

EL DERECHO PENAL Y EL PRIMER PILAR DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Isidoro Blanco Cordero

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo

BLANCO CORDERO, Isidoro. El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-05, p. 05:1-05:26. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 06-05 (2004), 9 jul]

RESUMEN: La tradicional afirmación de que la Comunidad Europea (primer pilar de la Unión Europea) carece de competencias en materia penal se encuentra hoy día cuestionada. En efecto, existen diversas propuestas de directiva, esencialmente en materia medioambiental, sobre contaminación procedente de buques y sobre protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea, que obligan a los Estados miembros a sancionar penalmente diversos comportamientos. Por su parte, en el marco del tercer pilar, el intergubernamental, se han elaborado instrumentos (decisiones marco y

convenios) sobre exactamente las mismas materias, y también con la obligación de imponer sanciones penales. Esto ha generado un grave conflicto institucional en la Unión Europea entre el Consejo y la Comisión, como consecuencia del cual se ha presentado un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esto va a obligar a este Tribunal a delimitar claramente las competencias en materia penal entre el primer y el tercer pilar de la Unión.

PALABRAS CLAVES: Comunidad Europea, Unión Europea, competencias penales, medio ambiente, Derecho penal europeo, Constitución Europea.

Fecha de recepción: 14 junio 2004

Fecha de publicación: 9 julio 2004

1. Introducción

Es tradicional señalar que la Unión Europea surgida del Tratado de Maastricht de 1992 (TUE o Tratado UE) tiene la estructura de un "templo griego", que se apoya sobre *tres pilares*. El primer pilar, relativo a las tres Comunidades, tiene carácter comunitario o de integración y está constituido por los Tratados constitutivos. Los otros dos pilares son de carácter intergubernamental: el segundo pilar comprende la "Política Exterior y de Seguridad Común" (la PESC, contenida en el Título V del TUE) y el tercer pilar es el relativo a la "Cooperación policial y judicial en materia penal" (CPJP) (Título VI del

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación PGIDT-O1PX139701 de la Xunta de Galicia titulado "*Aspectos dogmáticos y criminológicos en las nuevas formas de defraudación y corrupción en las sociedades complejas*", cuyo Director principal es el Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal.

TUE). Lo característico de estos dos últimos pilares es que su funcionamiento no se basa en la idea de integración como el primer pilar, sino en la idea de la cooperación intergubernamental. En estos dos pilares, por lo tanto, no se utilizan instrumentos de integración, sino de cooperación.

En *materia penal*, los dos pilares que más debate han suscitado han sido el primero, esto es, el pilar comunitario, y el tercero, esto es, el dedicado a la cooperación policial y judicial en materia penal. En teoría no debe plantearse ningún conflicto entre las competencias correspondientes a cada uno de los pilares. De hecho, el TUE contiene disposiciones en las que se pretende prevenir esta situación. No obstante, recientemente se ha producido un grave conflicto competencial entre la Comisión Europea ("Comisión") y el Consejo de la Unión Europea ("Consejo"), en materia de protección del ambiente a través del Derecho penal. Veamos en primer término cuál es la situación actual del Derecho penal en los pilares primero y tercero, y a continuación veremos el conflicto interinstitucional surgido en el seno de la Unión.

2. El primer pilar y el Derecho penal. Ausencia de competencia para obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales

Existe acuerdo en que *la Comunidad Europea (CE) carece de competencias penales*. No se ha transferido la potestad legislativa penal a los órganos comunitarios, por lo que no se ha limitado la soberanía de los Estados miembros². El Derecho penal constituye una rama del ordenamiento jurídico de competencia exclusiva de cada Estado, tanto en la creación de normas penales como en la imposición de sanciones de esta misma naturaleza³. Esto ya se apuntaba en el Octavo informe general de la Comisión de las Comunidades sobre la actividad de éstas de mayo de 1974, al señalar que "el Derecho penal es un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro"⁴.

Este punto de partida, compartido por la inmensa mayoría de penalistas, se encuentra hoy en día cuestionado en el marco de la Unión Europea. Lo que se discute actualmente es si la Comunidad puede obligar a los Estados miembros, mediante una Directiva o un Reglamento, a la promulgación de normas penales nacionales. Algunos autores opinan que el hecho de que la Comunidad Europea no posea competencia para la creación de sanciones penales no implica, sin embargo, que *no pueda impartir órdenes para que determinados comportamientos se castiguen mediante sanciones*

² Cfr., por todos, CUERDA RIEZU, Antonio, "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pgs. 621-635, pgs. 622/623.

³ Cfr. CUERDA RIEZU, "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", *cit.*, pgs. 622; DE LA MATA BARRANCO, Norberto, "Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), RECPC 02-04 (2000); GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996, pgs. 23 ss;

⁴ Con todo, es cierto que el Derecho comunitario puede tener cierta eficacia –positiva y negativa– en el Derecho penal nacional. La bibliografía relativa a la influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal nacional es amplísima en España. No es esta cuestión, sin embargo, el objeto de nuestro trabajo. Cfr. sobre esta influencia, por todos, CUERDA RIEZU, "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", *cit.*, pgs. 621-635.

penales⁵. En este sentido, por ejemplo, afirma Grasso que la Comunidad tiene capacidad para armonizar las disposiciones de carácter penal o incluso para instar la introducción de tipos penales uniformes cuando sea necesario en aquellos sectores que son de su competencia⁶.

Pero *hasta el momento* la Comunidad Europea ha considerado suficiente con exigir a los Estados miembros que impongan sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas en sus Derechos nacionales, sin precisar la naturaleza y alcance de las mismas. En definitiva, a día de hoy no hay ninguna disposición comunitaria que exija expresamente la imposición de sanciones penales.

Con todo, es cierto que ha habido intentos de imponer tal obligación. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la tramitación de la *propuesta de directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales* de 1991⁷, que fue modificada en el año 2001. La propuesta de directiva de 1991⁸ disponía en el artículo 2 que el blanqueo de capitales debería ser calificado como delito por las legislaciones nacionales⁹. Sin embargo, esta obligación de tipificar penalmente el blanqueo de capitales en la propuesta de directiva fue cuestionada por el Comité Económico y Social, al entender en su dictamen que no constituía base jurídica suficiente el artículo 57 del Tratado que se invocaba, y además que "la extensión de los poderes de la Comunidad al derecho penal suscita objeciones jurídicas que deben aclararse"¹⁰. Las delegaciones de los distintos países discutieron durante la tramitación de la directiva la posibilidad de obligar a los Estados a tipificar penalmente el blanqueo¹¹. Finalmente, dada la oposición

⁵ Esta parece ser la opinión de DANNECKER, Gerhard, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, traducción de Carmen Bascón Granados, Madrid, 2001, pg. 58.

⁶ Cfr. GRASSO, Giovanni, *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, traducción de Nicolás García Rivas. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Bruselas-Luxemburgo, 1993, pgs. 218 ss.

⁷ Directiva del Consejo 91/308/C EE de 10 de junio de 1991, publicada en el Diario Oficial (DO) L 166 de 28 de junio de 1991.

⁸ Propuesta de Directiva del Consejo *relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales* /* com/90/106final - SYN 254 */ , DO C 106 de 28/04/1990.

⁹ Cfr. sobre la tramitación de esta Directiva cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro, "La lucha contra el blanqueo de capitales procedente de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea", en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 15, 2001, pgs. 7-38; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, segunda edición, Elcano, 2002, pgs. 114 ss; ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pgs. 205 ss.

¹⁰ Este organismo, sin embargo, entendía que esta dificultad podía soslayarse obligando a los Estados miembros a ratificar el Convenio de Viena, en el que se establece la obligación de calificar como delito el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes. Esta solución, con todo, tenía un carácter limitado, pues la propuesta de Directiva quería extender la tipificación del delito de blanqueo de capitales a los procedentes de cualesquiera delito grave y no sólo a los procedentes del narcotráfico que son los que realmente contempla el Convenio de Viena. Cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel/EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, pg. 104; ARANGUEZ SANCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pgs. 115/6.

¹¹ Según indica algún autor, parece ser que fue la representación española la que en todo momento bloqueó el reconocimiento a las Instituciones Europeas de la competencia en materia penal del Consejo para tipificar penalmente el blanqueo de capitales. Se afirma que la representación española no tenía ningún argumento técnico para negarse a atribuir competencias penales a las instituciones comunitarias, sino el interés en evitar que la directiva sobre el blanqueo fuese un incómodo precedente que permitiera a las Comunidades la tipificación que se debatía entonces de un delito contra el medio ambiente que menoscabaría los intereses de las empresas españolas,

de algunos Estados miembros a reconocer la capacidad de los órganos comunitarios para legislar en materia penal, se optó por una fórmula intermedia. Por un lado, aunque el texto aprobado mantiene en el preámbulo la necesidad de establecer medidas de carácter penal en la lucha contra el blanqueo de capitales (en los considerandos se señala que "el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal"), su artículo 2 dispone únicamente que los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la directiva, quede "prohibido". Por otro, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros suscribieron una Declaración, unida a la directiva, por la que se comprometían a tomar, antes del 31 de diciembre de 1992 a más tardar, todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal que les permitiera cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención de Viena y del Convenio de Consejo de Europa, entre las cuales se encuentra la exigencia de sancionar penalmente el blanqueo de capitales. Por tanto, los Estados miembros se obligan a tipificar penalmente el blanqueo de capitales, pero no mediante la directiva¹², sino mediante una Declaración al margen de aquella¹³.

