

STVDIA IVRIDICA

98

AD HONOREM — 5

---

*JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI*

ARMONIZACIÓN PENAL  
EN LA UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

COIMBRA EDITORA

## ARMONIZACIÓN PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA (\*)

José Luis de la CUESTA ARZAMENDI

### I — Introducción: una política criminal europea

Las dificultades y problemas específicos a los que, desde sus orígenes, se han enfrentado las instituciones comunitarias en el plano penal son bien conocidas, hasta el punto de que, en el estadio actual de la integración europea — y sin perjuicio del papel cada vez más relevante de la Unión en esta materia, como ponen claramente de manifiesto “las sucesivas modificaciones introducidas en los Tratados y en la actividad política de los órganos comunitarios — no exista todavía un derecho penal comunitario y como tal supranacional de aplicación directa por los Estados” (1).

La falta de competencia penal directa (2) impidió desde un principio la intervención de la Comunidad dirigida a la tutela “inmediata” (3) mediante sanciones penales (4) hasta de los bienes comunitarios, que hubo de encauzarse,

---

(\*) En homenaje al Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias.

(1) J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, T. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2007, p. 12.

(2) I. BLANCO CORDERO, “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-05 (2004).

(3) H. H. JESCHECK, “Posibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell’Unione Europea”, en L. Picotti, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione Europea*, Milano, 1999, p. 19.

(4) U. SIEBER, “Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht”, *ZStW*, 103, 1991, p. 957.

de un lado, por la vía de las sanciones (multas) administrativas <sup>(5)</sup> — la única que permitía una protección inmediata “independiente” <sup>(6)</sup> por parte de la Comunidad — y, del otro, a través de la aproximación de las legislaciones (término preferido por el Derecho comunitario <sup>(7)</sup> al, más “técnico” <sup>(8)</sup>, de armonización) <sup>(9)</sup> — y de la exigencia de respeto del principio de asimilación <sup>(10)</sup>.

Como era de esperar, las insuficiencias de este enfoque no dejaron de manifestarse con celeridad y, aun cuando se mantuvo la falta de competencia comunitaria, progresivamente, fue ganando terreno el convencimiento en torno a la conveniencia del refuerzo y profundización entre los Estados miembros en materia de cooperación penal <sup>(11)</sup>. Desde Maastricht esta preocupación acabó plasmándose en la integración de los asuntos de justicia e interior en la “estructura legal formal” <sup>(12)</sup> europea y en la potenciación de la cooperación interestatal en el marco del llamado “tercer pilar”, cuyos inicios se

<sup>(5)</sup> H. H. JESCHECK, “Posibilità...”, *cit.*, pp. 21 s.

<sup>(6)</sup> A. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, p. 57.

<sup>(7)</sup> K. LIGETI, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin, 2005, p. 230.

<sup>(8)</sup> J. VOGEL, “Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union”, *Goldsammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 315.

<sup>(9)</sup> Advierten sobre la falta de claridad del concepto, E. BACIGALUPO ZAPATER, “Die strafrechtlichen Strategien der EU”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice*, Köln, 2006, p. 83; J. VOGEL, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea” (trad. M. Ontiveros Alonso), *Revista Penal*, 10, 2002, p. 113. Ver también K. TIEDEMANN, “La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea” (trad. M. Cancio Meliá), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XLIX, II, 1996, pp. 385 ss. Para un comentario crítico sobre la política armonizadora europea, A. KLIP, “Harmonisierung des Strafrechts — eine fixe Idee”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, pp. 626 ss.; también, A. KLIP, H. VAN DER WILT (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Ámsterdam, 2002.

<sup>(10)</sup> G. GRASSO, *Comunidades europeas y derecho penal* (trad. N. García Rivas), Cuenca, 1993, pp. 159 ss.

<sup>(11)</sup> A. BACIGALUPO ZAPATER, “Die strafrechtlichen Strategien...”, *cit.*, pp. 81 ss. Para un completo repaso de los Convenios de la UE en la materia, G. VERMEULEN, “EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 59 ss.

<sup>(12)</sup> B. GILLMORE, “Introduction”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 16.

remontan principalmente a Schengen <sup>(13)</sup>, con vistas al establecimiento del proyectado espacio de libertad, seguridad y justicia, ámbito en el que se incardinó la cooperación en materia penal. Al mismo tiempo, los tratados que siguieron incorporaron referencias de política criminal inequívocas en materia de prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia, la delincuencia organizada, el terrorismo, el tráfico de personas, agresiones y abusos sexuales contra menores, tráfico ilícito de drogas y de armas, fraude y corrupción.

El Tratado de Ámsterdam supuso un importante paso adelante en esta evolución. Junto a mejoras evidentes en el "sistema de cooperación" <sup>(14)</sup>, el artículo 29 del Tratado UE estableció como objetivo de la Unión "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". Para lograrlo el Tratado consideraba preciso esforzarse en

*"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."*

---

<sup>(13)</sup> S. DE BIOLLEY, "Le développement historique du Droit pénal de l'Union Européenne. Les débuts: acquis de Schengen", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 23.

<sup>(14)</sup> J. M. TERRADILLOS BASOCO, "Política y Derecho Penal en Europa", *Revista Penal*, 3, 1999, p. 71.

Aun cuando la armonización del Derecho penal apareciera “sólo en tercer lugar, en el tercero, después de la mejora de la cooperación policial y judicial” (15), el contenido del artículo 31 — que contemplaba la posibilidad de establecimiento de normas mínimas sobre los elementos constitutivos de las infracciones y sanciones (16) relativas a la delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de estupefacientes — posibilitó la aprobación del Programa de Tampere en 1999 (17), en el que se formularon ya, “con bases normativas” (18), cuatro líneas político-criminales de trabajo: la prevención de la criminalidad a nivel de la Unión; la intensificación en la lucha contra la criminalidad; el tratamiento específico de ciertas formas criminales (la criminalidad fraudulenta, la contraria a los intereses financieros de la Comunidad, la falsificación del euro y la corrupción, el tráfico de seres humanos y explotación sexual de niños; el tráfico de drogas; el terrorismo, y otro conjunto de crímenes y delitos) (19), así como una serie de acciones específicas contra el blanqueo de capitales.

Al Programa de Tampere le ha seguido en 2004 la aprobación por el Consejo Europeo del Programa de La Haya (20), con diez prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco años (21), entre las que cabe destacar, en este momento,

— la lucha especial contra

- el racismo y la xenofobia y toda forma de discriminación, la violencia contra la mujer y la protección de los menores y de los datos personales,
- el terrorismo,

(15) K. TIEDEMANN, “Presente y futuro del Derecho Penal Europeo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 1037

(16) F. PALAZZO, “La legalidad penal en la Europa de Amsterdam”, *Revista Penal*, 3, 1999, pp. 36 ss.

(17) [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

(18) J. VOGEL, “Estado...”, *cit.*, p. 113.

(19) Contra el medio ambiente, “hooliganismo”, racismo y xenofobia, criminalidad cibernética y con empleo de tecnologías avanzadas, defraudaciones (fiscal, en los medios de pago, en los mercados públicos...), en especial si se presentan de modo transfronterizo.

(20) <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l16002.htm>

(21) [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/information\\_dossiers/the\\_hague\\_priorities/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/the_hague_priorities/index_en.htm)

- la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños;
- la elaboración de un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada;
- la garantía de un auténtico espacio europeo de justicia, con particular atención a la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal, así como a la protección de los intereses financieros de la Unión.

El Programa de La Haya supone así un nuevo paso en el desarrollo de esa “política criminal europea”, todavía no plenamente existente <sup>(22)</sup>, pero en la que se viene trabajando desde tiempo atrás por parte de las diversas instancias europeas <sup>(23)</sup>. En aplicación del Programa, el 10 de mayo de 2005 la Comisión Europea lanzó su plan de actuación de 6 años (2005-2010) <sup>(24)</sup>, con propuestas de acción de la Unión europea sobre terrorismo, gestión de la inmigración, política de visados, asilo, intimidad y seguridad, lucha contra el crimen organizado y justicia penal; el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea fue publicado en el Diario Oficial C 198 de 12.8.2005.

Por su parte, y para el período 2007-2013, el Consejo ha aprobado:

- la Decisión 2007/125/JAI, de 12 de febrero de 2007, con el programa específico “Prevención y lucha contra la delincuencia”, integrado en el programa general “Seguridad y defensa de las libertades”;
- el programa específico “Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad”, que forma parte igualmente del programa general “Seguridad y defensa de las libertades” (Decisión 2007/124/CE, de 12 de febrero de 2007; DO L 58 de 24.2.2007).

---

<sup>(22)</sup> J. A. E. VERVAELE, “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea” (trad. I. Blanco Cordero), *Revista Penal*, 15, 2005, p. 183.

<sup>(23)</sup> Destaca la importancia del Consejo de Europa en este plano, J. VOGEL, “Europäische Kriminalpolitik — europäische Strafrechtsdogmatik”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 517. Ver también, P. H. BOLLE, “La politique criminelle européenne: fusion ou confusion. L'œuvre méconnue mais essentielle du Conseil de l'Europe”, *Cahiers de Défense Sociale*, 1990-91, pp. 195 ss.

<sup>(24)</sup> <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l16002.htm>

- el programa específico “Justicia Penal”, incluido en el programa general “Derechos Fundamentales y Justicia” y cuyo objetivo es la creación de un espacio judicial europeo (Decisión 2007/126/JAI, de 12 febrero de 2007; DO L 58 de 24.2.2007).

## II — Incidencia sobre la legislación de los Estados miembros

Si bien la falta de competencia penal directa por parte de las instituciones comunitarias no determinó la irrelevancia de la normativa comunitaria sobre el Derecho penal interno <sup>(25)</sup>, donde son ampliamente conocidos sus “efectos positivos y negativos” <sup>(26)</sup>, el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia a través de los instrumentos del tercer pilar ha complicado si cabe esas relaciones ya “conflictivas” <sup>(27)</sup>. Y es que los conocidos problemas de legitimidad <sup>(28)</sup> y “puntos débiles” del sistema seguido — déficit jurisdiccional y, sobre todo, democrático, lo que convierte a los parlamentos nacionales en títeres de Bruselas <sup>(29)</sup>, enfoque fragmentario de las materias objeto de armonización, escasa atención a la prevención de la delincuencia y débil efectividad del Derecho de la Unión, a lo que se añade la complejidad de la estructura de pilares de la Unión <sup>(30)</sup> —

<sup>(25)</sup> A. CUERDA RIEZU, “¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?”, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 621 ss. En particular, en relación con la protección penal del ambiente, N. J. DE LA MATA BARRANCO, “Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 02.04, 2000; M. MARQUES I BANQUE, “La aplicación del Derecho Comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, n. 2, 1998, pp. 360 ss.; A. MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, pp. 173 ss.; A. VERCHER NOGUERA “La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente”, *Actualidad Penal*, XII, 1994, pp. 225 ss.

