

LA UNIÓN EUROPEA Y LA ARMONIZACIÓN DE LA SALVAGUARDIA PENAL DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN ¿EN BÚSQUEDA DE UNA POLÍTICA CRIMINAL?*

John A. E. VERVAELE**

1. INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHO PENAL- HISTORIA DEL DESARROLLO¹

No es un secreto que los padres fundadores de las Comunidades Europeas pasaron por alto la importancia de la aplicación del derecho comunitario en un cierto grado. Aparte de unas pocas excepciones en el primigenio Derecho de los Tratados, como es la obligación de que los Estados Miembros criminalicen violaciones a la confidencialidad de la Euratom o el perjurio frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ellos mantuvieron un resuelto silencio en lo que concierne a la aplicación del derecho comunitario.

Los Tratados de la Comunidad Europea no brindaron una clara base legal de asignación de poderes, tanto en el caso de la aplicación directa por la CE (con excepción de la aplicación de reglas de competencia europeas), como en el caso de la aplicación indirecta del derecho comunitario por parte de los Estados miembros. Esto quiere decir que la ejecución de las políticas comunes agrícolas y pesqueras, el Código Aduanero de la Comunidad, el reglamento sobre los transacciones financieras y mercados financieros europeos, las reglas de fraude subvencional de la Unión Europea, las políticas ambientales europeas, las reglas eu-

ropeas sobre el derecho de las personas jurídicas, fueron dejada enteramente a la autonomía y discreción de los Estados Miembros.

La Comisión Europea reconoció rápidamente el vacío de aplicación en los tratados de las CE. Ya en 1976 se hizo un intento por completar los tratados de la CE con dos protocolos respecto al fraude y corrupción de la CE por funcionarios de las mismas. No obstante, ninguno obtuvo la aprobación política del Consejo de Ministros (Consejo)². En el período entre 1975 y 1990, la Comisión fue forzada por lo tanto a explorar en su lugar los límites políticos y legales de los Tratados de la CE. La Comisión, apoyada por el Parlamento Europeo, ya era entonces de la opinión que habría un déficit considerable en la aplicación por parte de los Estados Miembros en lo que respecta al cumplimiento de las políticas de la CE. Por lo tanto, la Comisión presentó varias propuestas legislativas concretas al Consejo, con el objetivo de obligar a los Estados Miembros a utilizar tanto el derecho administrativo (punitivo) como el derecho penal en la aplicación del derecho comunitario.

El Consejo aprobó muchas de las propuestas de la Comisión, compeliendo a los Estados Miembros a imponer sanciones administrativas punitivas, especialmente en el campo de

* Investigación desarrollada en el marco del proyecto: “Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional, Ministerio de economía y competitividad, España, DER2012-31368. Traducción a cargo de Virginia Naval Linares y Pamela Caro.

** Profesor de Derecho Penal Europeo y Económico, Utrecht School of Law; Profesor de Derecho Penal Europeo, College of Europe, Bruges.

¹ Para un análisis más detallado, ver J.A.E. VERVAELE, “The Europeanization of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration”, en Demaret/Govaere/ Hanf (eds.), 30 Years of European Legal Studies at the College of Europe, Liber Professorum, 2005, pp. 277 ff. y Haekkerup, Controls & Sanctions in the EU Law, Djoef Publishing, 2001.

² J.A.E. VERVAELE, Fraud against the Community. The need for European fraud legislation, 1992, pp. 85 ss.

la política agrícola común. Las regulaciones en cuestión estipulaban multas, decomiso de garantías financieras, exclusión de sistemas de subsidio, inhabilitación profesional, etc. Esta armonización no fue limitada en lo absoluto a sanciones reparatorias, sino también concernió expresamente a sanciones punitivas, llegando de este modo a las obligaciones, al menos de los Estados Miembros, del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³. Los Estados Miembros fueron obligados a proporcionar reglas para estas sanciones y aplicarlas. Por supuesto, los Estados Miembros fueron también libres de imponer estas sanciones completamente o en parte por medios de ejecución del Derecho Penal en lugar de usar de manera total o parcial la reglamentación administrativa, si esto estuviera conforme con los requisitos para su aplicación según lo establecido por el Tribunal Europeo de Justicia. La creciente influencia del derecho de la Unión Europea en las leyes penales no fue bien recibida por todos los Estados Miembros. Algunos Estados Miembros consideraron la aplicación de los Tratados de la CE demasiado extensa o, más aún, que habían impuesto obligaciones que carecían de una base legal adecuada. En 1990, Alemania sintió que el límite había sido alcanzado. Dos reglamentos en agricultura proporcionaron la excusa perfecta para iniciar una acción de anulación ante el Tribunal Europeo de Justicia. Los reglamentos no sólo prescribieron la restitución con una recarga por los subsidios injustificadamente obtenidos, sino también la exclusión punitiva de los sistemas de subsidio. Alemania era de la opinión que la Comunidad Europea no era