Un problema similar se planteó en la misma época con la *Directiva* del Consejo de 13 de noviembre de 1989 sobre coordinación de las normativas relativas a las *operaciones con información privilegiada (insider trading)*¹⁴, en la que finalmente también se optó por no hacer referencia a la obligación de castigar penalmente el abuso de información privilegiada por parte de los Estados miembros de la Comunidad.

De gran interés en esta materia es el *Reglamento* (CEE) n° 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un *régimen de control aplicable a la política pesquera común*¹⁵. Su artículo 31 n° 1 dispone que "los Estados miembros garantizarán que se tomen las medidas adecuadas, incluida la apertura de procedimientos administrativos o penales con arreglo a su Derecho nacional, contra las personas físicas o jurídicas responsables cuando se haya comprobado un incumplimiento de las normas de la política pesquera común, en particular como consecuencia de un control o una inspección efectuados en virtud del presente Reglamento". Ahora bien, pese a la opinión de algunos, este Reglamento no obliga a los Estados miembros a sancionar penalmente el incumplimiento de las normas comunitarias en materia de política pesquera común, sino que queda en el marco de su poder discrecional la elección de la naturaleza de las sanciones a imponer, que pueden ser administrativas o penales.

que eran las más contaminantes de los entonces Doce miembros. Cfr. FABIAN CAPARROS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pg. 205, nota 129, citando a Pablo Bieger, "El nuevo Reglamento de la Ley de prevención del blanqueo de capitales", trabajo presentado con ocasión del Seminario organizado en Madrid por Enfoque XXI el 26 de septiembre de 1995, pgs. 8 y 9, que cita aquel autor por el ejemplar dactilografiado.

¹² PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pg. 48, destaca que la Directiva no obliga a los Estados miembros a castigar penalmente el blanqueo, dado que los órganos comunitarios carecen de competencias para hacerlo.

¹³ Cfr. *el Segundo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativo a la aplicación de la Directiva sobre blanqueo de capitales, en el que se señala que todos los Estados miembros han declarado delito el blanqueo de capitales*.

¹⁴ Directiva 89/592, DO L núm. 334, de 18 de noviembre de 1989.

¹⁵ Reglamento (CEE) n° 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común, DO L 261 de 20/10/1993.

3. El tercer pilar y el Derecho penal

El Derecho penal ocupa un papel predominante en el tercer pilar de la Unión Europea. El artículo 29 del Tratado UE (el primer artículo de Título VI, “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal”) dispone que es objetivo de la Unión Europea “*ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia*”. Según el artículo 29, este objetivo habrá de lograrse mediante:

“la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32;

- una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32;

- la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31”.

El último párrafo del artículo 29 TUE se refiere a la posibilidad de aproximar las leyes penales y menciona el art. 31(e). La referencia al artículo 31(e) TUE supone una *limitación a la aproximación*, que sólo podrá realizarse en tres ámbitos: la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. Evidentemente, la alusión a la delincuencia organizada es muy amplia, y puede dar cabida a multitud de figuras delictivas¹⁶.

Esta aproximación de las leyes penales ya se ha iniciado en el tercer pilar a través de decisiones marco y de convenios. De hecho, se han adoptado decisiones marco sobre una gran variedad de materias penales¹⁷. Conforme al artículo 34 del Tratado UE el objetivo de tales *decisiones marco* es “la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Obligan a los Estados miembros “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Las decisiones marco carecen de efecto directo. Si bien el

¹⁶ Cfr. CORSTENS, G.J.M., “Criminal Law in the First Pillar?”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11/1, 2003, 131–144, pg. 134.

¹⁷ Ampliamente sobre esta cuestión BLASCO LOZANO, Ignacio, “Armonización del Derecho penal material y procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial XIII - 2003. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Director: Ángel Galgo Peco, Madrid, 2004, pgs. 257-280, pgs. 272 ss.

campo de aplicación parece limitado a tres ámbitos - delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas -, el Consejo ha elaborado o está elaborando decisiones marco sobre una gran variedad de materias de Derecho penal material tales como: la protección contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro¹⁸, la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo¹⁹, el blanqueo de capitales²⁰, el terrorismo²¹, la trata de seres humanos²², la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares²³, la protección del medio ambiente²⁴, la contaminación procedente de buques²⁵, la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil²⁶, la lucha contra la corrupción en el sector privado²⁷, el decomiso de los instrumentos y productos del delito²⁸, el tráfico ilícito de drogas²⁹, la lucha contra el racismo y la xenofobia³⁰ y la prevención y represión del tráfico de órganos y tejidos de origen humano³¹.

Las decisiones marco no son los únicos mecanismos de aproximación de las legislaciones penales, sino que esta también puede llevarse a cabo a través de *convenios*, tal como dispone el artículo 34(2)(d) del TUE. En materia penal, por ejemplo, es de destacar el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (PIF) y sus protocolos³².

¹⁸ Decisión marco 2000/383/JAI *sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro*, DO L 140 de 14.6.2000. Decisión marco del Consejo (2001/888/JAI) por la que se modifica la Decisión marco 2000/383/JAI *sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda, con miras a la introducción del euro*, DO L 329 de 14.12.2001.

¹⁹ 2001/413/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, *sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo*, DO L 149 de 02/06/2001.

²⁰ 2001/500/JAI: Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, DO L 182 de 05/07/2001.

²¹ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, *sobre la lucha contra el terrorismo*, DO L 164 de 22/06/2002.

²² 2002/69/JAI: Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. DO L 203 de 01/08/2002.

²³ 2002/946/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, DO L 328 de 05/12/2002.

²⁴ Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, *relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal*, DO L 029 de 05/02/2003.

²⁵ Propuesta de Decisión marco del Consejo *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques* /* COM/2003/0227 final - CN S 200 3/0088 */

²⁶ Propuesta de decisión marco del Consejo *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* /* COM/2000/0854 final - CNS 2001/0025 */ , DO C 062 E de 27/02/2001.

²⁷ Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, DO L 192 de 31/07/2003.

²⁸ *Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de la Decisión marco del Consejo sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito*, DO C 184 de 02/08/2002.

²⁹ Propuesta de decisión-marco del Consejo *relativa al establecimiento de las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas* /* COM/2001/0259 final - CNS 2001/0114 */ , DO C 304 E de 30/10/2001.

³⁰ Propuesta de Decisión-Marco del Consejo *relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia*. /*COM/2001/0664 final - CNS 2001/0270 */ , DO C 075 E de 26/03/2002.

³¹ *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo sobre la prevención y represión del tráfico de órganos y tejidos humanos*, DO C 100 de 26/04/2003.

³² Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el *Convenio relativo a la protección de los*

4. ¿Derecho penal en el primer pilar? Las Directivas sobre protección penal del medio ambiente, sobre la protección de los intereses financieros y sobre la contaminación procedente de buques

4.1. Cuestiones generales

Como hemos señalado, la *hipótesis* de la que se parte es que en el primer pilar la Comunidad carece de competencias en materia penal. Una argumento a su favor puede ya deducirse de lo indicado hasta ahora; la competencia penal se ha asignado al tercer pilar, al ámbito de la cooperación intergubernamental, en el que como hemos visto se han elaborado ya numerosos instrumentos en esta materia. Por lo tanto, podemos concluir provisionalmente que la distribución lógica de competencias determina que el Derecho penal sea una materia que pertenece al tercer pilar, el intergubernamental, y no al primer pilar, el comunitario³³.

Esto queda en entredicho a la vista de las *iniciativas adoptadas en los últimos años*. En efecto, la Comisión Europea ha elaborado tres propuestas de directiva que obligan a los Estados miembros a actuar a través del Derecho penal. Éstas son: una propuesta de directiva sobre la protección del ambiente a través del Derecho penal, una propuesta de directiva sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad a través del Derecho penal y una propuesta de directiva sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación. Se trata de tres importantes propuestas porque contradicen la hipótesis según la cual la CE carece de competencias en materia penal, o mejor, de competencias para obligar a los Estados miembros a legislar en materia penal. Además, estas propuestas del primer pilar se solapan con otros tantos instrumentos del tercer pilar exactamente sobre las mismas materias. En concreto, la decisión marco sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (PIF) y sus protocolos y la propuesta de decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques.

intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 316 de 27.11.1995. El 27 de septiembre de 1996 el Consejo adoptó un *primer protocolo* del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 313 de 23.10.1996). El 19 de diciembre de 1997 se aprobó un *informe explicativo* sobre dicho protocolo (DO C 11 de 15.01.1998). El 29 de noviembre de 1996 el Consejo adoptó un *Protocolo relativo a la interpretación, de carácter prejudicial, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (DO C 151 de 20.05.1997). El 26 de mayo de 1997 el Consejo aprobó un *informe explicativo* del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 191 de 23.06.1997). El 19 de junio de 1997 el Consejo aprobó un *segundo protocolo* del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 221 de 19.07.1997). El 12 de marzo de 1999 el Consejo adoptó un *informe explicativo* referido a este segundo protocolo (DO C 91 de 31.03.1999).