<sup>(26)</sup> R. CARNEVALI RODRIGUEZ, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001, pp. 247 ss.; K. LIGETI, *Strafrecht...*, cit., pp. 248 ss.

<sup>(27)</sup> A. CUERDA RIEZU, “La conflictiva relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Política común de justicia e interior en Europa* (separata), s/f, pp. 257 ss.

<sup>(28)</sup> K. LIGETI, *Strafrecht...*, cit., pp. 29 ss.

<sup>(29)</sup> “Lacayos de Bruselas” conforme a la expresión repetidamente citada de B. SCHÜNEMANN, “Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept...*, cit., p. 61.

<sup>(30)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI/I. BLANCO CORDERO, “El modelo penal de la Constitución europea”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 273 ss.

en modo alguno han impedido la aprobación de múltiples textos normativos, que contruidos sobre principios pertenecientes “tanto al primer como al tercer pilar” <sup>(31)</sup> incorporan directrices fundamentales de política penal para los Estados miembros.

Un rápido repaso permite, en efecto, destacar, entre los Convenios europeos con relevancia penal sustantiva <sup>(32)</sup>, los relativos a la Protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas (26 de julio de 1995; DO C 316 de 27.11.1995) y sus Protocolos <sup>(33)</sup> y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195 de 25.06.1997).

Ahora bien, al lado de los Convenios europeos, y sin perjuicio de las acciones comunes y de algunas directivas, el instrumento jurídico de armonización penal en el tercer pilar son las decisiones marco <sup>(34)</sup>: es a ellas a las que, según el artículo 34 del Tratado UE, corresponde “la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

Aun cuando las decisiones marco carecen de efecto directo, pues sólo 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” (art. 34 TUE), a partir de todos estos textos (y de otros de carácter más general (resoluciones, declaraciones, conclusiones), la influencia de europea sobre la legislación penal de los Estados miembros es ya patente y así lo han puesto de manifiesto en España las últimas reformas penales, que han aludido con frecuencia, como justificación de las mismas, a la necesidad de dar cumplimiento a las normas europeas.

Este es el caso de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal, en materia de libertad e

---

<sup>(31)</sup> A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal”, *Dereito e Cidadanía*, VII, 22, 2005, p. 29.

<sup>(32)</sup> También cabe mencionar el Convenio de procedimiento simplificado de extradición (DO C 078 30 marzo 1995), el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros (DO C 197 de 12 mayo.2000), así como su Protocolo de 2001, y el Convenio Europol (DO C 316 de 27 noviembre 1995).

<sup>(33)</sup> El primero, aprobado el 27 de septiembre de 1996; DO C 313 de 23.10.1996; el segundo, aprobado el 19 junio 1997 (DO C 221 de 19.07.1997); el 29 de noviembre de 1996 el Consejo adoptó además 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).

<sup>(34)</sup> A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, pp. 36 ss.



indemnidad sexuales (BOE 1 mayo 1999), la cual recordaba en su preámbulo como guías inspiradoras de la reforma, las directrices de la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y aludía igualmente a la Acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, de 29 de noviembre de 1996.

Por su parte, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE 30 septiembre 2003), se remitió al establecimiento de un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina, declarado como prioritario por las conclusiones de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.<sup>(35)</sup>, aludiendo igualmente a la armonización de los umbrales de pena con los contenidos en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Exponente máximo de esta tendencia ha sido, con todo, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 21 de noviembre, del Código Penal, publicado el 15 de enero de 2007<sup>(36)</sup>, para el que el cumplimiento de “los deberes de armonización y actualización” derivados de la normativa europea aprobada en desarrollo del Tercer pilar a partir del Tratado de Ámsterdam y necesarios para un adecuado cumplimiento de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, consecuencia de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros<sup>(37)</sup>, constituye el fundamento principal de la mayor parte de las reformas propuestas.

### III — Lineamientos primordiales de la Unión europea en materia penal

Como es obvio, excede de los límites de este trabajo entrar en el examen pormenorizado de los textos europeos con relevancia penal. Es por ello que

---

(35) En el mismo sentido, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España su integración social (BOE 23 diciembre 2000) aduce como justificación las referencias al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia por parte de las Conclusiones de Tampere.

(36) BOCG Congreso Serie A: 15 de enero de 2007, núm. 119-1.

(37) S. COMBEAUD, “Première réussite pour le principe de reconnaissance mutuelle: le mandat d’arrêt européen”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 131 ss.

me limitaré a un repaso de sus líneas más destacadas, distinguiendo entre lo relativo a la parte general y la parte especial.

#### A. Parte general del Derecho penal: armonización en materia de penas

En la Parte general es fundamentalmente en torno a las penas donde se han plasmado por el momento los todavía escasos esfuerzos de armonización. Ciertamente, el establecimiento de normas mínimas relativas a la armonización de las penas puede ser un instrumento importante de cara a facilitar y asegurar la cooperación penal en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia en ciertas materias, y así se menciona expresamente por el art. 31, e), del TUE. Ahora bien, aun cuando en los últimos tiempos se ha empezado ya a fijar en algunos casos duraciones mínimas de las penas máximas a imponer, el avance de las Decisiones Marco no es grande en este plano, limitándose la mayor parte de ellas a exigir simplemente el establecimiento de penas eficaces proporcionadas y disuasorias para los hechos a incriminar y perseguir.

Al margen de las Decisiones-marco y junto al *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea*, presentado por la Comisión<sup>(38)</sup>, el Consejo JAI adoptó en 2002 (25-26 abril) unas conclusiones dignas de mención. En ellas y para facilitar la tarea de fijación por los Estados del grado mínimo de sanción máxima aplicable al dar cumplimiento a las Decisiones-Marco<sup>(39)</sup>, se postulaba el establecimiento de cuatro “grados” de penas:

- el primero, comprensivo de las penas de una duración máxima de al menos entre 1 y 3 años de reclusión;
- el segundo, para las penas de una duración máxima de al menos entre 2 y 5 años de reclusión;
- el tercero, para aquellas penas de una duración máxima de al menos entre 5 y 10 años de reclusión; y

<sup>(38)</sup> Bruselas, 30.04.2004 COM(2004)334 final. Ver también la Propuesta de Decisión marco presentada en 2005 (DO C 150, 21.6.2005. Ch. SAJONZ, “Peines privatives de liberté et transfert des personnes condamnées”, *Revue Internationale de Droit Penal*, 77 1-2, 2006, pp. 163 ss.

<sup>(39)</sup> Con arreglo a la Declaración n.º 8 al Tratado de Ámsterdam, no cabe imponer a los Estados miembros que no prevean penas mínimas la obligación de adoptarlas. Con todo, T. VANDER BEKEN, “Freedom, security and justice in the European Union. A plea for alternative views on harmonisation”, en A. Klip/H. van der Wilt (eds.), *Harmonisation...*, cit., p. 98.

- un cuarto grado: penas de una duración máxima de al menos 10 años de reclusión (superable en casos excepcionales) <sup>(40)</sup>.

No obstante, los esfuerzos de aproximación en materia de sanciones resultan todavía muy limitados <sup>(41)</sup>, si bien en algunas Decisiones-marco cabe hallar menciones a la imposición de *penas privativas de derechos* <sup>(42)</sup> y es conocido el debate en cuanto a los posibles criterios de aproximación de las *penas pecuniarias* <sup>(43)</sup>.

También cabe encontrar algunas referencias a la disociación y colaboración con la autoridad como fundamento para la reducción de las penas en relación con los delitos de terrorismo y de tráfico de drogas. Son criterios al respecto (art. 6 Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre

<sup>(40)</sup> Así, la Decisión-marco de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, contempla en su art. 5.3 penas máximas privativas de libertad no inferiores a 15 años.

<sup>(41)</sup> Como recuerda el Libro Verde las penas alternativas o la ejecución de las penas quedan, por el momento, completamente al margen. *Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea* (presentado por la Comisión). Bruselas, 30.04.2004 COM(2004)334 final, p. 23. Ver también, E. DEMETRIO CRESPO, "Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea", *Revista Penal*, 16, pp. 43 ss.; A. WEYEMBERGH, "Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 187.

<sup>(42)</sup> Así, por ejemplo, art. 1.2 de la Decisión marco sobre la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, art. 5.3 de la Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, art. 4.3 de la Decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

<sup>(43)</sup> Así, la Propuesta de la Comisión de Decisión marco del Consejo para reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, en relación con el nivel mínimo de las multas máximas a imponer a las personas físicas o jurídicas responsables de la comisión de las infracciones reguladas por la Directiva, prevé dos niveles atendiendo al nivel de negocio: del 1 al 10% y del 10 al 20% en los casos más graves. No obstante la Decisión Marco, recientemente anulada por el Tribunal de Justicia, para los casos en que la persona jurídica fuera la responsable acabó fijando dos niveles de cuantías, si bien el art. 6.3 apuntó la posibilidad de aplicación por parte de los Estados de un sistema de multas proporcionadas al volumen de negocios de la persona jurídica, a la ventaja obtenida o prevista o a otro valor indicativo de la situación financiera de la persona jurídica, siempre que el sistema previera multas máximas equivalentes al menos, al mínimo previsto por el art. 6.1 a) de la Decisión Marco. Ver, por otra parte, la Decisión marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76, 22.3.2005). K. LIGETI, "Mutual recognition of financial penalties in the European Union", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 145 ss.

la lucha contra el terrorismo — DO L 164 de 22.6.2002 — y art. 5 Decisión marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004 — DO L 355/2004 de 11.11.2004): el abandono o renuncia de la actividad, y el proporcionar a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, y que les ayude a:

- 1) impedir o atenuar los efectos del delito,
- 2) descubrir, identificar o procesar a los otros autores del delito,
- 3) encontrar pruebas, o
- 4) impedir que se cometan otros delitos.

El desarrollo armonizador más importante en el plano de las consecuencias jurídicas del delito es, en cualquier caso, el relativo al *decomiso* <sup>(44)</sup>.

Con arreglo a la Decisión marco 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 <sup>(45)</sup>, en aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año la adopción de las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para la confiscación de los instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos no puede someterse a reserva alguna (arts. 1 y 3). Por su parte, en 2005 se aprobó la Decisión marco 2005/212/JAI (24 febrero 2005), relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito <sup>(46)</sup>, la cual exige el “decomiso total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año,

---

<sup>(44)</sup> N. KAYE, “Freezing and confiscation of criminal proceeds”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 323 ss.

