, 2005.
- POELEMANS, M.: *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, 2004.
- SCHÜNEMANN (Eds.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln 2004.
- SCHWARZE, J.: «Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht», *EuZW* 2003.
- VELDT FOGLIA, M. I.: «(Nog) geen strafrecht in de Eerste Pijler», *SEW*, 2002.
- VERHEIJEN, E. A. M.: *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie*, Nijmegen, 2006.
- VERVAELE, J. A. E.: «Fraude met Europese sociale subsidies in Nederland», *NJB*, 2001.
- «De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler», *Delikt en Delinkwent*, 2006.
- *Fraud against the European Community*, Deventer: Kluwer, 1992.
- Law Enforcement in Community Law within the first and third pillar: do they stand alone?, *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. VII, 1996.
- *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, en P. DEMARET, I. GOVAERE & D. HANF (eds.), 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, P.I.E.- Peter Lang, Brussels, 2005.
- Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?, en: J. A. E. VERVAELE (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Kluwer, 1994.

VOGEL, J., «The European integrated criminal justice system and its constitutional framework», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005.

WHITE, S.: «Harmonisation of criminal law under the First Pillar», *European Law Review*, 2006.