³³ Cfr. CORSTENS, "Criminal Law in the First Pillar?", *cit.*, pg. 135.

4.2. Propuesta de directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal

Conforme a la propuesta relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal, los Estados miembros están obligados a asegurar que *sean consideradas delito* ciertas actividades contaminantes que generalmente causan o pueden causar deterioro significativo o daño sustancial del medio ambiente, cuando se cometan intencionadamente o por negligencia grave³⁴. Deben también considerarse delito la participación y la instigación de tales actividades, así como las omisiones a la hora de cumplir con un deber legal de actuar, porque según el Considerando 8 de la propuesta, pueden tener los mismos efectos que el comportamiento activo y deben por lo tanto estar sujetas a las sanciones correspondientes.

La propuesta también contiene disposiciones sobre las *sanciones* a imponer. De hecho el artículo 4 obliga a los Estados a castigar los comportamientos mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y en los casos graves los Estados miembros deben prever la posibilidad de imponer penas privativas de libertad a las personas físicas. También deben prever para las personas físicas y jurídicas sanciones tales como “multas, exclusión del derecho a los beneficios públicos o ayudas, la descalificación, temporal o permanente, de la práctica de actividades comerciales, colocando bajo la supervisión judicial o liquidaciones judiciales” (art. 4.b).

En definitiva, los Estados miembros están obligados a sancionar penalmente los delitos ambientales a que se refiere la directiva. Esto supone una limitación al poder discrecional de los Estados a la hora de seleccionar la clase de sanciones a imponer. Si un Estado prevé sólo sanciones administrativas, está obligado a modificar su normativa para castigar penalmente los delitos ambientales. La *razón* para imponer las sanciones penales se encuentra en el punto 4 del preámbulo, que dispone que “La experiencia ha mostrado que los sistemas existentes de sanciones no son suficientes para lograr el total cumplimiento del Derecho comunitario. Tal cumplimiento puede y debe ser consolidado por la aplicación de las sanciones penales, que demuestren una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diversa a las sanciones administrativas o a un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil”. Los Estados miembros no pueden por consiguiente limitarse a prever sanciones administrativas, civiles o de otro tipo. Es preciso que introduzcan sanciones penales, y que las apliquen. La Comisión deposita una gran confianza en la eficacia del Derecho penal en esta materia. Sin embargo, no explica si esta confianza se basa en datos obtenidos de la investigación empírica. Por eso ya existen posturas críticas con esta confianza ciega en el Derecho penal que tiene la Comisión. Así *Faure* cuestiona que sea realmente necesario el recurso al Derecho penal en materia medioambiental³⁵.

³⁴ Cfr. TIEDEMANN, Klaus, "Introducción", en *Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea*, Klaus Tiedemann (dir.), coordinador de la edición española: Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca 2003, pgs. 11-27, pgs. 22/3.

³⁵ Cfr. ampliamente FAURE, Michael, *European Environmental Criminal Law: Do we really need it?*, en *European Environmental Law Review*, January, Vol. 13, n. 1, 2004, pgs. 18-29; también parece mostrarse crítico CORSTENS, "Criminal Law in the First Pillar?", *cit.*, pgs. 138/9.

La cuestión que se plantea es determinar cuál es la base o *fundamento jurídico* de esta propuesta de directiva. En su exposición de motivos se establece que la Comisión piensa que puede y debe establecerse por el Derecho comunitario un acervo comunitario sobre el crimen medioambiental. Y esto es “especialmente pertinente en cuanto a la definición de las actividades contaminantes que serán objeto de sanciones penales y también a la obligación general de los Estados miembros de prever dichas sanciones. Esos asuntos son de competencia comunitaria conforme el artículo 175 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE o Tratado CE), porque tienden a proteger el medio ambiente. En sus artículos 47 y 29, el Tratado UE confiere prioridad clara al Derecho comunitario. Por consiguiente, no hay espacio para un instrumento conforme el artículo 34 del Tratado de UE.” También en su comienzo señala la propuesta de directiva que se toma como punto de referencia el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular el apartado 1 de su artículo 175. Este artículo 175 dispone que “*El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirá las acciones que deba emprender la Comunidad para la realización de los objetivos fijados en el artículo 174*”. El artículo 174 se refiere a los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente. Como conclusión, el fundamento jurídico de la directiva reside en el hecho de que el medio ambiente constituye una competencia comunitaria, y por eso en esta materia la CE puede obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales.

Esto es *criticado* por Cortens, quien entiende que no constituye un fundamento específico para la aplicación de sanciones penales. Lo único que prevé es la competencia de la Comunidad en materia de medio ambiente. Después de un periodo de años, si no décadas, durante el que se suponía que el Derecho penal estaba fuera de los límites competenciales de la CE, la Comisión ha abandonado este criterio.

Como veremos más adelante, esta propuesta de directiva colisiona con una decisión marco adoptada en 2003 sobre la misma materia: la *decisión marco sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal*. El artículo 2 obliga a los Estados a tipificar como infracciones penales en su derecho interno una serie de infracciones dolosas (el artículo 3 se refiere a las imprudentes) contra el medio ambiente. Esta duplicidad de instrumentos ha generado un importante conflicto institucional al que nos referimos más adelante.

4.3 Propuesta de directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad

Una segunda propuesta de directiva en materia penal se presentó el 23 de mayo de 2001³⁶, relativa a una materia mucho más sensible a nivel comunitario: el fraude a los intereses financieros de la Comunidad. El artículo 280 del TCE³⁷ se refiere expresamente

³⁶ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad* /* COM/2001/0272 final - COD 2001/0115 */; DO C 240 E de 28/08/2001.

³⁷ “1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados

a esta cuestión y, entre otras cosas, obliga a la Comunidad y a los Estados a combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas que tengan efecto disuasorio y sean capaces de proteger eficazmente tales intereses en los Estados miembros.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, en esta materia se optó por el enfoque intergubernamental en forma de un *convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas*³⁸, que preveía el recurso al Derecho penal siguiendo el artículo 280 TCE (en aquel momento todavía el artículo 209 A TCE). Este convenio pretende ante todo aproximar o armonizar las disposiciones penales nacionales en la materia. Así se optó por un convenio, y no por alguno de los otros instrumentos que existían en aquel momento. Es una opción que tiene su lógica incluso hoy día, porque según el artículo 31(e) TUE sólo tres clases de delito admiten la aproximación de leyes a través de las decisiones marco: la delincuencia organizada, el terrorismo, y el tráfico ilícito de drogas. Si bien es cierto que el fraude CE se realiza habitualmente por organizaciones criminales, puede suceder que ello no sea así, por lo que en la actualidad la opción por una decisión marco hubiera sido problemática. Posteriormente se han elaborado diversos protocolos a este convenio³⁹. El mismo año en que se concluye el convenio (1995) se aprueba el Reglamento núm. 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en el que se establecen pautas generales para el establecimiento de sanciones administrativas⁴⁰. A la vista de esto se hizo la siguiente distinción: el convenio (tercer pilar) contenía medidas de derecho penal para hacer frente al fraude a los intereses CE, mientras que las medidas administrativas se contenían en el reglamento CE (primer pilar)⁴¹.

miembros. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. 3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes. 4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia. 5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.”

³⁸ Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, DO C 316 de 27.11.1995.

³⁹ El 27 de septiembre de 1996 el Consejo adoptó un *primer protocolo* del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 313 de 23.10.1996). El 19 de diciembre de 1997 se aprobó un *informe explicativo* sobre dicho protocolo (DO C 11 de 15.01.1998). El 29 de noviembre de 1996 el Consejo adoptó un *Protocolo relativo a la interpretación, de carácter prejudicial, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (DO C 151 de 20.05.1997). El 26 de mayo de 1997 el Consejo aprobó un *informe explicativo* del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 191 de 23.06.1997). El 19 de junio de 1997 el Consejo aprobó un *segundo protocolo* del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 221 de 19.07.1997). El 12 de marzo de 1999 el Consejo adoptó un *informe explicativo* referido a este segundo protocolo (DO C 91 de 31.03.1999).

⁴⁰ DO L 312, de 13 de diciembre de 1995.

⁴¹ Cfr. CORSTENS, “Criminal Law in the First Pillar?”, *cit.*, pg. 141.