<sup>(45)</sup> Ver también la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DOUE L 328, 21.11.2006).

<sup>(46)</sup> Igualmente la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 195, 2.8.2003), la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328, 24.11.2006, p. 59) y la Decisión 2007/845/JAI del Consejo de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito (DOUE L 332/103, 18.12.2007).

o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos" (art. 2.1), contemplando una "potestad de decomiso ampliada" en el caso tanto de aquellas infracciones cometidas en el marco de una organización delictiva <sup>(47)</sup> como de las previstas por la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo, siempre que la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico y, a tenor de las mencionadas Decisiones marco,

- en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo;
- en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo.

La necesidad de previsión por los Estados de las medidas oportunas para asegurar la responsabilidad de las *personas jurídicas* por las correspondientes infracciones penales se repite en no pocos instrumentos europeos, que insisten en la aplicación de sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas de carácter penal o administrativo y, en su caso: *a)* medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; *b)* medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; *c)* sometimiento a vigilancia judicial; *d)* medida judicial de liquidación; *e)* cierre temporal o permanente del establecimiento que se ha ya utilizado para cometer el delito. Conforme a la extendida fórmula utilizada por las Decisiones Marco, la responsabilidad de las personas jurídicas puede derivar de los hechos cometidos por su cuenta por "cualquier persona que actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica" y que tenga en ella un poder de dirección derivado de:

- a)* un poder de representación de la persona jurídica;
- b)* autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica;
- c)* autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica.

Además, las personas jurídicas también han de "ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las per-

---

(47) Y contempladas por las Decisiones Marco relativas a la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, trata de seres humanos, ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares explotación sexual de los niños y la pornografía infantil tráfico ilícito de drogas.

sonas señaladas en dicho apartado haya hecho posible la comisión de alguno de los delitos (...), en provecho de la persona jurídica, por una persona sometida a su autoridad”.

Obviamente, la responsabilidad de las personas jurídicas a la que aluden estos instrumentos no es necesariamente penal y puede ser simplemente de orden administrativo <sup>(48)</sup>; no obstante, en España, el Proyecto de Reforma del Código Penal publicado el 15 de enero de 2007, se refería a “la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco” como fundamento para su propuesta de abandono por parte del Derecho penal español del principio *societas delinquere non potest* y la regulación proyectada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y 33.7) <sup>(49)</sup>.

En cuanto a la responsabilidad penal de los *menores* de 18 años, son muchas las voces que se elevan solicitando la adopción de una estrategia común europea en la materia. Destacan entre ellas el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”, de 15 de marzo de 2006 <sup>(50)</sup> y, sobre todo, la Resolución sobre la delincuencia juvenil — el papel de las mujeres, la familia y la sociedad, aprobada por el Parlamento europeo el 21 de junio de 2007(2007/2011 (INI)) <sup>(51)</sup>.

Por último, aunque no en importancia, y prescindiendo de la cuestión de los antecedentes penales <sup>(52)</sup>, conviene aludir igualmente a la Directiva 2004/80/CE de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las *víctimas* de delitos (DOUE L 261, 6.8.2004), que de algún modo completa el contenido de la Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO C 95, 23.4.2003). La Directiva parte de que los Estados deben con-

---

<sup>(48)</sup> Ampliamente el *Libro Verde sobre la aproximación...*, *cit.*, pp. 21 s.

<sup>(49)</sup> J. L. DE LA CUESTA/A. I. PÉREZ MACHÍO, “Auf dem Weg zu einem Strafrecht für juristische Personen — das spanische Strafrecht”, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht — Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen — Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, pp. 539 ss.

<sup>(50)</sup> <http://www.infanciajuventud.com/anterior/academic/2006/justicia.htm>

<sup>(51)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?”, en *Primer Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de los Menores*, Madrid, 12-13 febrero 2008 (pendiente de publicación).

<sup>(52)</sup> Ver Decisión 2005/876/JAI (DO L 322, 9.12.2005). Ch. TOMBOY, “Vers une meilleure connaissance des antécédents pénaux des personnes”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 177 ss.

tar con “un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada” (art. 12.2) y obliga a los Estados a garantizar “que, cuando se haya cometido un delito doloso violento en un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el solicitante de una indemnización tiene su residencia habitual, éste tendrá derecho a presentar la solicitud ante una autoridad o ante cualquier otro organismo de este último Estado miembro” (art. 1). Algunas Decisiones marco añaden además en su articulado la necesidad de que “las investigaciones o el enjuiciamiento por las infracciones (...) no estén supeditados a la denuncia o acusación” de la víctima, así como de la adopción de todas las medidas de adecuada asistencia a la víctima y su familia.

### B. Armonización en la Parte Especial

Aun cuando el art. 31 TUE centra el establecimiento de normas mínimas sobre los elementos constitutivos de las infracciones y sanciones en torno a la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes, la evolución europea en este plano ha desbordado ampliamente lo anterior, siendo múltiples las áreas de la Parte especial del Derecho Penal donde se produce la incidencia de los instrumentos europeos.

Con una estructura bastante similar, las Decisiones marco, que suelen partir de la definición de los términos empleados, se presentan (conforme a lo dispuesto por el art. 29 TUE) como instrumentos de mínimos<sup>(53)</sup>, dirigidos a facilitar la cooperación penal y procesal en el plano europeo<sup>(54)</sup>, y centran su atención en la delimitación de las conductas que, como infracciones penales (normalmente dolosas), deben ser objeto de incriminación y sanción por parte de los derechos internos. También suelen incluir directrices relativas a las personas responsables y en materia de penas y de sanciones; las reglas de aplicación espacial de la ley penal, competencia y otras de cooperación penal completan por lo común el contenido de cada Decisión Marco.

---

<sup>(53)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI/I. BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, *cit.*, p. 280.

<sup>(54)</sup> M. KALIFA-GBANDI, “Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtstaatliche Defizite”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept...*, *cit.*, pp. 67 s.

Múltiples son ya las áreas de la Parte especial en las que, con el fin de armonizar elementos constitutivos de las infracciones penales, han incidido acciones comunes y decisiones marco.

— Así, la lucha contra el *terrorismo* en la UE, sobre la que (el 14 de octubre de 1995) el Consejo había adoptado la Declaración de La Gomera, dio lugar ya con anterioridad a la venida del nuevo siglo a diversas disposiciones, como la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 por la que se encomienda a Europol la lucha contra los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco de actividades terroristas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de las personas (DO C 26 de 30.1.1999), la Acción común 96/610/JAI de 15 de octubre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 273 de 25.10.1996) y la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, relativa a la cooperación en la lucha contra la financiación de grupos terroristas (DO C 373 de 23.12.1999) <sup>(55)</sup>. Ahora bien, los atentados del 11-S, ocurridos seis días después de la aprobación por el Parlamento Europeo de la Recomendación sobre el papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo (2001/2016(INI)) (DO C 72 E, 21.3.2002), impulsaron una acción europea especial, que encontró su plasmación, a partir de las Conclusiones de 20 de septiembre de 2001 en el Plan de acción del Consejo Europeo extraordinario, de 21 de diciembre de 2001 <sup>(56)</sup> y sobre todo, en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 164 de 22.6.2002), a la que los Estados debían dar cumplimiento con anterioridad al 31 de diciembre de 2002 (art. 11.1). Ésta distingue entre los delitos de terrorismo (art. 1) <sup>(57)</sup>, los delitos relativos a un grupo

---

<sup>(55)</sup> Ver también la Acción común 98/428/JAI de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea una red judicial europea (DO L 191 de 7.7.1998); Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 351, 29.12.1998).

<sup>(56)</sup> [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/concl-bxl.es1.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/concl-bxl.es1.pdf)

<sup>(57)</sup> Esto es, determinados “actos intencionados (...) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar



terrorista <sup>(58)</sup> (art. 2) <sup>(59)</sup> y los delitos ligados a las actividades terroristas (art. 3) <sup>(60)</sup>. Existe, además, una Propuesta de Decisión marco del Consejo por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo, presentada por la Comisión con fecha de 6.11.2007, con objeto de adecuar la Decisión marco al Convenio del Consejo de Europa para la represión del terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005) <sup>(61)</sup>.

— Por su parte, en cuanto a la *delincuencia organizada*, a partir del programa de acción de lucha contra la delincuencia organizada aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam en junio de 1997 <sup>(62)</sup>, la Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la

---

gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

<sup>(58)</sup> Toda organización estructurada — esto es, no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada — integrada por más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo.

<sup>(59)</sup> La dirección de un grupo terrorista — esto es, una organización estructurada, no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada (integrada por más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo) — y la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

<sup>(60)</sup> Hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos terroristas, chantaje con el fin de proceder a alguna de las actividades terroristas, libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo cualesquiera actos de terrorismo o relativos a un grupo terrorista.

<sup>(61)</sup> COM(2007) 650 final 2007/0236 (CNS).

<sup>(62)</sup> Ver, también, la Resolución del Consejo, del 21 de diciembre de 1998, relativa a la prevención de la delincuencia organizada para el establecimiento de una estrategia global de lucha contra esta delincuencia (DO C 408, 29.12.1998) y el documento Prevención y control de la delincuencia organizada: estrategia para el próximo milenio (DO C 124, 3.5.2000).

Unión Europea (DO L 351 de 29.12.1998), establece lo que ha de entenderse en la UE por “organización delictiva” (63). A ella le ha seguido la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el “Desarrollo de un concepto estratégico para hacer frente a la delincuencia organizada” (64). De otra parte, existe una Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (presentada por la Comisión) (65).

— La Decisión marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004 (DOCE L 355/2004, 11.11.2004), se ocupa del establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del *tráfico ilícito de drogas*.

— La *trata de seres humanos*, que constituye otro de los tráfico de la delincuencia organizada y regulada inicialmente en el plano europeo por la Acción Común 97/154/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 063 de 4.3.1997), es objeto en la actualidad de la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (DO L 203 de 1.8.2002).

— Al lado del tráfico de personas, conviene aludir a la *inmigración irregular*, objeto de la Directiva 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Esta Directiva ha sido reforzada en el plano penal a través de la Decisión Marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002 (DO L 328, 5.12.2002).

— Próxima en su contenido a la Decisión marco 2002/629/JAI, la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 (DO L 13/44 de 20.1.2004), cuyo plazo de cumplimiento por los Estados se extendía hasta el 20 de enero de 2008, versa sobre la lucha contra la *explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*.

— La lucha contra el *racismo y la xenofobia*, una de las primeras áreas

---

(63) Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública (art. 1).