competente para prescribir sanciones penales. Lo que fue notable en este caso fue que ninguno de los otros Estados Miembros intervino para apoyar a Alemania en sus afirmaciones. Alemania recibió un brusco despertar cuando en 1992, el Tribunal en la sentencia del Caso C-240/90⁴ reconoció que la Comunidad Europea sí era competente para adoptar las medidas, incluyendo las sanciones punitivas. Esta sentencia histórica aclaró finalmente la controversia respecto a la competencia de la Comunidad Europea para armonizar sanciones administrativas (punitivas).

Con respecto a la aplicación del Derecho Penal, es principalmente gracias al TJUE que la autonomía de la aplicación por los Estados Miembros ha sido en cierto modo limitada. Los Estados Miembros estaban ligados a la interpretación del Tribunal respecto al Artículo 10 del Tratado de la CE (la obligación de cooperación o principio de lealtad). El Tribunal había establecido que los Estados Miembros tenían la obligación de aplicar el derecho comunitario, por lo cual debían adoptar procedimientos y sanciones que fueran efectivas, proporcionales y disuasivas, además, que ofrezcan un grado de protección que fuera análogo a lo ofrecido en la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional de una similar naturaleza e importancia (el principio de asimilación). No sólo recayó en la legislación nacional la obligación de cumplir estos requerimientos; sino éstos también tuvieron que ser puestos en práctica en el transcurso de su cumplimiento⁵. De la jurisprudencia del TJUE, queda bastante claro que el Derecho (Procesal) Penal perte-

³ Refiero al criterio-Engel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Engel y Otros vs. Países Bajos, sentencia de fecha 8 de junio de 1976, Series A no. 22

⁴ Caso C-240/90, Alemania vs. Consejo y Comisión, [1992] ECR I-5383. Para un análisis detallado de la armonización de la CE sobre aplicación administrativa, ver J.A.E. VERVAELE, "Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?", en: J.A.E. Vervaele (ed.) *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in The Netherlands*, pp. 161 ff., <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2005-0622-155517/4371.pdf>; J. Schwarze, „Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht“, *EuZW* 2003, 261 y Poelmann, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

⁵ Ver el Caso 66/88, Comisión vs. Grecia, [1989] ECR 2965 y la Comunicación de la Comisión como resultado de este caso, OJ C 147/3, 1990.

nece a la esfera de competencia de los Estados Miembros, no obstante el derecho comunitario puede imponer requisitos en lo que se refiere al cumplimiento e interpretación de estas competencias en el marco de la aplicación del derecho comunitario. El Derecho Penal no sólo debe ser dejado de lado cuando las reglas a ser aplicadas resulten ser contrarias al derecho comunitario (integración negativa). Además de ello, el derecho comunitario establece inequívocamente requisitos, los cuales deben ser aplicados a través del Derecho Penal nacional, con la finalidad de cumplir con el derecho comunitario (integración positiva). Este deber de ejecución de acuerdos en concordancia con ciertos requisitos también se aplica al Derecho Penal si los Estados Miembros deciden que esta es la herramienta que usarán para aplicar el derecho comunitario⁶. Esto incluye, por ejemplo, la conformación de la política con relación a cuándo rechazar un caso o acusación, y el ejercicio de la persecución discrecional en casos que son pertinentes desde el punto de vista del derecho comunitario, donde los intereses de la CE también deben ser considerados⁷. No ha existido nunca una separación hermética entre la política del Derecho Penal de los Estados Miembros y la de la CE. Tanto de iure como de facto, el proceso de armonización indirecta del Derecho Penal nacional (en su mayoría con respecto a la definición de los delitos), ha continuado durante décadas. El orden legal y la integración de la Comunidad también incluyen al Derecho (Procesal) Penal de los Estados Miembros, como resultado de ello, la autonomía del Estado Miembro es limitada. El modelo de integración europeo no es compatible con una restricción del Derecho Penal a límites nacionales donde permanecería fuera de alcance de cualquier influencia del derecho comunitario en lo absoluto. Sin embargo, la pregunta clave fue si la compe-