El problema ahora reside en determinar cómo conciliar esta normativa con la nueva *propuesta de directiva* que obliga a los Estados miembros a introducir sanciones penales para castigar los actos fraudulentos, la corrupción y el blanqueo de capitales descritos en sus artículos 3 a 6. La norma relativa a las sanciones es bastante abstracta, aunque señala que el fraude grave debería llevar aparejada la pena privativa de libertad. Solo en casos de fraude no graves (inferiores a 4.000 Euros) no es necesario introducir sanciones penales. Esto se corresponde con el artículo 2(2) del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Así, lo que estaba previamente regulado en un convenio del tercer pilar intergubernamental se está transponiendo ahora a una directiva.

La razón de este giro se puede extraer del memorando explicativo de la Comisión. En él se señala que la ratificación del convenio y de los protocolos ha fracasado considerablemente. Concluye de esto la Comisión que la persecución del fraude transnacional y la cooperación a nivel europeo son muy difíciles, si no imposibles. Cómo llega a esta conclusión no está claro. Pero un problema esencial que suscita este enfoque de la Comisión reside en la segunda frase del artículo 280 (4) del Tratado CE, conforme a la cual las medidas que se adopten en la Comunidad contra el fraude CE *“no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”*. Pues bien, en el memorando explicativo de la Comisión Europea se trata de salvar este obstáculo con el razonamiento siguiente:

“En cuanto a la cuestión de saber en qué medida la excepción a que se refiere la segunda frase del apartado 4 del artículo 280 del Tratado CE se opone a la adopción de un acto legislativo en el ámbito penal, conviene observar que dicha excepción no se refiere al Derecho penal de modo general y en su totalidad, sino que se refiere exclusivamente a dos aspectos específicos, a saber “la aplicación de la legislación penal nacional” y “la administración de la justicia en los Estados miembros”. El apartado 4 del artículo 280 se refiere en principio a cualquier medida en el ámbito de la prevención y de la lucha contra el fraude y, en este contexto, la segunda frase establece un régimen de excepción que, habida cuenta de los objetivos de este artículo, debe considerarse de estricta interpretación. Ni la redacción ni el contexto jurídico de dicha disposición se oponen a la adopción de medidas destinadas a fijar determinados criterios objetivos de armonización de carácter penal, siempre y cuando éstas medidas ‘no se refieran a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia’”.

Además en el memorando explicativo la Comisión expone que la aproximación de la “legislación penal sustantiva de los Estados miembros en materia de definición del fraude, la corrupción y el blanqueo que afecten los intereses financieros comunitarios, así como en materia de responsabilidad penal y sanciones penales aplicables” no involucra la aplicación del derecho penal nacional o de la administración nacional de justicia. El argumento empleado por la Comisión es que ambos “tanto la transposición de estas disposiciones en la legislación nacional como la persecución y la represión de estas

infracciones por las autoridades nacionales son competencia de los Estados miembros”. Según esto, es competencia de la CE la adopción de las medidas de naturaleza normativa en esta materia, siendo competencia de los Estados miembros la transposición de las disposiciones y la persecución y aplicación por las autoridades nacionales en relación con los delitos.

Entiendo que *estas afirmaciones carecen de fundamento* y no son en absoluto convincentes. Las excepciones a que se refiere la segunda frase del artículo 280 (4) TCE se formulan de una forma muy amplia. La “aplicación de la legislación penal nacional” es un concepto tan amplio que daría cabida a los supuestos en los que se obliga a sancionar penalmente a nivel nacional los comportamientos fraudulentos. Lo mismo se puede decir respecto de la excepción relativa a la administración nacional de justicia. Tanto la aproximación de las disposiciones de Derecho penal nacional como la imposición de la obligación a los Estados miembros de introducir sanciones penales para ciertos comportamientos, implican en todo caso a la administración nacional de justicia⁴².

Como venimos diciendo, durante muchos años ha quedado bien claro que la CE no es competente para obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales. Incluso en esta materia no es indiferente que inicialmente se optara por un convenio como instrumento para aproximar las disposiciones de Derecho penal, y que fuese aprobado un reglamento que contenía las medidas de derecho administrativo para hacer frente al fraude CE⁴³.

4.4. *Propuesta de directiva sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación*

En el año 2003 la Comisión presentó una *propuesta de directiva sobre la contaminación procedente de buques* y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación⁴⁴, esto es, nuevamente una iniciativa del primer pilar. En ella se vuelve a instar a los Estados a sancionar penalmente los delitos de contaminación, especialmente la procedente de buques. Pero ha sido también la Comisión la que ha presentado una propuesta de decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, es decir, una iniciativa del tercer pilar⁴⁵. Se adopta así la postura que mantiene la Comisión en esta materia, especialmente respecto del tema medioambiental. Según ella, la sanción de los delitos de contaminación por medio del derecho penal se ha de dividir en dos instrumentos: por un lado, una directiva y, por otro, una decisión marco con medidas subsidiarias con arreglo al Tratado UE. El instrumento del tercer pilar (la decisión marco) regula cuestiones como la armonización de las sanciones (la imposición de límites mínimos o máximos de sanciones penales), los principios generales del Derecho penal, la administración de

⁴² CORSTENS, “Criminal Law in the First Pillar?”, *cit.*, pg. 142.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación* (presentada por la Comisión). Bruselas, 5.3.2003. COM(2 003) 92 final. 2003/0037 (COD).

⁴⁵ *Propuesta de Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques* /* COM/2003/0227 final - CN S 2003/0088 */

justicia, la jurisdicción o el enjuiciamiento criminal (Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva)⁴⁶. El instrumento del primer pilar (la directiva) regula por su parte el establecimiento de prohibiciones o mandatos y el deber de imponer sanciones penales.

El *fundamento jurídico* de la propuesta de Directiva se encuentra en el Título V TCE, relativo a los transportes, y, en particular, en el apartado 2 del artículo 80. Y es que el objetivo de la misma es, según su Exposición de Motivos, "Velar por la seguridad del transporte marítimo y proteger las aguas comunitarias de la contaminación procedente de los buques". La Comunidad, según esto, puede regular este comportamiento para alcanzar dicho objetivo comunitario, y puede disponer que dicho comportamiento reglamentado o su incumplimiento sea sancionado a nivel nacional.

La Comisión reconoce expresamente que la Comunidad no goza de competencias en el ámbito penal. Ahora bien, es de la opinión de que en la medida en que sea necesario para el logro de objetivos comunitarios, puede obligar a los Estados miembros a que impongan sanciones penales. La Comisión hace referencia al *principio de eficacia* (que examinamos más adelante) en esta materia, integrante este del principio de cooperación leal del art. 10 TCE⁴⁷, cuando afirma que "Si el derecho penal es el único medio de garantizar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria, se puede obligar a los Estados miembros a que dispongan medidas sancionadoras de carácter penal". La Comisión entiende "que sólo las sanciones penales son suficientemente efectivas para asegurar que las normas sobre contaminación procedente de buques surten los efectos deseados. Una medida de tipo penal supondrá la aplicación a escala comunitaria de una sanción disuasoria que pueda aplicarse a quienes transportan mercancías contaminantes por mar. Sólo se obtendrá un efecto suficientemente disuasor cuando se establezca que las descargas ilegales constituyen un delito penal, lo cual pone de manifiesto una desaprobación social de carácter cualitativamente diferente de los mecanismos de indemnización propios del derecho civil o las medidas administrativas. Por tanto, constituye una advertencia seria a los posibles infractores, con un mayor efecto disuasorio".

Además de esta razón, alude la Comisión a la *insuficiencia de los efectos disuasorios* de los regímenes internacionales de responsabilidad civil por contaminación causada por accidentes marítimos. En efecto, se trata de un régimen internacional que se centra principalmente en la indemnización a las víctimas, quedando muy al margen el tema de la responsabilidad del contaminador. Entiende la Comisión que es necesario intervenir a nivel comunitario a través del Derecho penal para complementar el vigente régimen actual sobre responsabilidad civil e indemnización por daños derivados de la contaminación. De esta manera, se establece un régimen que tiene claros efectos punitivos y preventivos, que no perjudica la indemnización rápida y completa a las víctimas. Por todo ello la Comisión propone que las infracciones relacionadas con la contaminación procedente de buques estén sujetas a sanciones,

⁴⁶ Expresamente señala la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva que con ella no "se prescribe una obligación (mínima) de sanciones penales, ni se abordan los principios generales del derecho penal, la administración de justicia, ni de la jurisdicción o el enjuiciamiento criminal". Estos temas van a quedar para el instrumento del Tercer Pilar.

incluso de carácter penal. En definitiva, se entiende que el mecanismo más efectivo para hacer frente a estas infracciones es el Derecho penal, que asegura una política de protección medioambiental y de seguridad marítima efectiva en la Comunidad.