(64) COM (2005) 232 — no publicada en el Diario Oficial. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33250.htm>

(65) 19.1.2005. COM(2005) 6 final 2005/0003 (CNS).

de armonización penal, fue objeto ya en 1996 de la Acción Común 96/443/JAI del Consejo sobre la base del artículo K. 3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (DO L 185 de 24.07.1996). El año 2001 se elaboró, además, una Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia <sup>(66)</sup>. Pero, a pesar de que en 2006 el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el aumento de la violencia racista y homófoba en Europa — que a su juicio debería hacerse extensiva a los delitos homófobos, antisemitas, islamófobos y de cualquier otro tipo motivados por la fobia o el odio basados en el origen étnico o racial, la orientación sexual, las creencias religiosas o en cualquier otro motivo irracional <sup>(67)</sup> —, lamentara su falta de adopción por el Consejo, la Propuesta sigue pendiente en el momento actual.

— La gravedad de las agresiones a los *sistemas de información*, que tantas repercusiones alcanzan no sólo en cuanto a la posible violación de la privacidad o reserva de los datos contenidos en los sistemas informáticos, sino también desde el prisma de la integridad de los documentos, datos o programas contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos, llevó al Consejo de la Unión Europea a adoptar la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información (DO L 69, 16.3.2005), otorgando a los Estados un plazo (hasta 16 de marzo de 2007, para su cumplimiento.

— Pasando a los *delitos financieros o económicos*, la Directiva 2003/6 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (DO L 96 de 12.4.2003) obliga a los Estados miembros a garantizar la sanción de los hechos de abuso y utilización indebida de la información privilegiada y de manipulación de mercados por ella prohibidos, reconociendo “el derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales” (art. 14).

También merece destacarse la regulación relativa al *blanqueo de capitales*, que ataca decididamente al orden socioeconómico y constituye un instrumento de primer orden en la lucha contra la delincuencia organizada. La primera Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales (DO L 166 de 28.6.1991) <sup>(68)</sup>, fue objeto de modificación por la Directiva 2001/9 (DO L 344 de 28.12.2001) y ha quedado derogada por la Directiva 2005/60/CE

<sup>(66)</sup> Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia /\*COM/2001/0664 final — CNS 2001/0270 \*/.

<sup>(67)</sup> Resolución P6\_TA (2006) 0273.

<sup>(68)</sup> Ver también el Segundo Protocolo al Convenio PIF (DO C 221, 19.7.1997), en relación con el blanqueo de las actividades de fraude grave y corrupción activa y pasiva.

de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE L 309, 25.11.2005). Por su parte, al lado de la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5.7.2001), que sucedió a la Acción común 98/699/JAI, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 333 de 9.12.1998), existe la Decisión marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DOUE L 68, 15.3.2005), la cual se apoya, por su parte, en los delitos contemplados por el art. 6 del Convenio de 1990, del Consejo de Europa, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (BOE, núm. 252, 21.10.1998).

— La preocupación por la lucha contra el *fraude contrario al presupuesto europeo*, que se encuentra en la “génesis de un espacio penal comunitario” (69), llevó ya en 1988 a la Comisión a la creación de la Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude (UCLAF), que fue sustituida en 1999 por la Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF). En materia de fraude, conviene mencionar, en primer término, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995 (DO C 316 de 27.11.1995), que entró en vigor el 17 de octubre de 2002, y, por lo que respecta al fraude (y la falsificación) de medios de pago, la Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DO L 140 de 14.6.2000), modificada por Decisión marco 2001/888/JAI (DO L 329 de 14.12.2001), y la Decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo de 2001 (DO L 149 de 2.6.2001) (70), de lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

— En 1997 la corrupción en el sector público comunitario fue objeto del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén impli-

---

(69) L. SALAZAR, “La genèse d’un espace pénal communautaire: la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 39.

(70) Plazo de cumplimiento para los Estados: 2.6.2003.

cados funcionarios de las Comunidades Europeas o Estados miembros de la UE (DO C 195, 25.06.1997) (71).

— También la *corrupción en el sector privado* ha llamado la atención de las instituciones europeas que, habiendo aprobado en 1998 la Acción común 98/742/JAI (DO L 358 de 31.12.1998), en 2003 adoptaron la Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003), cuyo plazo de cumplimiento para los Estados miembros se extendía hasta el 22.7.2005 y que deberá ser objeto de revisión con anterioridad al 22 de julio de 2010 (art. 1.5).

— Por fin, en *materia medioambiental*, a la Decisión marco 2003/80/JAI, sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DOUE L 29, 5.2.2003), le siguieron la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 y la Decisión marco 2005/667/JAI, para reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, ambas publicadas por el DO L 255, 30.9.2005.

Las dos Decisiones marco han sido anuladas por el Tribunal de Justicia y debido a la problemática generada, merecen una atención especial.

## V.— El conflicto institucional en cuanto a la protección penal del ambiente

El compromiso de las instituciones europeas por la protección del ambiente, que se había traducido ya en 1972 en la adopción de una política ambiental comunitaria, se incorporó en 1987 al Acta Única, integrándose la protección del ambiente entre las políticas de la Unión a partir del Tratado de Ámsterdam, de aquí la necesidad de su presencia e integración en todas las políticas sectoriales de la Comunidad (art. 6; 3 c. Tratado). A pesar de lo anterior, la protección del ambiente no apareció mencionada entre las áreas abiertas por el Tratado de Ámsterdam a la armonización penal. Ello no obstante, el Programa de Tampere sí incluyó a las agresiones medioambientales entre las manifestaciones delictivas que precisadas de tratamiento específico a nivel de la Unión (72).

(71) Ver también el Primer Protocolo al Convenio PIF, relativo a la lucha contra la corrupción (DO C 313, 23.10.1996).

(72) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Unión Europea, Derecho Penal (ambiental) y Derecho Comunitario", *Estudios de Derecho Judicial*, 75, 2006, pp. 79 ss.

### A. La Decisión marco 2003/80/JAI: protección del medio ambiente a través del Derecho penal

Siguiendo el camino abierto por el Consejo de Europa — que en 1977 aprobara ya una Resolución (77) 28 del Comité de Ministros sobre la contribución del derecho penal a la protección del ambiente <sup>(73)</sup> y diez años después elaboró un Convenio sobre protección del ambiente a través del derecho penal, abierto a la firma el 4 de noviembre de 1998 (STE, núm. 172) — pronto el Consejo contó con una propuesta de Acción común sobre protección del ambiente a través del Derecho penal, presentada por Dinamarca en 1999. Igualmente, en el seno de la Comisión comenzaron a darse los pasos para la elaboración de una Propuesta Directiva en la materia, que vio finalmente la luz el 15 de marzo de 2001 <sup>(74)</sup>. Ahora bien, a pesar del pronunciamiento favorable del Parlamento Europeo, en primera lectura (9 abril 2002), la Propuesta de Directiva de la Comisión no fue aprobada por el Consejo. Este prefirió retomar buena parte de su contenido y completar con ella la Decisión marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DOUE L 29, 5.2.2003), que finalmente aprobó <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(73)</sup> A. VERCHER NOGUERA, "Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente", *La Ley*, núm. 2733, 30 abril 1991.

<sup>(74)</sup> Propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal (DO C 180E, p. 238).

<sup>(75)</sup> La Decisión marco recogía un conjunto de comportamientos que, de cometerse dolosamente (o, al menos, por imprudencia grave), los Estados debían "tipificar como infracciones penales en su Derecho interno" (art. 3): a) vertido, emisión o introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen la muerte o lesiones graves a las personas; b) vertido, emisión o introducción ilícitas — esto es, con infracción de una ley, un reglamento administrativo o una decisión adoptados por una autoridad competente, incluidas las que hagan efectivas disposiciones vinculantes de Derecho comunitario, con objeto de proteger el medio ambiente (art. 1 a) — de sustancias o de radiaciones ionizantes en la atmósfera, el suelo o las aguas, que causen o pueden causar su deterioro duradero o importante; la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a monumentos u otros objetos protegidos; a bienes, a animales o a plantas; c) eliminación, tratamiento, almacenamiento, transporte, exportación o importación ilícitos de residuos, incluidos los peligrosos, que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; d) explotación ilícita de instalaciones en donde se realice una actividad peligrosa y que, fuera de dichas instalaciones, cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad

La aprobación de la Decisión Marco generó un gran malestar en la Comisión, que suscitó un conflicto institucional <sup>(76)</sup> ante el Tribunal de Justicia, presentando el 15 de abril de 2003 un recurso de anulación contra la Decisión marco 2003/80/JAI <sup>(77)</sup>, por entender que la Comisión tiene competencias implícitas vinculadas a bases jurídicas específicas: aun cuando, en principio, la tarea armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros sea competencia de la Unión y no de la Comunidad, del deber de cooperación leal en el ámbito sancionador (art. 10) se deriva, a juicio de la Comisión, la plena competencia de la Comunidad a la hora de exigir a los Estados miembros la previsión de sanciones penales para hacer frente a los comportamientos prohibidos a nivel comunitario.

El Tribunal de Justicia fue sensible al argumento de la Comisión, basado igualmente en los principios de necesidad y eficacia, y en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005 <sup>(78)</sup>, recibida con sorpresa y desagrado por la

---

del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; e) fabricación, tratamiento, almacenamiento, utilización, transporte, exportación o importación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a las personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas; f) posesión, apropiación, daño o matanza ilícitos o el comercio de especies protegidas de la fauna y flora silvestres o de partes de las mismas, al menos cuando estén amenazadas de peligro de extinción como se define en la legislación nacional; g) comercio ilícito de sustancias que agotan la capa de ozono. La sanción penal efectiva, proporcionada y disuasoria de estos hechos (o de la instigación o participación en los mismos) debía incluir (al menos para los casos graves) penas privativas de libertad susceptibles de extradición (art. 5.1), las cuales podían acompañarse por interdicciones particulares para la persona física como la "de desempeñar una actividad que requiera la autorización o aprobación oficial, o de fundar, gestionar o dirigir una empresa o fundación, cuando los hechos que originen la condena demuestren un riesgo evidente de que dicha persona pueda volver a cometer el mismo tipo de actividad delictiva" (art. 5.2). Al igual que en otras decisiones marco los arts. 6 y 7 se ocupaban de la responsabilidad sanciones aplicables a las personas jurídicas.

<sup>(76)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Unión Europea...", *cit.*, pp. 103 ss.; A. ESTRADA CUADRAS, "Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 septiembre de 2005", *InDret*, 341, 2/2006, pp. 5 ss.

<sup>(77)</sup> Asunto C-176/03 (2003/C 135/31) DO C 135/21, 7.6.2003.