tencia de la CE en cuanto a armonización llegaba tan lejos como para permitir que la CE obligue directamente a los Estados Miembros a criminalizar violaciones de las reglas de la Comunidad. ¿Era la CE competente para imponer condiciones con relación a la naturaleza y severidad de sanciones penales? ¿Acaso esta posible competencia se extendía también al ámbito de la ejecución *rationae materiae*, *rationae personae*, y *rationi loci*, a aspectos procesales, a las modalidades de ejecución (plazo de prescripción, retiro o [remoción de cargos], etc.)? En lo que concierne a estas preguntas, ha habido suficiente debate en la literatura. La mayoría de autores de Derecho Penal⁸ en Europa negaron que la CE tuviera poder alguno, ni siquiera menor, para armonizar directamente el Derecho Penal.

La Comisión y el Parlamento Europeo han intentado convencer por décadas al Consejo de imponer una obligación comunitaria a los Estados Miembros de aplicar penalmente la política de la CE. Las propuestas legislativas para este fin, por ejemplo en los campos de lavado de dinero y de insider dealing, fueron funcionales en su enfoque y solo proporcionaron armonización limitada. En términos generales, estas propuestas obligaban a los Estados Miembros a criminalizar ciertos actos deliberados y proporcionar así una sanción penal y, en el caso de delitos serios, una sentencia de prisión. Las propuestas no contenían ninguna disposición concreta respecto a la esencia de estas sanciones y sentencias de prisión. Sin embargo, incluso el limitado enfoque de armonización no ha podido nunca convencer al Consejo. Este, como es habitual, aprobó las propuestas, pero solamente después de enmendarlas de tal manera que las obligaciones fueron despojadas del paquete del Derecho Penal. Cualquiera y todas las referencias a la

⁶ Caso 68/88, *Comisión vs. Grecia*, [1989] ECR 2965 y el Caso C-226/97, *Lemmens*, [1999] ECR 195.

⁷ Caso C-265/95, *Comisión vs. Francia*, [1997] ECR I-6959.

⁸ La postura minoritaria entre abogados penales fue discutida, *inter alia*, por Grasso, Tiedemann, Delmas-Marty, Vogel y Vervaele quienes defendieron una limitada competencia funcional. Para una discusión interesante entre proponentes y oponentes, ver ZStrW 2004, 332 y B. SCHÜNEMANN, (ed.) *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, München, 2004.

naturaleza penal de las obligaciones fueron suprimidas sistemáticamente. Las disposiciones prohibitorias u obligatorias del Derecho Penal fueron reemplazadas por disposiciones prohibitorias u obligatorias de naturaleza administrativa. Obligaciones de imponer sanciones penales fueron reemplazadas por sanciones simples. La neutralización política sistemática de las propuestas de armonización del Derecho Penal de la Comisión podría ser indicativa de una unidad firme de parte de los Estados Miembros en el Consejo. Sin embargo, los Estados Miembros estaban divididos internamente en esta cuestión, hasta tal punto que, en 1990, los Ministros de Justicia asignaron un grupo de trabajo del Consejo que constaba de funcionarios públicos dedicados a la tarea de someter la relación del derecho comunitario y el Derecho Penal a una discusión de fondo⁹. Los expertos del gobierno convinieron en que el derecho comunitario podía establecer requisitos para el Derecho Penal nacional, pero no se pusieron de acuerdo en una posición inequívoca con respecto a la directa competencia de la armonización del Derecho Penal de la CE.