Paralelamente la Comisión ha presentado una *propuesta de decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques*⁴⁸. Su objetivo es completar las disposiciones de la directiva mediante las oportunas disposiciones de aplicación en materia penal (art. 1). Por eso, se puede afirmar que el ámbito de aplicación de la decisión marco coincide necesariamente con el de la directiva. Pretende reforzar las medidas de Derecho penal previstas en la propuesta de directiva destinadas a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a los delitos de contaminación procedente de buques, y facilitar y fomentar la cooperación entre los Estados miembros en la represión de estos delitos. En definitiva, busca articular una lucha eficaz contra los fenómenos de contaminación procedente de buques, completar el dispositivo establecido en la propuesta de directiva a través de medidas de cooperación judicial, adoptadas en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea.

El *fundamento jurídico* de la propuesta de decisión marco reside en el artículo 29 TUE. Este, como se ha indicado ya, considera que un medio para realizar el objetivo de la Unión consistente en ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, puede serlo la elaboración de una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal. Este objetivo ha de alcanzarse a través de una mayor cooperación entre las fuerzas judiciales y otras autoridades competentes. El apartado 1 del artículo 31 TUE enumera los distintos aspectos que debe incluir la acción en común sobre cooperación judicial y la aproximación de las legislaciones en materia penal. Pues bien, la propuesta de decisión marco responde a estos objetivos. Esta norma procede al establecimiento de criterios de competencia, con el objetivo de prevenir los conflictos de competencia o jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del artículo 31 TUE. Además, “el establecimiento de puntos de contacto para el intercambio de información facilita y acelera la cooperación entre las autoridades competentes y es un medio de garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, tal y como se contempla en las letras a) y c) del artículo 31. La letra b) del apartado 2 del artículo 34 TUE menciona las decisiones marco como instrumentos que deben utilizarse para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones marco deben obligar a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”

⁴⁷ Cfr. apartado 6.

⁴⁸ Propuesta de Decisión marco del Consejo *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques* /* COM/2003/0227 final - CN S 200 3/0088 */

5. El conflicto de competencias entre el Consejo y la Comisión en materia penal. Especial referencia al medio ambiente

En este contexto la aparición de un *conflicto institucional* parece inevitable. Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el marco de la tramitación de la directiva y de la decisión marco en materia de protección del medio ambiente por medio del Derecho penal. Veamos el origen y las consecuencias de dicho conflicto.

El Consejo de Europa adoptó en 1998 un *Convenio sobre la Protección del medio ambiente a través del Derecho Penal*. Se puede decir que es el primer tratado internacional que obliga a los Estados parte a imponer sanciones penales para castigar determinados comportamientos que causan o pueden causar daños ambientales. El convenio se firmó el 16 de noviembre de 1998, aunque a día de hoy todavía no se ha alcanzado el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor⁴⁹. Pues bien, en 1999 Dinamarca presentó al Consejo de la Unión Europea un proyecto de Acción Común sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que contenía disposiciones relativas a la aproximación de legislación penal de los Estados miembros en esta materia. Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam Dinamarca volvió a reiterar su propuesta en un proyecto de decisión marco, que presentó al Parlamento Europeo para su estudio. Esta incluía algunos elementos del Convenio del Consejo de Europa y se basaba en los artículos 31 y 34(2)(b) TUE, esto es, se trataba de una iniciativa a adoptar en el marco de tercer pilar. El Parlamento Europeo emitió su dictamen el 7 de julio de 2000 y aprobó esta decisión marco, al tiempo que presentó 47 propuestas de enmienda⁵⁰. En diciembre de 2001 el Consejo elaboró un nuevo proyecto de decisión marco, en el que introdujo diversas modificaciones que tenían su origen en la propuesta de directiva a la que hemos aludido antes. La decisión marco fue aprobada por el Parlamento Europeo⁵¹, aunque este pidió al Consejo que se abstuviera de adoptar la decisión marco antes de la adopción de la directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, propuesta por la Comisión. Esta *propuesta de decisión marco* evolucionó y fue objeto de diversas modificaciones hasta fijar como base jurídica del tercer pilar los artículos 29, 31(e) y 34(2)(b) TUE. El 27 de enero de 2003 el Consejo adoptó la decisión marco sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. En ella se observa que su contenido ha ido evolucionando y acercándose mucho a los contenidos de la propuesta de directiva que hemos estudiado⁵².

El 13 de marzo de 2001 la Comisión Europea presentó una *propuesta de directiva* sobre la protección del ambiente a través del Derecho penal a la que ya hemos hecho

⁴⁹ Cfr. SELIN, Cathy, "Your Money or Your Life: A Look at the Convention on the Protection of the Environment Through Criminal Law", en *RECIEL* 10 (1) 2001, pgs. 106-114.

⁵⁰ Cfr. el documento Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo *para combatir los delitos graves contra el medio ambiente* (5343/2000 - C5-0078/2000 - 2000/0801(CNS)). A5-0178/2000, DO C 121/494, 24.4.2001.

⁵¹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Decisión marco del Consejo relativa a protección del medio ambiente a través del Derecho penal (15525/2001 - C5-0022/2002 - 2000/0801(CNS)), DO C 127 E/142, 29.5.2003.

⁵² Cfr. COMTE, Françoise, "Criminal Environmental Law and Community Competence", en *European Environmental Law Review*, N° 12 (5), Mayo 2003, pgs. 147-156, pg. 149.

referencia. Esta iniciativa se basa, como hemos visto, en el art. 175 TCE, esto es, primer pilar. El artículo 3 de esta propuesta obliga a los Estados miembros a imponer sanciones penales a las infracciones de las Directivas y Reglamentos comunitarios contenidos en la lista realizada en su anexo.

La existencia de ambos textos con el mismo objetivo pero con fundamentos jurídicos distintos ha generado un *grave conflicto institucional entre el Consejo y la Comisión*. La cuestión esencial radica en determinar si la imposición de la obligación de sancionar penalmente determinados comportamientos en Derecho nacional es una competencia comunitaria del primer pilar (como sostiene la propuesta de directiva) o si, por el contrario, pertenece al tercer pilar (como mantiene la decisión marco). Esta materia, en realidad, supera los límites del Derecho del medio ambiente y plantea la difícil cuestión relativa a la delimitación de las competencias del legislador comunitario en materia penal. El principal problema consiste en determinar qué disposiciones del Tratado UE permiten exigir a los Estados miembros que prevean sanciones penales para las infracciones del Derecho comunitario ambiental. El Consejo opina que esta competencia deriva de las disposiciones del Título VI TUE relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal (tercer pilar). La Comisión Europea considera que se deriva de las normas de Derecho Comunitario, el primer pilar.

En julio de 2001 la Comisión anunció que si el Consejo adoptaba la propuesta de decisión marco, iniciaría un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con el objetivo de establecer que el Consejo había infringido las reglas relativas a la división de poderes entre el primer y el tercer pilar del TUE. Tras la aprobación de la decisión marco, el 15 de abril de 2003⁵³ la Comisión interpuso un *recurso* contra el Consejo, en el que pide que se declare la ilegalidad de la decisión marco, y que sea anulada. Veamos cuál ha sido durante todo este proceso la opinión de las distintas instituciones de la Unión sobre esta materia.

5.1 La opinión de la Comisión

La Comisión ha manifestado su opinión en diversos documentos, entre los que destacamos un informe de trabajo del personal de la Comisión titulado "*Establishment of an acquis on criminal sanctions against environmental offences*"⁵⁴. En él se señala expresamente que la Comunidad carece de competencia en materia de Derecho penal. Ahora bien, dicho documento puntualiza que en la medida en que sea necesario para alcanzar los objetivos comunitarios, la Comunidad puede obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales⁵⁵. Allí donde el Derecho penal es el único medio para garantizar que el

⁵³ Recurso interpuesto el 15 de abril de 2003 contra el Consejo de la Unión Europea por la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C-176/03) (2003/C 135/31), DO C 135/21, 7.6.2003.

⁵⁴ Commission of the European Communities. Commission staff working paper. *Establishment of an acquis on criminal sanctions against environmental offences*. Brussels, 07.02.2001. SEC(2001)227. Sobre este documento *cfr.* COMTE, Françoise, "Criminal Environmental Law and Community Competence", en *European Environmental Law Review*, Nº 12 (5), Mayo 2003, pgs. 147-156, pg. 150.

⁵⁵ Es más, incluso donde el Derecho comunitario no prevé expresamente sanciones (o sanciones penales), los Estados Miembros pueden ser obligados a adoptar los pasos apropiados para aplicar el Derecho Comunitario de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal en relación con el artículo 10 TCE.

Derecho comunitario es aplicado de forma eficaz, los Estados miembros pueden ser obligados a prever sanciones penales. Pues bien, el art. 175 TCE define la competencia comunitaria general en materia ambiental. Siguiendo el razonamiento de la Comisión, en la medida en que existe un fracaso en el cumplimiento correcto del Derecho comunitario ambiental, el legislador comunitario ha de exigir a los Estados miembros la adopción de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluidas, si es necesario, sanciones penales. Este es el objetivo de la propuesta de directiva sobre la protección del ambiente mediante el derecho penal⁵⁶.