<sup>(78)</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran sala) de 13 de septiembre de 2005, "Recurso de anulación — Artículos 29 UE, letra e, 34 UE y 47 UE — Decisión marco 2003/80/JAI — Protección del medio ambiente — Sanciones penales — Competencia de la Comunidad — Base jurídica — Artículo 175 CE"*, DOUE 2005/C 315/03, 10.12.2005.

amplia mayoría de los Estados miembros <sup>(79)</sup>, anuló la Decisión marco <sup>(80)</sup> por entender que, como lo comunitario ostenta preferencia sobre la Unión, es la Comunidad — a la que compete la protección del ambiente como un objetivo esencial — la que debe desarrollar la política comunitaria ambiental a través de los arts.174 a 176 CE, sin que la falta de competencia en materia penal o procesal penal de la Comunidad pueda constituir para ello un obstáculo <sup>(81)</sup>. Y puesto que el objetivo y finalidad de la Decisión marco fue la protección del ambiente, aun cuando lo que se persiguiera fuera una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, debería haberse reconocido la preferencia de la intervención del legislador comunitario, que ha de ser tenido por competente para la adopción, a nivel sectorial, de

*“medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”* (apdo. 48).

En definitiva, a pesar de la opinión del Consejo, para la Sentencia de 2005 la Comunidad puede tener competencia de armonización de la legislación penal de los Estados miembros en aquellas materias en que, existiendo ya una normativa comunitaria, se precise del recurso al Derecho penal como un instrumento indispensable para asegurar el respeto de aquella normativa y la mayor eficacia de aquellas políticas comunitarias que, como en el caso del

---

<sup>(79)</sup> Con todo, para la posición de Holanda. J. A. E. VERVAELE, “The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Third to the First Pillar”, en K. Nuotto (ed.), *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, Helsinki, 2007, p. 137.

<sup>(80)</sup> Destaca L. SIRACUSA lo excepcional (y discutido) que resulta la anulación de un instrumento del tercer pilar con contenido exclusivamente penal. “Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisione quadro e direttive”, *Diritto penale e processo*, 6, 2006, pp. 777 s.

<sup>(81)</sup> A. NIETO MARTÍN, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STFCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)”, *Revista española de Derecho europeo*, 17, 2006, pp. 105 ss.; A. CEBADA ROMERO, “La competencia penal de la CE en materia de protección del medio ambiente. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de septiembre de 2005, C-176/03, Comisión c. Consejo”, *Revista General de Derecho Europeo*, *Iustel*, 9, 2006.



ambiente, por afectar objetivos esenciales, han de hacerse presentes e integrarse en todas las políticas sectoriales de la Comunidad <sup>(82)</sup>.

### B. La Decisión marco 2005/667/JAI: para reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques

En 2007 el Tribunal de Justicia ha ratificado esta posición.

El conflicto institucional mantenido entre Consejo y Comisión llevó a partir de 2003 a seguir un sistema de "cohabitación forzada" <sup>(83)</sup> que se tradujo en el "mecanismo de doble texto" <sup>(84)</sup> (esto es, directiva o reglamento, sin referencia a sanciones penales, y decisión marco, con sanciones penales y reglas concernientes a la cooperación judicial y policial penal) <sup>(85)</sup>, a la hora de la instrumentación de intervenciones de carácter penal. Este fue el caso (como en la falsificación del Euro, el blanqueo de capitales o la inmigración irregular) de la contaminación procedente de buques, respecto de la que tanto la Directiva como la Decisión marco fueron publicadas por el mismo DO L 255, de 30.9.2005, si bien la Comisión no dejó de plasmar su desacuerdo en una declaración anexa <sup>(86)</sup>.

Dirigidas ambas a prevenir y dar respuesta a las graves agresiones ambientales generadas por las descargas de sustancias desde buques, reguladas ya por el Convenio Marpol 73/78 <sup>(87)</sup>, la Directiva 2005/35/CE del Parlamento

<sup>(82)</sup> Como recuerda J. DE FIGUEIREDO DIAS, la sentencia no se ocupa específicamente de determinar si la oportuna "competencia penal puede ser ejercida a través de la aprobación de normas directamente aplicables por los tribunales nacionales (reglamentos) o si se limita a la posibilidad de imponer ciertas obligaciones de incriminación a los Estados-miembros, a través de directivas. *Direito penal, cit.*, p. 13.

<sup>(83)</sup> J. A. E. VERVAELE, "The European Community...", *cit.*, p. 128.

<sup>(84)</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo)*, Bruselas 23.11.2005 (COM (2005) 583 final, p. 4 (apdo.11)). Para un comentario, J. A. E. VERVAELE, "The European Community...", *cit.*, pp. 134 ss.

<sup>(85)</sup> I. BLANCO CORDERO, "El Derecho penal...", *cit.*, 05:22 s.

<sup>(86)</sup> Declaración de la Comisión, Punto A. Consejo Asuntos Económicos y Financieros, sesión 12 julio 2005, Doc.11128/05, ADD1 REV1, PV/CONS41, ECOFIN 243.

<sup>(87)</sup> Aunque "el ámbito de la directiva (...) tiene un alcance mayor", al incluir entre las infracciones descargas que según el Convenio tienen lugar en "situaciones exentas", "La Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques y la coexistencia entre el primer y el tercer pilar del TUE", *Revista General de Derecho Europeo, Iusiel*, 9, 2006, p. 10.

Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, se ocupó de los aspectos más específicos de Derecho comunitario, remitiéndose, para las sanciones aplicables, “a las disposiciones de la Decisión marco 2005/667/JAI, que complementa la presente Directiva” y a las “circunstancias” por ella previstas (art. 4) <sup>(88)</sup>.

La Decisión marco 2005/667/JAI fue también objeto de recurso de anulación por parte de la Comisión, que ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia el 23 de octubre de 2007 <sup>(89)</sup>. También aquí, a juicio del Tribunal de Justicia, se infringe el art. 47 UE: siendo el contenido de la Decisión marco “garantizar la efectividad de las normas adoptadas en el ámbito de la seguridad marítima” — una cuestión claramente comunitaria que se encuentra en conexión transversal con una política fundamental europea: la protección ambiental, pues su “inobservancia puede tener consecuencias graves para

---

<sup>(88)</sup> Esta, una vez contemplada también la sanción de la complicidad e incitación (art. 3), imponía a los Estados miembros la previsión de “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”, las cuales, “al menos en los casos graves”, debían incluir “penas de prisión — a aplicar sin perjuicio del Derecho internacional y en particular el artículo 230 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (art. 4.8) — que en su grado máximo, tengan una duración mínima de entre uno y tres años”. Al igual que en el caso de la Decisión marco 2003/80/JAI, estas penas podían verse acompañadas por otras: multas, inhabilitación para ciertas actividades o para la creación, gestión o dirección de empresas o fundaciones “cuando los hechos que originen la condena demuestren un riesgo claro de continuidad del mismo tipo de actividad delictiva” (art. 4.3). A partir de lo anterior, los hechos dolosos más graves debían castigarse con penas de prisión que, en su grado máximo, tuvieran una duración mínima entre cinco y diez años, si la infracción, cometida deliberadamente, además de causar daños importantes y extensos a la calidad del agua, a especies animales o vegetales o a partes de éstas, hubiere originado la muerte o lesiones graves a personas (de cometerse a causa de una negligencia grave: la duración mínima habrá de ser de entre dos y cinco años); entre dos y cinco años cuando, deliberadamente: hubieren causado daños importantes y generalizados a la calidad de las aguas o a especies animales o vegetales o a partes de ellas (de cometerse a causa de una negligencia grave, la duración mínima habrá de ser de entre uno y tres años); o se hubieren cometido en el marco de una organización delictiva. En los casos menos importantes, esto es cuando los vertidos no hubieren provocado un “deterioro de la calidad” las sanciones aplicables por los Estados podían ser de otros tipo (art. 4.2). Por su parte, los arts. 5 y 6 se ocupaban de la responsabilidad sanciones para las personas jurídicas.

<sup>(89)</sup> DOUE C 315, 22.12.2007. Para el texto, [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/dv/judgment\\_23\\_october\\_2007\\_/Judgment\\_23\\_October\\_2007\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/judgment_23_october_2007_/Judgment_23_October_2007_en.pdf)

el medio ambiente” — la exigencia a los Estados miembros del establecimiento de sanciones penales debe reputarse competencia comunitaria.

“cuando la aplicación por las autoridades competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituya una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente” (apdo. 66)

Esto, aunque — dice el Tribunal — “la determinación del tipo y grado de las sanciones penales que deban aplicarse (...) no es de competencia de la Comunidad” (apdo. 70), algo que si bien permitiría salvar el contenido de los arts. 4 y 6 de la Decisión marco (apdo.71), no puede hacerlo por hallarse éstos (como los arts. 7 a 12) “en relación indisociable” con “las normas relativas a las infracciones penales a las que se remiten” (apdo. 72), de aquí que proceda la anulación de la Decisión marco “en su conjunto”.

## VI — ¿Hacia un Derecho penal comunitario europeo?

El interés de las Sentencias de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007 excede con mucho del marco ambiental <sup>(90)</sup>, para el que la Comisión presentó ya el 9 de febrero de 2007 una nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del ambiente por medio del derecho penal <sup>(91)</sup>; también como consecuencia de la Senten-

<sup>(90)</sup> Con todo, N. J. DE LA MATA BARRANCO, “La responsabilidad penal ambiental tras la nueva normativa europea sobre prevención y reparación del daño al ambiente”, en *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, Madrid, 2006, p. 101.

<sup>(91)</sup> {SEC(2007) 160} {SEC(2007) 161} /\* COM/2007/0051 final — COD 2007/0022 \*/ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0051:FIN:ES:HTML>. En ella se retoma el texto de los arts. 1 a 7 de la Decisión marco de 2003, anulada por el Tribunal de Justicia. En efecto, la lista de comportamientos delictivos (art. 3) parte de la definición recogida por la Decisión marco 2003/80/JAI, que ligaba su punibilidad al hecho de que (intencionalmente o, al menos por negligencia grave) se causen o pueda causarse un daño grave a personas o al medio ambiente, exigiéndose igualmente su ilicitud; salvo en el caso de muerte o la lesión grave de una persona, retocándose algunos de los rérminos (como la alusión a “materiales” en lugar de a “sustancias”) e incorporando dos nuevos delitos: uno, relativo al deterioro ilícito significativo de un hábitat protegido y, el otro, concerniente a los traslados ilegales de residuos, que tendrán la consideración de delictivos en los casos graves, esto es, cuando se produzcan en cantidad no desdeñable y para la obtención de un beneficio. También se considera delito la participación en tales acciones y la instigación (art. 4). Los delitos han de recibir una respuesta mediante “sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias” (art. 5.1) que, en el caso de las personas físicas, con carácter general, deberán tener, en la mayor parte de los casos, “duración

cia de 23 de octubre de 2007, en marzo de 2008 se ha presentado una Propuesta de modificación de la Directiva sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones en caso de infracción <sup>(92)</sup>.