La pequeña mayoría de los Estados Miembros que estuvieron a favor de tal competencia no obstante deseó que ciertas condiciones se apliquen. Tal armonización sólo podría ser el apéndice de una política del derecho comunitario, por ejemplo, no siendo una armonización del Derecho Penal como tal. Esta armonización debería además dejar intacta una cierta cantidad de principios o garantías que los Estados Miembros consideraron esenciales para su propio Derecho (Procesal) Penal. Las señales de alerta a la armonización funcional fueron ciertamente en ese tiempo las siguientes: la persecución discrecional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sanciones mínimas y las sentencias discre-

cionales. Por lo tanto, el informe del dividido grupo de trabajo no llegó a producir un progreso político. Se comenzó a desarrollar una diferencia de opinión política fundamental¹⁰. Durante la conferencia intergubernamental para la preparación del Tratado de Maastricht, intentos holandeses de integrar aspectos de justicia penal, incluyendo el poder de armonización directa, dentro del derecho comunitario, estuvieron condenados al fracaso. El compromiso de Luxemburgo, conocido como la estructura de tres pilares, organizó la cooperación y armonización del Derecho Penal en un pilar semi-intergubernamental que entró en vigor como parte del Tratado de Maastricht en 1993. Con la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam en 1999, el tercer pilar perdió su carácter semi-intergubernamental y de este modo se convirtió en un ámbito político en toda regulación de la UE.

2. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: DEL ESTANCAMIENTO POLÍTICO AL FALLO DEL TJUE EN EL CASO C-176/03 SOBRE LA APLICACIÓN PENAL DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Estructurar el tercer pilar para incluir la directa competencia legislativa de la Unión Europea en el campo de cooperación en asuntos penales y armonización del Derecho Penal, no ha causado que la batalla se pierda, realmente sucedió lo contrario. Después de todo, el tercer pilar era un poder suplementario que no podía minar o interferir con la formación de poderes de la CE. Tanto el artículo 2 del TEU, como el artículo 47 del TEU en adición al Artículo 29 del TEU, eran claros respecto a esto. Si este poder existía o no, no dependía, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, de alguna regulación o directiva que impusiera un deber de armonizar el Derecho

⁹ Para el reporte del grupo de trabajo ad hoc ver J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the European Community*, 1992, p. 313.

¹⁰ Por ejemplo, los Estados Miembros fueron preparados para penalizar el lavado de dinero, basados en las obligaciones que derivan del derecho internacional hecho por la ONU y el Consejo de Europa, pero no por la CE. Ver declaración intergubernamental a la Directiva 91/308, OJ L 66/77, 1991.

Penal. Ni desuso de poder, ni la entrada en vigor del Tratado de la UE llevan a la caída de este poder. No es la voluntad política la que determina la competencia legal, al menos no sin enmienda del Tratado. Sin embargo, el tercer pilar del Derecho Penal ha sido definido por muchos como exclusivo, por ejemplo, excluyendo cualquier competencia de Derecho Penal dentro del primer pilar.

Yo consideraba que quedaba claro, desde el principio, que la división política del régimen legal entre el primer y el tercer pilar culminaría en una batalla institucional de competencia con respecto a la posición del Derecho Penal dentro de la Unión Europea. En el caso de muchas de las iniciativas legislativas durante el período de 1993 a 2005, la Comisión vino a oponerse diametralmente al Consejo. Ambas han estado implicadas en escaramuzas institucionales legislativas en relación con la Armonización del Derecho Penal. No hay razón para repetir cada iniciativa y contra-iniciativa, ahí dónde la CE y los Estados Miembros elevan el problema en el Consejo. En total, tres tipos de conflictos legislativos podrían ser distinguidos. El primer tipo puede ser distinguido como *warding off*. La Comisión envió propuestas para la armonización del Derecho Penal al derecho comunitario, las cuales fueron posteriormente rechazadas por el Consejo. En el mejor de los casos la propuesta estaba neutralizada y removida del paquete del Derecho Penal. Aquí, el Consejo aplica una antigua táctica legislativa que fue usada en el período anterior a la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. La propuesta de la Comisión para una regulación de los controles oficiales de alimentos y piensos¹¹ (2003) es un ejemplo excelente. La Comisión enfatizó la necesidad de proveer una armonización funcional de aplicación del Derecho Penal que completa la armonización ya existente de aplicación del Derecho Administrativo. La Comisión demanda que una lista básica de delitos cometidos intencionalmente o por seria negligencia que podría amenazar con la seguridad de los

alimentos y piensos, y por ende de la salud pública, y por el cual los Estados Miembros deben proporcionar sanciones penales; debería ser preparada. La lista no debería ser limitada a delitos relacionados a la actual puesta efectiva en el mercado, sino incluir todos los delitos que podrían llevar eventualmente a la puesta en mercado de alimentos y piensos inseguros. Para esta lista de graves delitos, los Estados Miembros deberían proveer estándares penales mínimos según el Artículo 55:

1. Los Estados Miembros establecerán las reglas en sanciones aplicables a infracciones de la legislación de alimentos y piensos, y tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse que sean implantadas. Las sanciones impuestas deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas. Los Estados Miembros notificarán aquellas disposiciones y cualquier enmienda posterior a la Comisión sin dilación.