Según este documento podrían ser necesarios *dos instrumentos distintos* sobre la materia: uno del primer pilar y otro del tercer pilar. El instrumento del primer pilar puede disponer que los Estados castiguen los ataques al ambiente con sanciones penales, que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros pueden estar obligados a imponer tales sanciones penales tanto cuando la conducta sea dolosa como imprudente. Es más, incluso tal instrumento puede disponer que para los casos graves se impongan penas privativas de libertad. El instrumento del tercer pilar puede referirse a la aproximación de las normas de los Estados miembros en materia penal, cuando se trate de un delito medioambiental cometido en el marco del crimen organizado. Tal instrumento puede prever límites máximos o mínimos de sanciones penales, incluidas las penas privativas de libertad, hacer referencia también a la cooperación judicial, a la extradición o a las cuestiones de jurisdicción. En cualquier caso, el instrumento del tercer pilar no puede prever la obligación de sancionar penalmente actividades que no están prohibidas por el Derecho comunitario.

Más claramente se observa su opinión en el *Recurso interpuesto contra el Consejo* el 15 de abril de 2003⁵⁷. La Comisión opina que las Comunidades son competentes para obligar a los Estados miembros a establecer sanciones penales siempre que ello sea necesario para “garantizar la efectividad y la eficacia del Derecho comunitario”. Para ello recurre la Comisión a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citando a título de ejemplo la sentencia de dicho Tribunal de 21 de septiembre de 1989, en el asunto 68/88, Comisión/ Grecia (Rec. p. 2966), conforme a la cual los Estados miembros tienen la obligación de procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en las condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción. Concluye de esta manera que se puede obligar a los Estados miembros a establecer sanciones penales para las infracciones del Derecho comunitario. Por último, la Comisión apunta que en el estado actual del Derecho comunitario, “si considera que la observancia de las normas que dicta sólo puede garantizarse mediante el establecimiento de sanciones penales, el legislador comunitario será competente para obligar a los Estados miembros a establecer tales sanciones.”

⁵⁶ Commission of the European Communities. Commission staff working paper. *Establishment of an acquis on criminal sanctions against environmental offences*. Brussels, 07.02.2001. SEC(2001)227.

⁵⁷ Recurso interpuesto el 15 de abril de 2003 contra el Consejo de la Unión Europea por la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C-176/03) (2003/C 13 5/31), DO C 135/21, 7.6.2003.

En definitiva, la Comisión apoya su opinión esencialmente en el deber de cooperación leal (art. 10 TCE) y en la interpretación que ha hecho del mismo la jurisprudencia en el ámbito de las sanciones. En este sentido, expresamente la propuesta de directiva de la Comisión apunta que “de conformidad con el artículo 10 del Tratado CEE, deben adoptar, en caso de necesidad, sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas para hacer cumplir el Derecho comunitario”⁵⁸.

5.2 La posición del Servicio Jurídico del Consejo

Es sorprendente que el *Servicio Jurídico del Consejo* también se haya mostrado favorable a la competencia comunitaria en materia penal, por lo menos en lo que se refiere a la posibilidad de obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales. Cuando preparaba la adopción de la decisión marco, y a la vista de la propuesta de directiva de la Comisión, el Consejo preguntó a su Servicio Jurídico si la propuesta de decisión marco contravenía las disposiciones relativas al reparto competencial en la Unión Europea. El Servicio Jurídico del Consejo⁵⁹ (5 de marzo de 2001 - 6793/01) opina que el Derecho comunitario permite al legislador comunitario exigir a los Estados miembros que prevean sanciones apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En caso de que dicho legislador considere que el cumplimiento de las obligaciones sólo puede asegurarse mediante sanciones penales, dispone de la capacidad jurídica para obligar a los Estados miembros a prever tales sanciones. Según el Servicio Jurídico⁶⁰, el Consejo sólo tiene competencias complementarias en el marco del tercer pilar, de manera que si la Comisión considera que es necesario actuar en el marco del primer pilar, no se puede emprender ninguna acción de manera prioritaria en el marco del tercer pilar. Una acción semejante podría ser objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia con el objetivo de obtener su anulación. El Servicio Jurídico advierte que la Comunidad tiene competencias limitadas en materia penal, que quedan reducidas a definir las normas a respetar en las materias para las que la Comunidad adopta medidas relativas a la aproximación de las

⁵⁸ Una amplia justificación en el mismo sentido puede verse en la justificación de la Enmienda núm. 16 que se contiene en el documento del Parlamento Europeo *Informe sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal* (COM(2001) 139 - C5- 0116/2001 - 2001/0076(COD)). Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Política del Consumidor. Ponente: Ria G.H.C. Oomen-Ruijten. Final A 5-0994/2002. En ella se indica que si el Derecho penal es el único medio para garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria, se puede obligar a los Estados miembros a establecer sanciones penales. Y expresamente se alude a la interpretación que hace el Tribunal de Justicia del artículo 10 TCE.

⁵⁹ Las opiniones del Servicio Jurídico de la Comisión no se publican. Puede verse una referencia a esta opinión del Servicio Jurídico de la Comisión en el documento del Parlamento Europeo de 18 de febrero de 2002. *Proyecto de opinión de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores para la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Política del Consumidor sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal* (COM(2001) 139 - C5-0116/2001 - 2001/ 0076(C NS)) Ponente de opinión: Giuseppe Di Lello Finuoli. Provisional 2001/00 76(COD). También se expone la opinión del Servicio Jurídico en el trabajo de COMTE, “Criminal Environmental Law and Community Competence”, *cit.*, pg. 150.

⁶⁰ Hace referencia a este dictamen VERVAELE, John A.E., “El Ministerio fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho procesal penal europeo”, en *Sistemas penales europeos*, Director: Andrés Palomo del Arco. Cuadernos de Derecho Judicial IV - 2002. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pgs. 273-321, pg. 282.

disposiciones legislativas de los Estados miembros, y a obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales en caso de violación de tales normas. No tiene competencias, por el contrario, para adoptar medidas sobre otras materias propias del Derecho penal, tales como las clases y los límites de las sanciones aplicables, la competencia jurisdiccional, la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, la prescripción y cuestiones relativas al procedimiento penal de los Estados miembros. Esto obliga a prever dos instrumentos, uno del primer pilar, una directiva, que obligue a los Estados miembros a imponer sanciones penales, y otro del tercer pilar, una decisión marco que precise que sus disposiciones son de aplicación cuando se infrinja la directiva y que se refiera a cuestiones tales como las sanciones aplicables, la responsabilidad penal, la competencia jurisdiccional y la extradición.

5.3 La opinión del Consejo

El Consejo, sin embargo, no está de acuerdo con el punto de vista de su Servicio Jurídico. La opinión del Consejo la extraemos de los propios considerandos de la decisión marco de 2003. Ahí se señala expresamente que cuando se estudió la propuesta de directiva no se pudo alcanzar la mayoría necesaria para su adopción porque “la mayoría consideraba que esta propuesta superaba las competencias que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea otorga a la Comunidad”, y porque “los objetivos pueden alcanzarse mediante la adopción de una Decisión marco basada en el título VI del Tratado de la Unión Europea”. Por ello, concluye el Consejo que *la decisión marco* basada en el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea es un *instrumento adecuado para imponer a los Estados miembros la obligación de prever sanciones penales*. En definitiva, el Consejo evidencia que existe una oposición dentro de él a la adopción de la directiva, porque la Comunidad carece de competencias en materia penal. Por eso, entiende que el objetivo que se persigue con la directiva puede alcanzarse mediante un instrumento del tercer pilar, esto es, a través de una decisión marco.

5.4 La posición del Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo *ha apoyado la competencia en materia penal del legislador comunitario* en el conflicto entre el Consejo y la Comisión⁶¹. Así, en su Recomendación sobre sanciones penales y derecho penal manifiesta expresamente que “la legislación comunitaria se fundamenta en principios generales de Derecho comunes a los sistemas jurídicos nacionales y en el artículo 10 del Tratado CE, en el que se consagra el principio de la cooperación leal, para todo lo referente a la obligación de los Estados miembros de

⁶¹ El Parlamento apoya claramente a la Comisión en su Sesión plenaria de 9 de abril de 2002 mediante la adopción (a través del procedimiento de codecisión) de una Posición con vistas a la adopción de la propuesta de Directiva. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal (COM(2001) 139 - C5-0116/2001 - 2001/0076(COD)) (Procedimiento de codecisión: primera lectura). P5_TA(2002)014 7. En ella el Parlamento Europeo aprueba la propuesta de la Comisión y pide al Consejo que se abstenga de toda iniciativa en materia de Derecho penal aplicada a delitos contra el medio ambiente mientras no se adopte la directiva. Sobre la opinión del Parlamento Europeo ver COMTE, “Criminal Environmental Law and Community Competence”, *cit.*, pg. 151.

establecer sanciones adecuadas, incluidas sanciones penales, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado CE o de sus disposiciones de aplicación, como ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas⁶². El apartado 6 “recomienda al Consejo que se abstenga de adoptar ninguna medida preliminar en relación con la legislación penal medioambiental antes de la conclusión del procedimiento de codecisión para la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal”. Por otro lado, entiende el Parlamento Europeo que, tal como lo prevé el artículo 42 del Tratado UE, sería conveniente que todos los ámbitos (incluida la cooperación judicial) se transfiriesen al primer pilar con el fin de tener una legislación coherente y no una mezcla heterogénea de instrumentos del primer y el tercer pilar⁶³.