Como punto de partida de una nueva línea jurisprudencial <sup>(93)</sup>, que avanza el contenido de la legislación futura <sup>(94)</sup>, ambas Sentencias constitu-

máxima de al menos entre uno y tres años de reclusión, cuando el delito se haya cometido por negligencia grave y cause un daño sustancial al aire, el suelo las aguas o a animales o plantas" (art. 5.2). Ahora bien, en ciertos supuestos (negligencia grave con su resultado de acusación de muerte o lesiones graves a las personas; daño sustancial al medio ambiente; realización de los hechos en el marco de una organización delictiva) las penas deberán tener una duración máxima de al menos entre dos y cinco años de reclusión. En los casos más graves (hechos deliberados con causación de la muerte o lesiones graves a personas) la duración máxima de las penas será de al menos entre cinco y diez años de reclusión (art. 5). Al lado de las privativas de libertad se contemplan otras sanciones o medidas como la inhabilitación de la persona física, la obligación de rehabilitar el medio ambiente o la publicación de las decisiones judiciales. Por su parte, los arts. 6 y 7 se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables a las mismas, estableciéndose, entre otras, una gradación de las penas de multa en la línea de la Decisión marco 2005/667/JAI.

<sup>(92)</sup> Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, 11.03.2008 COM(2008) 134 final, 2008/0055 (COD), [http://ec.europa.eu/transport/maritime/safety/doc/prestige/com\\_2008\\_0134\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/transport/maritime/safety/doc/prestige/com_2008_0134_es.pdf). La reforma, dirigida a cubrir el vacío jurídico generado por la anulación de la Decisión marco, reforma el texto relativo a las infracciones penales (art. 4), donde se consideran delictivas las descargas de sustancias contaminantes procedentes de buques realizadas en cualquiera de las zonas enumeradas en el apdo.1 del artículo 3, "si se han cometido de forma intencional, con imprudencia temeraria o negligencia grave", requiriendo de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para garantizar que el Derecho penal castigue la instigación y colaboración en esos delitos. Igualmente se introducen tres nuevos artículos (5 a, 5 b y 5 c), respectivamente sobre las sanciones aplicables a las personas físicas, la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables a las personas jurídicas, dando a los Estados un plazo de seis meses para su cumplimiento, a partir de la entrada en vigor (art. 2).

<sup>(93)</sup> D. SPINELLIS, "Court of Justice of the European Communities. Judgment of 13 September 2005 (Cas C-176/03), *Commission v. Council*) annulling the Council Framework Decision 2003/80/JHA of 27 January 2003 on the protection of the environment through criminal law", *European Constitutional Law Review*, 2, 2006, p. 300.

<sup>(94)</sup> H. E. ZEITLER, "Environmental criminal law", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 257. También, en el mismo volumen, W. BOGENSBERGER/R. TROOSTERS, "The end of soft law cooperation: the Court's Jurisprudence in Criminal matters", pp. 333 ss.

yen una nueva manifestación de la ya conocida función “propulsora” <sup>(95)</sup>, “perspicaz” y si se quiere hasta “voluntarista” <sup>(96)</sup> del Tribunal de Justicia, dirigida a asegurar el necesario papel de la Comunidad en la exigencia del cumplimiento de las obligaciones y de los objetivos comunitarios.

### A. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Los hitos principales de esta línea jurisprudencial son ampliamente conocidos:

- en el asunto “*Amsterdam Bulb*” (núm. 50/76), el Tribunal declaró en 1977 que no podía negarse a la Comunidad la competencia en cuanto a la previsión de las sanciones necesarias para garantizar el ordenamiento comunitario;
- en el asunto “*Von Colson y Kamann*” (núm. 14/83), la Sentencia de 10 de abril de 1984 dictaminó que las sanciones a aplicar en la defensa del ordenamiento comunitario debían ser realmente disuasorias y contar con una tutela jurisdiccional efectiva y eficaz;
- la Sentencia del caso del “*matz griego*” (núm. 68/88), de 21 de septiembre de 1989, avanzó sobre lo decidido en el caso *Drexel* (C-299/86), de 25 de febrero de 1988, en lo concerniente al principio de asimilación y en la línea de la “armonización de mínimos” <sup>(97)</sup>, declarando que los Estados deben proteger los intereses comunitarios con sanciones material y procesalmente equiparables a las empleadas para la tutela de los intereses estatales (y agresiones) similares.
- El Auto del asunto “*Zartveld y otros*” (C-2/88) de 13 de julio de 1990, acabó de dar firmeza a la idea de que los Estados, obligados a la cooperación legal <sup>(98)</sup>, pueden tener que proteger los bienes comunitarios por la vía penal, si así lo exigen el principio de asimilación y el de eficacia, a la vista de los bienes afectados y de las sanciones

<sup>(95)</sup> L. PICOTTI, “Las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Comunitario: estado actual y perspectivas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, 13, 2004, p. 164 (trad. A. M. Prieto del Pino).

<sup>(96)</sup> P. CSONKA, “Les perspectives futures du Droit Pénal de l’Union européenne”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, p. 350.

<sup>(97)</sup> K. TIEDEMANN, “La armonización...”, *cit.*, p. 399.

<sup>(98)</sup> N. NAVARRO BATISTA, “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”, *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*, 13, 2007.

disponibles, si bien no cabe imponerles un régimen penal específico, algo reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo. Ahora bien, si en este orden de cosas, la Sentencia de 8 de julio de 1999 (asunto “*Nunes y de Matos*” (C-186/98)) recordó que, en el marco del respeto de los principios indicados, es competencia de los Estados la elección de la sanción, en 1999 la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero (asunto C-77/97) afirmó, a la hora de la resolución de una cuestión prejudicial relativa a la Directiva 1967/768/CE, que la obligación de introducir sanciones por ella prevista debía entenderse como deber de imposición de sanciones de naturaleza penal <sup>(99)</sup>.

Pues bien, si a la vista de lo anterior (y de la pasarela del art. 42) la falta de competencias penales por parte de la Comunidad no parecía discutible para la mayoría <sup>(100)</sup>, el contenido de las Sentencias de 2005 y 2007 abre una nueva etapa en esta evolución, al confirmarse que la carencia de competencia comunitaria en el plano penal, como ya subrayaban prestigiosos autores <sup>(101)</sup>, no puede considerarse absoluta. Esto constituye un “gran logro” <sup>(102)</sup>, dadas “las batallas institucionales entre la CE y la UE” <sup>(103)</sup> y el “callejón sin salida” <sup>(104)</sup> en que a veces se ha entrado. En efecto, en la línea del “enfoque funcional” que inspira a las sentencias del Tribunal, la Comunidad ha de reputarse implícitamente competente en materia penal (competencia aneja o complementaria) si en un determinado sector de la competencia comunitaria la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros resulta necesaria para “garantizar la plena eficacia de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad” <sup>(105)</sup>, particularmente si se trata de un área objeto de medidas de armonización con anterioridad.

---

<sup>(99)</sup> L. SIRACUSA, “Tutela ambientale...”, *cit.*, p. 778.

<sup>(100)</sup> I. BLANCO CORDERO, “El Derecho penal...”, *cit.*, p. 05:24. Ver también el contenido del art. 61, G. J. M. CORSTENS, “Criminal Law...?”, *cit.*, p. 136.

<sup>(101)</sup> Por todos, K. TIEDEMANN, “Derecho penal económico en la Comunidad Europea” (traducción de Adán Nieto Martín), en L. Arroyo Zapatero/K. Tiedemann (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 242.

<sup>(102)</sup> A. CEBADA ROMERO, “La competencia penal...”, *cit.*, p. 19.

<sup>(103)</sup> J. A. E. VERVAELE, “La europeización...”, *cit.*, p. 173.

<sup>(104)</sup> M. CAMPINS ERITJA, “La Decisión marco...”, *cit.*, p. 17.

<sup>(105)</sup> COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación, cit.*, p. 3 (apdo.7).

Conviene, en este sentido, destacar la relevancia de las sentencias de cara a la “comunitarización del tercer pilar”, algo proyectado de nuevo por el Tratado de reforma firmado el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa (DO C 306, 17.12.2007) y que — tras la paralización de la ratificación del Tratado Constitucional, que suprimía el tercer pilar y sometería a la cooperación policial y judicial en materia penal al método comunitario <sup>(106)</sup> — fuera sentido más que nunca como necesario para la consolidación del espacio penal europeo” <sup>(107)</sup>.

## B. Alcance y consecuencias

No son pocas, en efecto, las áreas comunitarias en las que puede pretenderse el establecimiento de normas penales para garantizar la eficacia de las normas comunitarias vinculantes <sup>(108)</sup>; en realidad, y como recordó NIETO MARTÍN tras la sentencia de 2005, completado de este modo el marco competencial plural del primer pilar <sup>(109)</sup>, “podría armonizarse — hipotéticamente — la totalidad del derecho penal nacional” <sup>(110)</sup>. A nadie se le oculta, sin embargo, que esto es algo totalmente “irrealizable” en la actualidad tanto por razones políticas, como jurídicas. De otra parte, la Sentencia de 2007 ha venido a confirmar lo indicado en 2005: no basta con la voluntad comunitaria de asegurar el pleno respeto de las normas dictadas en una materia comunitaria, incluso si ésta constituye una política dirigida a alcan-

<sup>(106)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI/I. BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, *cit.*, pp. 290 ss.; A. ESTRADA CUADRAS, “Vía libre...”, *cit.*, p. 14.

<sup>(107)</sup> J. CASTILLO GARCIA, “La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo”, *Revista General de Derecho Europeo, Justel*, 11, 2006.

<sup>(108)</sup> Para un listado de actos potencialmente afectados, ver el Anexo de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento*, *cit.*, pp. 7 ss.

<sup>(109)</sup> Competencia aneja, necesidades del mercado interior — art. 95 —; intereses financieros — art. 280 — y art. 10 TCE. A. NIETO MARTÍN, “Posibilidades...”, *cit.*, pp. 115.