2. Para el propósito del párrafo 1, las actividades a las que se hizo referencia en el Anexo VI serán infracciones penales cuando sean cometidas intencionalmente o por grave negligencia, en la medida en que incumplan reglas de alimentos y piensos de la Comunidad, adoptadas por los Estados Miembros con el fin de cumplir el derecho comunitario.

3. Las infracciones referidas en el párrafo 2 y la instigación o la participación en tales infracciones, deben, en cuanto a personas naturales, ser penalizadas por sanciones de naturaleza penal, incluyendo como la privación apropiada de la libertad y, en cuanto a personas jurídicas, las sanciones que incluirán multas penales o no-penales y pueden incluir otras multas, tales como exclusión del disfrute de beneficios o ayudas pública, descalificación temporal o permanente para contratar en actividades negociales, colocación en supervisión judicial o una orden de liquidación judicial”.

El hecho de que graves sanciones de seguridad alimenticia puedan amenazar la salud pública

¹¹ COM(2003)52 final.

ha sido probado de manera concluyente en numerosos países europeos que, en algunos casos, por ejemplo, en el caso de envenenamiento del aceite de colza en España, ha producido la muerte de muchos. Sin embargo, los Estados Miembros no enviaron una propuesta para una decisión marco, sino que despojaron a la propuesta de la Comisión de sus envolturas de derecho penal en el Consejo. En la regulación adoptada¹², el Artículo 55 ahora se lee del modo siguiente:

1. Los Estados Miembros establecerán las reglas en sanciones aplicables a infracciones de normas de alimentos y piensos y otras disposiciones de la Comunidad relativas a la protección de la salud y bienestar animal y tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse de que sean implementadas. Las sanciones impuestas deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas.

2. Los Estados Miembros notificarán las disposiciones aplicables a infracciones de normas de alimentos y piensos y cualquier enmienda posterior a la Comisión, sin dilación¹³.

El segundo tipo de conflicto legislativo puede ser descrito como 'secuestro' por lo cual el contenido de una propuesta para una regula-

ción o directiva es copiado en una propuesta para una decisión marco o viceversa. Las propuestas competenciales concernientes a la aplicación del Derecho Penal de la política ambiental son un excelente ejemplo¹⁴. En un cierto número de casos, este enfoque ha llevado a un estancamiento, mientras que en otros ha llevado a la adopción de decisiones marco contrarias a la opinión de la Comisión y del Parlamento Europeo. El tercer tipo puede ser llamado 'cohabitación obligatoria', por la cual dos propuestas son elaboradas conjuntamente y en armonía entre ambas. Las disposiciones sustantivas y, según el caso, disposiciones respecto a armonización administrativa son incluidas en una directiva o regulación, mientras los aspectos de armonización de derecho penal son incorporados en una decisión marco. Un buen ejemplo de lo que es conocido como un enfoque de doble texto es la Directiva 2002/90, unida con la Decisión marco 2002/946, concerniente la inmigración ilegal¹⁵. Otro buen ejemplo concierne a la contaminación ambiental de barcos, donde ambas propuestas¹⁶ fueron preparadas por la Comisión¹⁷. El artículo 6 de la propuesta para una directiva incluye la obligación de proveer sanciones penales en cuanto al descargo ilegal de contaminantes como fue definido en la Convención Internacional de Marpol para la

¹² Reglamento de la UE 882/2004, OJ L 165, 30.4.2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0882:EN:NOT>

¹³ Reglamento (CE) No 882/2004 de fecha 29.4.2004 sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales, OJ L 165/97, 2004.

¹⁴ Decisión Marco 2003/80 de fecha 27.1.2003 sobre la protección del ambiente a través del derecho penal (OJ L 29, 2003) el cual fue anulado por la Corte de Justicia y la propuesta de una Directiva sobre la Protección del Ambiente a través del Derecho Penal, COM(2001), 139 de fecha 13 Marzo de 2001, OJ C 180, 2001, y enmendado por COM(2002) 544, OJ C 020 E, 2003.