6. Toma de postura. El principio de asimilación. El proyecto de Constitución Europea y el Derecho penal

Tanto la Comisión como el Parlamento opinan que el legislador comunitario puede obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales en su ordenamiento interno en aquellos ámbitos en los que dispone de competencias. Esto supone dar un vuelco a la situación que ha existido durante las últimas décadas, en las que se entendía que la Comunidad carecía de esta concreta competencia en materia penal. Es cierto que la cuestión no es pacífica aún, y está pendiente de un pronunciamiento del TJCE. De hecho, el problema radica en la determinación de si existe o no un *fundamento jurídico* que permita afirmar que la Comunidad Europea tiene competencia en materia penal, o mejor, para obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales, porque en última instancia son éstos los que deben implementar en su ordenamiento interno tal obligación.

Como hemos visto hasta ahora, la Comisión entiende que el fundamento radica esencialmente en el *deber de cooperación leal* del art. 10 TCE. Como ha evidenciado Navarro Batista⁶⁴, el deber de cooperación leal conlleva dos obligaciones principales para los Estados miembros, que se derivan del principio de asimilación y del principio de eficacia.

a) De acuerdo con el *principio de asimilación* los Estados, para sancionar las violaciones del Derecho comunitario, deben utilizar las mismas medidas que emplean en su Derecho interno para castigar infracciones análogas; dicho de otro modo, los intereses comunitarios deben recibir a nivel nacional la misma tutela que se otorga a los intereses estatales de la misma naturaleza. En materia penal, a través de este principio es posible en el marco de la Comunidad obligar a los Estados miembros a que prevean sanciones

⁶² Sanciones penales y Derecho comunitario (procedimiento sin debate). Doc B5-0707/2001, Jueves, 15 de noviembre de 2001, DO C 140 E/524, 13.6.2002.

⁶³ Extraído del documento del Parlamento Europeo 18 de febrero de 2002. Proyecto de opinión de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores para la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Política del Consumidor sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal (COM(2001) 139 - C5-0116 /2001 - 2001/0076(CNS)). Ponen te de opinión: Giuseppe Di Lello Finuoli. Provisional 2001/0076 (COD).

⁶⁴ Cfr. NAVARRO BATISTA, Nicolás, “Medio ambiente y Derecho penal. La Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1.

penales en concretos ámbitos, esencialmente para la tutela de bienes jurídicos de la Comunidad. Este principio requiere la asimilación de los bienes jurídicos propios de la Comunidad a los correspondientes bienes protegidos por el legislador penal de los Estados miembros. Tenemos ejemplos en los que la norma comunitaria dispone que los preceptos penales de los Estados miembros que tutelan determinados intereses estatales se apliquen también a la tutela de los correspondientes intereses análogos de la Comunidad. En estos casos la norma comunitaria contenida en los Tratados constitutivos lleva a cabo un reenvío expreso al ordenamiento penal interno para la protección de determinados intereses comunitarios. Se trata de supuestos muy concretos, que carecen de autonomía estructural al adoptar la técnica de remisión⁶⁵. Esta técnica se adopta por ejemplo, en el art. 30 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, que obliga a los Estados a perseguir y castigar a los testigos y peritos que violen su juramento ante este tribunal, como si fuese un delito cometido ante un tribunal nacional. Las disposiciones comunitarias llevan a cabo un reenvío expreso a la normativa nacional, y obligan a los Estados miembros a garantizar la tutela de los bienes jurídicos comunitarios como si de los correspondientes bienes jurídicos nacionales se tratase.

b) El *principio de eficacia* exige a los Estados que adopten todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. En concreto, impone la obligación de adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. En materia penal, esto significa que, a diferencia de la situación examinada en el apartado a), no existe una norma comunitaria que realice una remisión explícita. Lo que se discute es si en estos casos los Estados miembros están obligados o no a establecer tipos penales destinados expresamente a proteger intereses comunitarios. La discusión sobre la posibilidad de su creación se ha centrado fundamentalmente en la interpretación del art.10 TCE, que obliga a los Estados miembros a adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad". La cuestión es si entre estas medidas apropiadas pueden incluirse las de carácter penal.

El *Tribunal de Justicia* de la Comunidad Europea se ha manifestado de forma contundente en el caso "*Comisión contra Grecia*", nº 68 /88, de 21 de septiembre de 1989, relativo al asunto conocido como escándalo del maíz griego, al señalar que las sanciones de los Estados frente a las violaciones al Derecho comunitario han de ser material y procesalmente análogas a las previstas para infracciones estatales de índole e importancia similares, y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo⁶⁶. Ahora bien, deja claro que los Estados conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones

⁶⁵ Cfr. S GUBBI, Filippo, "Derecho Penal Comunitario" (traducción de Manuel Quintanar Díez), en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, nº 58, pgs. 89-123, pg. 107; también DE LA MATA BARRANCO, "Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), RECPC 02-04 (2000).

⁶⁶ Cfr., sobre esta decisión y su incidencia en materia penal, entre otros, el análisis de NIETO MARTIN, Adán, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, pgs. 278 ss; GOMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, cit., pgs. 23 ss; DANNECKER, *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, cit., pgs. 54 ss.

En el marco de este tradicional debate ha surgido el conflicto entre la Comisión y el Consejo. Como hemos visto, la Comisión es de la opinión de que la Comunidad, en el ámbito del primer pilar, puede obligar a legislar penalmente⁶⁷. En este sentido, en materia medioambiental se entiende que si las sanciones administrativas y otras medidas de control ya *no son suficientes* para lograr un correcto cumplimiento de la normativa medioambiental, y si todas las instituciones comparten la necesidad de emplear mecanismos penales, entonces el principio de eficacia exige de los Estados su colaboración leal en este terreno para contribuir al objetivo común de la preservación del medio ambiente. En definitiva, esta obligación de castigar penalmente los comportamientos lesivos del ambiente es una concreción del deber de cooperación leal que tienen los Estados para con la CE. Este razonamiento se parece mucho a la idea que inspira el principio de subsidiariedad en materia penal, conforme al cual el Derecho penal ha de ser el último recurso (*ultima ratio*) al que acudir cuando el resto de los medios menos lesivos se muestren insuficientes para proteger bienes jurídicos. Lo que ocurre es que este principio constituye un límite al *ius puniendi* estatal, a la facultad que le corresponde al Estado de crear normas penales asociando a las conductas prohibidas sanciones de esta naturaleza. Y es admitido que la Comunidad carece de *ius puniendi*, de competencia para crear un Derecho penal de ámbito comunitario, esto es, uniforme para todos los Estados miembros⁶⁸.

Creo que la Comunidad carece de competencias para obligar a los Estados miembros a legislar penalmente. Es cierto que el TJCE obliga a asimilar la protección de los bienes jurídicos propios de la Comunidad a los correspondientes bienes jurídicos tutelados por el legislador estatal, imponiendo incluso sanciones penales. Pero no es menos cierto que dicho Tribunal deja a los Estados un gran margen de discrecionalidad en cuanto a las sanciones a imponer, cuando se trata de infracciones que según el Derecho comunitario han de ser sancionadas. Esperamos con todo un rápido pronunciamiento del TJCE que aclare el reparto de competencias entre el primer y el tercer pilar en materia penal.

Esta falta de competencia en materia penal es algo que se viene asumiendo incluso en el marco de las instituciones comunitarias desde hace décadas, por las reticencias de los Estados a reconocer competencias penales a la CE. Esto supone que en el marco del primer pilar no se puede obligar a los Estados a legislar en materia penal, pero sí en el marco del tercer pilar. De hecho, existen materias en las que legisla la Comunidad por ser competente, pero no impone obligaciones de naturaleza penal a los Estados, y sobre esas mismas materias existen disposiciones del tercer pilar en materia penal. Y es que creo que tiene razón el Consejo cuando considera que la armonización de los elementos constitutivos de los delitos y de las penas es una competencia exclusiva de la Unión,

⁶⁷ También parece ser de esta opinión VOGEL, Joachim, "Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea", en *Revista Penal*, n. 10, 2002, pgs. 112-129, pgs. 116/7, en materia medioambiental, cuando afirma que es preciso establecer un estándar mínimo sobre derecho penal medioambiental para los Estados miembros, pues sólo así se puede lograr el "alto nivel de protección que contempla el art. 174 párrafo segundo TCE.