<sup>(110)</sup> *Ibidem*, p. 115. Junto a la posible armonización de “la mayor parte del derecho penal económico”, recoge este autor los ejemplos de SATZGER (*Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden Baden, 2005, p. 100) que indica que cabría pensar en la armonización del derecho penal de la interrupción del embarazo o de la eutanasia, así como del derecho penal del tráfico, si se atiende en los dos primeros casos a la necesidad de su regulación para la libre prestación de servicios médicos o el derecho de establecimiento, o, en el supuesto de la seguridad vial, para la seguridad en los transportes. Críticamente, con todo, J. A. E. VERVAELE, “The European Community...”, *cit.*, p. 141.

zar (o transversalmente conectada a) uno de los objetivos o (políticas) esenciales. Por el contrario, para afirmar la competencia comunitaria para la adopción de medidas de Derecho penal, es preciso que “la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituya una medida indispensable para combatir”, en este caso, los graves atentados contra el medio ambiente (apdo. 48 S. 2005 y apdo. 66 S. 2007). Además, toda iniciativa armonizadora debe respetar el principio de subsidiaridad (que incluye también el de proporcionalidad); conocidas son, no obstante, las dificultades a las que se enfrenta el control judicial del margen de apreciación política de estos criterios <sup>(111)</sup>.

Tampoco está claro hasta dónde puede llegar el legislador comunitario en su labor armonizadora. En este punto, la Sentencia de 2007 aporta algún elemento añadido, al centrar el vicio que justifica la anulación no en los artículos relativos a la determinación del tipo y grado de las sanciones penales a aplicar (arts. 4 y 6 de la Decisión marco), ni en los arts. 7 a 12 (competencia, notificación de información, designación de puntos de contacto, ámbito de aplicación territorial, aplicación, entrada en vigor), sino en los arts. 1 a 3 (definiciones, tipificación penal, complicidad e incitación) y 5 (responsabilidad de las personas jurídicas), llegando a la nulidad del conjunto de la Decisión marco por la ligazón indisoluble entre aquellos artículos y los directamente invasivos de la competencia comunitaria. Es más, la Sentencia afirma expresamente que “la determinación el tipo y el grado de las sanciones penales que deben aplicarse (...) no es de competencia de la Comunidad” (apdo.70) e insiste (apdo.71) en que “el legislador comunitario no puede adoptar disposiciones como las de los artículos 4 y 6 de la Decisión marco 2005/667”, ya que éstos aluden “al tipo y al grado de las sanciones penales aplicables”. Por ello, a la luz de la Sentencia, y frente a lo que se podría haber deducido de la Sentencia de 2005 <sup>(112)</sup>, hay que concluir que, en general, todo lo relativo a la tipificación penal y extensión y alcance de la responsabilidad (hasta su naturaleza) compete a la Directiva, mientras que la fijación del tipo de sanción (privación de libertad, multa, inhabilitación...), su determinación y graduación corresponden al instrumento del tercer pilar <sup>(113)</sup>; la Sentencia no se pronuncia en cuanto a la condición (o no) de “materia de competencia del legislador comunitario” de las reguladas por los arts. 7 a 12 de la Decisión marco (apdo.73).

(111) A. NIETO MARTÍN, “Posibilidades...”, *cit.*, pp. 115 s.

(112) D. SPINELLIS, “Court of Justice...”, *cit.*, p. 301.

(113) Con todo, A. NIETO MARTÍN, “Posibilidades...”, *cit.*, p. 117.



En cualquier caso, los problemas de la intervención armonizadora a través del primer pilar van mucho más allá.

Prescindiendo de otras cuestiones — como el respeto del principio de legalidad <sup>(114)</sup> (tan ligada al déficit democrático del legislador de la Unión), las complicaciones que pueden derivar de la puesta en relación de estas sentencias con la sentencia del caso María Pupino <sup>(115)</sup> (que extendió a las decisiones marco del tercer pilar la aplicación del principio de interpretación conforme) <sup>(116)</sup> y otros problemas que suscita la intervención comunitaria y de la Unión en el plano penal <sup>(117)</sup> — el primer conflicto institucional en materia ambiental puso ya de manifiesto la diferente perspectiva que animaba a la Comisión y al Consejo <sup>(118)</sup>: mientras que la primera, preocupada por el refuerzo de la legislación comunitaria, planteaba una incriminación penal de carácter accesorio, esto es, atenta simplemente a la ilegalidad o falta de autorización de los comportamientos, la Decisión marco, en la línea del Convenio del Consejo de Europa, integraba la tipificación propuesta con la necesarias referencias a la efectiva lesión o puesta en peligro de los elementos ambientales, operando así de un modo mucho más respetuoso con el principio de ofensividad, que debería siempre requerirse para toda intervención penal. Ciertamente el nuevo proyecto de directiva corrige en este punto la posición de la Comisión, pero la insistencia por parte del Tribunal en la garantía “de la efectividad del Derecho comunitario” (apdo. 52 S. 13 septiembre 2005) no deja de apuntar hacia la proliferación de figuras de peligro abstracto y la administrativización del derecho penal, impulsadas comunitariamente, algo que supondrá, cuanto menos en algunos países, “un retroceso en principios liberales básicos como la intervención mínima, la lesividad o la fragmentariedad del derecho penal” <sup>(119)</sup>.

También resulta discutible que a través de las directivas no quepa entrar en

<sup>(114)</sup> A. NIETO MARTÍN, *ibidem*, pp. 117 ss.

<sup>(115)</sup> STJCE 16.6.2005, asunto C-105/03.

<sup>(116)</sup> A. ESTRADA CUADRAS, “Vía libre...”, *cit.*, pp. 15 s.

<sup>(117)</sup> Por todos, C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Constitución europea y Derecho penal: ¿hacia un Derecho penal federal europeo?”, en S. Bacigalupo/M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 160ss.; R. RIZ, “Introduzione ai lavori”, en L. Picotti, *Possibilità...*, *cit.*, pp. 4 ss.; J. M. SILVA SÁNCHEZ, “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica”, *Revista Penal*, 13, 2004, pp. 138 ss.; J. M. TERRADILLOS BASOCO, “Política...”, *cit.*, pp. 61 ss.; J. VOGEL, “Europäische Kriminalpolitik...”, *cit.*, pp. 525 ss.

<sup>(118)</sup> J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Unión europea...”, *cit.*, pp. 95 ss.

<sup>(119)</sup> A. NIETO MARTÍN, “Posibilidades...”, *cit.*, p. 120.

el desarrollo y clarificación del alcance de principios o presupuestos de la responsabilidad penal, y hasta en las normas de competencia territorial. Ciertamente, se trata de aspectos pertenecientes a la parte general del Derecho penal (o de derecho penal internacional), pero su incidencia puede ser grande para la determinación de la extensión y aplicación de los comportamientos punibles, de aquí que, para evitar el “enojoso trámite” del mecanismo de doble texto, su tratamiento por vía de las directivas no deba “descartarse” (120), al menos en estos supuestos.

### C. El Tratado de Lisboa

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea introducirá, con todo, una importante modificación en este estado de cosas.

En efecto, como el Proyecto de Constitución europea, también el Tratado opta por la superación de la estructura de pilares, y, aunque no se introduzcan las leyes europeas previstas por el malogrado texto constitucional, hace asimismo de la codecisión el procedimiento legislativo ordinario, desapareciendo las Decisiones marco.

Las disposiciones relativas a la armonización de la materia penal, no difieren en lo sustancial de las ya contenidas por el Proyecto constitucional (121).

El art. 61.3 (como el art. III-257), al tratar del deber de la Unión de esforzarse “por garantizar un nivel elevado de seguridad” a los ciudadanos, alude así a “la aproximación de las legislaciones penales”; que sólo debe utilizarse si fuere “necesario”. Dos son las modalidades previstas:

- la aproximación en aquellos ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza; y
- la aproximación para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados

#### 1. Aproximación en ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza

El art. 69 B 1 reconoce la competencia del Parlamento Europeo y del Consejo para el establecimiento — “mediante directivas” aprobadas de manera

---

(120) A. NIETO MARTÍN, *ibidem*, p. 121.

(121) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI/I. BLANCO CORDERO, “El modelo penal...”, *cit.*, p. 291.

ordinaria — de “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones”, referidas a “ámbitos delictivos” en los que, además de la necesidad, concurra una doble condición:

- su “especial gravedad”; y
- su “dimensión transfronteriza”, un concepto para cuya delimitación se aportan tres criterios <sup>(122)</sup>:
  - el “carácter” de la infracción; esto es, su incardinación en una criminalidad que, aun cuando pueda ser local en cuanto a sus manifestaciones concretas, “sólo existe merced a su dimensión internacional”;
  - “sus repercusiones”; éste sería, por ejemplo, el caso de los delitos contra el ambiente o contra los consumidores, modalidades delictivas que, sin embargo, no aparecen luego mencionadas en el listado que recoge este mismo artículo;
  - la “necesidad particular de combatirla según criterios comunes”, como sucede con la corrupción, la falsificación de medios de pago, el terrorismo...

El propio art.68 B 1, en su segundo párrafo, describe “los ámbitos delictivos” en los que lo anterior resulta aplicable:

*“el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.”*

La lista es “reducida” y con su insistencia (además de en la gravedad, lo que parece razonable, en la “dimensión transfronteriza”) <sup>(123)</sup> se aleja de las verdaderas necesidades de construcción de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia <sup>(124)</sup>. Asimismo, el texto de Lisboa, al repetir funda-

<sup>(122)</sup> Para un comentario, A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, pp. 83 s.

<sup>(123)</sup> Críticamente, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea”, *La Ley*, núm. 6097, 30 de septiembre de 2004, n.º 25.

<sup>(124)</sup> G. DE KERCHOVE, “L’Europe Pénale: Bilan et Perspectives”, en *Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Cambridge, 2004, p. 375.

mentalmente el contenido del Proyecto Constitucional (art. III-271) sigue distando mucho del listado de competencias de Europol y olvida áreas sobre las que ya existen proyectos pendientes — como el tráfico de órganos y tejidos humanos <sup>(125)</sup> o la protección penal de la propiedad intelectual <sup>(126)</sup> y el medio ambiente —, incorporando tan sólo a la delincuencia informática, como única novedad respecto del listado de áreas en la actualidad vigente <sup>(127)</sup>.

El listado, aunque “taxativo” <sup>(128)</sup>, no es, con todo, un listado absolutamente cerrado: el Consejo, a la vista de “la evolución de la delincuencia” — un concepto jurídico, por cierto, bastante indeterminado <sup>(129)</sup> — queda autorizado para adoptar una decisión “que determine otros ámbitos delictivos”, obviamente siempre que presenten las características de “especial gravedad” y “dimensión transfronteriza” en el modo ya indicado y respetando, además, como “cláusula de salvaguardia” <sup>(130)</sup>, la regla de la unanimidad, que se añade a la aprobación previa por el Parlamento Europeo.

## 2. Aproximación para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados

A lado de lo anterior (y en la misma línea que el art. III-271 2 del Proyecto Constitucional), el núm. 2 del art. 69 B — siguiendo a la más reciente

<sup>(125)</sup> Ver la 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, 26.04.2003.