⁶⁸ Cfr. CUERDA RIEZU, "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", *cit.*, pgs. 625 ss, donde expone que en el ámbito nacional o de los Estados miembros los órganos comunitarios tienen *ius puniendi*, porque el Derecho de las Comunidades incide negativamente y positivamente en la legislación penal de tales Estados.

basada en el art. 31.e) del Tratado UE. El Tratado de la Unión impone a las instituciones de la Comunidad, cuando estas consideran necesario aproximar el Derecho penal material de los Estados miembros, el respeto de procedimientos particulares (derecho de iniciativa compartido entre la Comisión y los Estados miembros, decisiones del Consejo adoptadas por unanimidad, etc.), el recurso a instrumentos normativos específicos (convenios y decisiones marco desprovistas de efectos directos) y la persecución de objetivos precisos. Esta es la vía seguida por el Consejo, por ejemplo, para la protección del Euro contra la falsificación o la lucha contra el blanqueo de capitales⁶⁹. En ambas materias existen disposiciones del primer pilar, que no obligan a imponer sanciones penales, y disposiciones del tercer pilar -decisiones marco-, que regulan las materias relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. Otro buen ejemplo de esta forma de actuar lo constituye la directiva de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁷⁰. Su artículo 3 obliga a los Estados miembros a castigar las infracciones contempladas en los artículos 1 y 2 mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias sin ninguna alusión a que éstas sean de naturaleza penal. Existe por otro lado un instrumento del tercer pilar, una decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁷¹. Su artículo 1 obliga a los Estados miembros a castigar con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias (que puedan dar lugar a extradición), las infracciones definidas en los artículos 1 y 2 de la directiva. En definitiva, creo que a día de hoy esta combinación de disposiciones es la más acertada, en la que son los instrumentos del tercer pilar los que obligan a imponer sanciones penales.

De hecho, esta postura acaba de ser confirmada en junio de 2004 por el *Consejo de Ministros de Transportes* de la UE, que al examinar la propuesta de directiva sobre la contaminación procedente de buques, ha decidido que en ella sólo se pueda obligar a los Estados a imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, pero no exigir que sean de naturaleza penal (se deja a los Estados la elección de las sanciones, que pueden ser administrativas o penales)⁷². Entre otros argumentos los ministros de transportes se refieren a la falta de competencia en materia penal de la CE⁷³.

⁶⁹ Cfr. KERCHOVE, Gilles de, "L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives", en *Police and Judicial Cooperation in the European Union*. FIDE 2004 National Reports. Editor: Anthony Moore General. Rapporteur: Mario Chiavario. Cambridge University Press, 2004, pgs 335-380, pg. 362.

⁷⁰ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, 5.12.2002.

⁷¹ Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, 5.12.2002.

⁷² Cfr. el acuerdo al que llegan los Ministros de transportes de los Estados miembros en el documento, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Press release*. 2589th Council Meeting. Transport, Telecommunications and Energy. Luxembourg, 10 and 11 June 2004. President Mr Dermot AHERN, T. D., Minister for Communications, Marine and Natural Resources. Mr Séamus BRENNAN, T.D., Minister for Transport of Ireland. 9865/04 (Presse 176) Provisional version, pg. 18.

⁷³ Cfr. las ediciones digitales de los diarios, *ABC* Sábado, 12 de junio de 2004, *El mundo* Sábado, 12 de Junio de 2004, *elcorreodigital* Viernes, 11 de junio de 2004, *La voz de Galicia* (lavozdegalicia.es). Miércoles, 16 de Junio de 2004.

Este debate ha resucitado la necesidad de “comunitarizar” el tercer pilar, o al menos, de integrar ciertos aspectos de la CPJP en el pilar comunitario. Esto, como venimos diciendo, es lo que propone el Parlamento Europeo⁷⁴, el cual apoya firmemente la posición de la Comisión en esta materia. El propio Tratado UE contiene esta posibilidad que se puede materializar a través de la denominada disposición de “pasarela” o pasarela comunitarizadora del artículo 42. Este prevé que se pueda “comunitarizar”, y por lo tanto transferir al marco del primer pilar, la materia del Derecho penal. Dispone este precepto:

”El Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, previa consulta al Parlamento Europeo, que las acciones en los ámbitos contemplados en el artículo 29 queden incluidas en el título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

El artículo 29 del Tratado de UE menciona como una de las maneras en la que pueden lograrse los objetivos de la UE:

“... mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de: ... la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31”.

El artículo 31.e) dispone:

“La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras: e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas”.

Esta combinación de disposiciones parece permitir que las directivas comunitarias, como disposiciones propias del primer pilar, puedan aproximar las disposiciones penales en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas. La propia existencia de esta pasarela da a entender que los Estados miembros creen que la CE carece de competencias para aproximar el Derecho penal, o para crear disposiciones que obliguen a los Estados a introducir sanciones penales para aplicar las normas comunitarias⁷⁵. A día de hoy todavía no se ha utilizado esta disposición de “pasarela” contenida en el artículo 42 del Tratado UE.

⁷⁴ Cfr. Recomendación del Parlamento Europeo de 15.11.2001 sobre las sanciones penales y el Derecho Comunitario, DO C 140 E, de 13 .6.2002.

⁷⁵ Cfr. CORSTENS, “Criminal Law in the First Pillar?”, *cit.*, pg. 136.

Otra posibilidad de que la CE pueda actuar en materia penal se contiene en el artículo 61 del Tratado CE. Este dispone como sigue:

“A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: a) en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 14, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración, de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2 y 3 del artículo 62, en la letra a) del punto 1 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, así como medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea”.

Las medidas contenidas en el artículo 61 (a) deben adoptarse antes del 1 de mayo de 2004. Como consecuencia, el Consejo debe tomar las medidas de la aproximación dentro del primer pilar en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas. Esto parece que convierte en superflua la “pasarela” del art. 42 Tratado UE en relación con la aproximación de las leyes en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas. El problema es que el artículo 67 del Tratado CE no prevé el procedimiento que debe utilizarse para aproximar las leyes penales de los Estados miembros en el contexto del primer pilar⁷⁶. Quizás por ello no se haya hecho uso aún de esta posibilidad.

En definitiva, creo que a día de hoy la Comunidad carece de competencias para imponer a los Estados la obligación de sancionar penalmente determinadas conductas. Ahora bien, existen tanto en el TCE como en el TUE disposiciones que permiten que las competencias en materia penal puedan ser ejercidas en el marco del primer pilar. Sólo haciendo uso de tales disposiciones podrá la Comunidad elaborar normas que obliguen a los Estados a legislar en materia penal y a armonizar sus normas penales.

Es cierto, con todo, que en la actualidad vivimos un momento importante que puede despejar todas estas dudas. En junio de 2003 la *Convención Europea* llegó a un acuerdo relativo a un proyecto de tratado por el que se instituye una *Constitución para Europa*⁷⁷. Pues bien, en ella se hace referencia también a la armonización del Derecho penal. En la parte I, relativa a los valores y objetivos de la Unión Europea, el artículo 18 propone un único marco institucional y el artículo 32 un juego común de instrumentos jurídicos (la ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes). El capítulo IV del proyecto de Constitución incluye disposiciones especiales relativas al área de libertad, seguridad y justicia. La cooperación judicial en materia penal se basa en el principio del reconocimiento mutuo de las senten-

⁷⁶ Así lo indica CORSTENS, *ibidem*.

⁷⁷ *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma. - 18 de julio de 2003 -

cias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de la legislación nacional con miras al desarrollo de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate (artículo III-171). El artículo III-172(1) contiene las normas en materia de Derecho penal sustantivo y de las sanciones. Prevé un listado de delitos que puede ser objeto de aproximación con miras a desarrollar reglas mínimas europeas, en concreto, se alude al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Esta lista puede ampliarse mediante una decisión unánime del Consejo. Las leyes marco pueden adoptarse por mayoría cualificada y codecisión. Por último, de gran importancia en esta materia es el artículo III-172(2) que dispone que "Cuando la aproximación de normas de Derecho penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrán establecer mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate". Aquí también es suficiente una mayoría cualificada.

Vivimos un importante momento en Europa, un proceso constituyente europeo, que va a suponer un cambio de relevancia en la actual configuración de la Unión y de su sistema normativo⁷⁸. Ello, sin duda, va a incidir en materia penal, y va a aportar soluciones a las desavenencias interinstitucionales actuales. No podemos por lo tanto desaprovecharlo.

⁷⁸ Sobre la nueva situación normativa prevista en el proyecto de Constitución europea en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal, *cf.* SANTOS VARA, Juan, "La simplificación normativa en el proyecto de Constitución Europea: ¿unificación del sistema de actos o mantenimiento de la diversidad?", en *Revista General de Derecho Europeo*. Nº 2. Iustel.