<sup>(126)</sup> Para los desarrollos en materia de protección penal de la propiedad intelectual, con vistas a completar la Directiva 2004/48/CE (DO L 195, 2.6.2004) sobre lo que existe tanto una Propuesta de Decisión marco del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual (COM (2005) 276 final — no publicada en el Diario Oficial), como una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual (COM (2005) 276 final — no publicada en el Diario Oficial), D. FONTANAUD, “Contrefaçon de produits (atteintes à la propriété intellectuelle)”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 77 1-2, 2006, pp. 243 ss.

<sup>(127)</sup> S. BACIGALUPO, “Perspectivas del Derecho Penal en el marco de la Constitución Europea”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 71.

<sup>(128)</sup> A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, p. 82.

<sup>(129)</sup> Manifestando su preocupación al respecto, S. BACIGALUPO, “Perspectivas...”, *cit.*, p. 72.

<sup>(130)</sup> “Razonable”, S. BACIGALUPO, *ibidem*, p. 72.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección penal del ambiente — regula otro supuesto de “aproximación” en materia penal, mediante directivas, con el fin de

- la aprobación de “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones” aplicables
- en un ámbito en el que ya se hayan aplicado “medidas de armonización”.

Frente al requisito general de la “necesidad” de cualquier intervención de aproximación de las legislaciones penales (art. 61.3), la exigencia es aquí mucho mayor: además de tratarse de un ámbito ya sometido a armonización (*v. gr.* el ambiente o el mercado de valores) <sup>(131)</sup>, para que pueda desarrollarse, la labor aproximadora ha de resultar “imprescindible” <sup>(132)</sup> para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión”. Por su parte, las directivas deben adoptarse “con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 61 I”.

### 3. Cláusula de protección de los sistemas nacionales

Regula, por último, el art. 69 B 3 — con mayores distancias respecto del texto constitucional del art. III-271 3 y 4 — el sistema de suspensión del procedimiento legislativo cuando por parte de un miembro del Consejo se “considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal”, así como la apertura de la vía de la “cooperación reforzada” para los supuestos en que no haya acuerdo.

Esta previsión, dado el riesgo de “vetos políticos”, puede constituir una auténtica rémora de cara al avance en el camino de la integración europea <sup>(133)</sup>. De otra parte, la posibilidad de la “cooperación reforzada” no

<sup>(131)</sup> J. A. E. VERVAELE, “La europeización...”, *cit.*, p. 39. También, J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, 2005, p. 39.

<sup>(132)</sup> Destaca la contundencia de la expresión, A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, p. 85.

<sup>(133)</sup> J. A. E. VERVAELE, “La europeización...”, *cit.*, p. 182. Ver también, J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución...”, *cit.*, p. 396.

supone en realidad ningún “avance cualitativo sobre lo ya existente” (134). En todo caso, la cuestión principal es qué deba entenderse por “aspectos fundamentales” de un sistema de justicia penal, algo que, para NIETO MARTÍN, ha de reconducirse a “las tradiciones jurídicas nacionales” (135).

## VII — Reflexión final

Las recientes sentencias del Tribunal de Justicia y el Tratado de Lisboa ponen de manifiesto, como destaca VERVAELE, que en el estadio actual de la evolución europea la cuestión no es ya si se quiere o no un “derecho penal europeo, sino para qué lo queremos y en qué condiciones” (136).

En este orden de cosas, los importantes trabajos ya existentes — como el *Corpus Juris* (137), el Proyecto de Eurodelitos (138), o el Proyecto Alternativo de un Derecho penal y procesal europeo (139) — representan hitos académicos de la mayor importancia. Ahora bien, a pesar de ello y a la vista del desarrollo seguido y la forma en que se regula la armonización penal en el Tratado de Lisboa, es de temer de entrada que, como en el caso de las Decisiones marco (140), no sólo siga sin tener cabida en ella la mejora de “la integración europea de una manera dogmática” (141) — algo hasta cierto punto natural dada la carencia de los conocimientos comparados imprescindibles (142)

(134) J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal Europeo?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, p. 385.

(135) A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, pp. 85 s.

(136) J. A. E. VERVAELE, “The European Community...”, *cit.*, pp. 142.

(137) [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/green\\_paper/corpus/es.doc](http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/corpus/es.doc). Ver también, M. L. SILVA CASTAÑO/E. BACIGALUPO, *Un Derecho Penal para Europa. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Madrid, 2004.

(138) K. TIEDEMANN (Dir.), *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, Cuenca, 2003.

(139) B. SCHÜNEMANN, “Alternative-Project for a European Criminal Law and Procedure”, *Criminal Law Forum*, 18, 2, 2007, pp. 227 ss.

(140) A. NIETO MARTÍN, “Fundamentos constitucionales...”, *cit.*, p. 28. Ver también, B. SCHÜNEMANN, “Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU”, *Goldammer's Archiv*, 2004, pp. 193, 197; J. M. SILVA SANCHEZ, “Los principios...”, *cit.*, pp. 138 ss.

(141) M. VORNBAUM, “El desarrollo de la Unión Europea su influencia sobre el Derecho penal europeo”, *Revista Penal*, 19, 2007, p. 102.

(142) K. NUOTIO, “On the significance of Criminal Justice for a Europe ‘united in diversity’”, en K. Nuotio (ed.), *Europe in search of ‘meaning and purpose’*, Helsinki, 2004, p. 172.

para una “armoniosa” <sup>(143)</sup> armonización —, sino sobre todo que el desarrollo de la “Europa fortaleza” <sup>(144)</sup> y las preocupaciones securitarias y por presentar una imagen de firmeza y severidad contra la criminalidad continúen haciendo (no de la prevención <sup>(145)</sup>, sino) de la lucha y control de ésta las notas acentuadamente más relevantes de las nuevas directivas, a costa de los derechos y libertades y por medio de la ampliación de la intervención penal y del aumento de las penas.

Sin cuestionar la necesidad de armonización de las políticas penales en relación con la delincuencia grave de carácter transnacional y la conveniencia de utilización del instrumento penal como instrumento de último recurso de cara a la protección de determinados bienes jurídicos esenciales en el marco de políticas fundamentales de la Unión, el respeto de los principios de atribución, subsidiaridad y proporcionalidad (art. 61 B Tratado de Lisboa) no debería constituir un obstáculo para que la intervención armonizadora se extendiera a otros ámbitos: en particular, a la protección no sólo de los intereses financieros comunitarios, sino de todos los bienes jurídicos “genuinamente europeos” <sup>(146)</sup>. Son éstos los que — tras el correspondiente debate en torno a su más perfecta delimitación y siempre que su incriminación, como instrumento de último recurso, se pruebe apropiada, necesaria y proporcional <sup>(147)</sup> — deberían ocupar la atención central del “genuino” Derecho penal europeo <sup>(148)</sup>, caminando, en lo posible, hacia su progresiva protección de un modo unificado <sup>(149)</sup> y no meramente a través de una cooperación avanzada <sup>(150)</sup>, un mecanismo más apropiado para las infracciones transfronterizas, que también requiere obviamente para su aplicación eficaz de un acertado esfuerzo armonizador.

<sup>(143)</sup> F. M. TADIC, “How ‘harmonious’ can harmonization be? A theoretical approach towards harmonization [of criminal law]”, en A. Klip/H. van der Wilt (eds.), *Harmonisation...*, cit., pp. 1 ss.

<sup>(144)</sup> K. NUOTIO, “On the Significance...”, cit., p. 209.

<sup>(145)</sup> K. LIGETI, *Strafrecht...*, cit., pp. 366 s.

<sup>(146)</sup> N. BITZILEKIS/M. KAIAPA-GBANDI/E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, “Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept...*, cit., pp. 222 ss.

<sup>(147)</sup> D. SPINELLIS, “Europäische Rechtsgüter und ihr Schutz durch das Europastrafrecht (Korreferat)”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept...*, cit., pp. 235 s.

<sup>(148)</sup> R. HEFENDEHL, “Europäisches Strafrecht. Bis wohin und nicht weiter?”, en B. Schünemann (Hrsg./Ed.), *Ein Gesamtkonzept...*, cit., pp. 214 ss.

<sup>(149)</sup> A favor de la idea de comenzar por un Código penal modelo europeo, U. SIEBER, “Memorandum für ein Europäisches Strafgesetzbuch”, *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 369 ss.

<sup>(150)</sup> A. NIETO MARTIN, “Fundamentos constitucionales...”, cit., p. 89.

Intimamente ligado a lo anterior conviene recordar que el “Derecho penal propio de una Europa no sólo mercantil, sino progresivamente democrática” (151) no se alcanzará si a la garantía de “la seguridad a través del Derecho penal” no se le añade, de manera equilibrada, la garantía de la seguridad “también ante el Derecho penal” (152). Esto es algo por el momento muy olvidado en el marco de la tarea armonizadora, a pesar de que los derechos y libertades fundamentales también constituyen e integran objetivos comunitarios... En realidad, y ante la ausencia en las Decisiones marco de toda “cláusula de orden público o cláusula de derechos humanos”, también aquí es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que va dibujando las directrices concernientes a las garantías jurídicas a respetar en el área de Libertad, Seguridad y Justicia (153). Pues bien, a pesar de la relevancia de la Carta de Derechos fundamentales (154), aprobada en Niza en 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007 — y que encuentra una mención directa por parte de los Tratados constitutivos en los nuevos arts. 6.1 y 51 (a partir del Tratado de Lisboa) —, el hecho cierto es que los derechos fundamentales, más que “garantizados” se encuentran todavía tan sólo “proclamados” (155) en el plano comunitario europeo, de aquí el interés (hasta desde el prisma del “discurso constitucional simbólico”) (156) en el aseguramiento armonizado de su protección jurídico penal.

La tarea es amplia y apasionante. Sólo cabe desear que sea abordada ya directamente y sin dilación, rompiendo con esa tensión entre el “azar” y la “necesidad” (157) que viene caracterizando a la construcción del Derecho penal europeo.

---

(151) J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político criminal”, *cit.*, p. 43.

(152) M. VORNBAUM, “El desarrollo...”, *cit.*, p. 104.

(153) J. A. E. VERVAELE, “European Criminal Law and General Principles of Union Law”, en Z. Durdevic (ed.), *Current issues in European Criminal Law and the Protection of EU Financial Interests*, Zagreb, 2006, pp. 167, 171 y 193.

(154) K. LIGETI, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 366.

(155) J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal Europeo?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, p. 397.

(156) K. NUOTIO, “On the significance...”, *cit.*, p. 184.

(157) D. FLORE, “Un droit pénal européen: hasard ou nécessité”, en D. Flore (Dir.), *Actualités de Droit Pénal Européen*, Bruxelles, 2003, pp. 5 ss.