¹⁵ Directiva del Consejo 2002/90/EC of 28.11.2002 definiendo la facilitación del ingreso no autorizado, tránsito y residencia, OJ L 328/17, 2002, y la Decisión Marco de fecha 28.11.2002 sobre el fortalecimiento del marco penal para prevenir la facilitación de ingreso no autorizado, tránsito y residencia, OJ L 328, 2002.

¹⁶ Directiva 2005/35/EC 7.9.2005 sobre la contaminación proveniente de embarcaciones y la introducción de penas por sanciones, OJ L 255/11, 2005 y la Decisión Marco del Consejo 2005/667 de fecha 12.7.2005 para fortalecer el marco del derecho penal para la aplicación del derecho contra contaminación proveniente de embarcaciones, OJ L 255/164, 2005.

¹⁷ Comúnmente, esto implica cooperación interinstitucional entre la Dirección General responsable por el asunto específico y la Dirección General por el tercer pilar.

prevención de contaminación de barcos, incluyendo casos de graves infracciones y penas privativas de libertad, también para personas naturales. La propuesta para una decisión marco hace referencia directa al Artículo 6 de la Directiva y además define las formas de las sanciones penales. La propuesta para una decisión marco además incluye disposiciones con respecto a equipos de investigación conjuntos, asistencia judicial mutua, etc. También aquí, las disposiciones de Derecho Penal en la propuesta para una directiva se demostraron en última instancia desagradables para el Consejo. En la Directiva aprobada, todas las referencias a las obligaciones de Derecho Penal fueron eliminadas.

En las propuestas con respecto a la migración y contaminación en el mar, la Comisión debió aceptar sus pérdidas, pero aun así no se rindió. La Comisión realizó una propuesta para una directiva y una decisión marco, con respecto a medidas penales para combatir delitos de propiedad intelectual de 12.7.2005¹⁸. Esta propuesta fue el desarrollo continuo de la Directiva 2004/48 con respecto a la aplicación de derechos de propiedad intelectuales¹⁹, que obligaron a los Estados Miembro a mantener el derecho privado y las medidas de derecho administrativo y a implementar las obligaciones derivadas del acuerdo internacional de los ADPIC que hace la ejecución penal obligatoria.

En la propuesta para una directiva, la Comisión claramente reclamó un poder directo para imponer la armonización del Derecho Penal, pero al hacer esto, se restringió a sí misma en la obligación para los Estados Miembros de criminalizar ofensas intencionales, para proveer ciertos métodos de participación criminal e imponer sanciones criminales incluyendo penas privativas de libertad. La de-

terminación adicional de las sanciones (nivel, etc.), la cuestión de jurisdicción y algunos aspectos de procedimiento penal, tales como la iniciación de procedimientos penales independientemente de una queja, fueron todos regulados bajo la decisión marco.

Este análisis adicional lleva a resaltar varias cuestiones. No hubo ninguna política legal europea coherente presente de derecho penal donde todos o algunos de los actores estuvieran implicados. Los Estados Miembros no estaban ante todo preocupados con la ejecución de la política de la Comunidad, sino con la lucha contra el terrorismo, crimen organizado, etc. El hecho que no se impusiera la obligación para que los Estados Miembros alcancen la armonización del Derecho Penal a través de una directiva o regulación no es una conclusión imparcial. Las decisiones marco necesitan unanimidad. Las directivas y regulaciones eran usualmente adoptadas por medio de co-decisiones y mayoría calificada. Además, en contraposición a las decisiones marco, las regulaciones así como disposiciones incondicionales y claras de directivas tienen efectos directos. En el primer pilar, la Comisión también tiene muchos más triunfos bajo la manga para obligar a los Estados Miembros a cumplir con la armonización del Derecho Penal. La Comisión puede iniciar procedimientos de infracción contra un Estado Miembro. Los Estados Miembros pueden ser considerados financieramente responsables por incumplimiento por medio de deberes de ejecución, y los Estados Miembros pueden incluso ser multados por no cumplir con sentencias judiciales. Por lo tanto el enfoque de la Comunidad tiene muchas ventajas, tanto en términos de legitimidad como en términos de eficiencia.

¹⁸ Propuesta para una directiva sobre medidas penales dirigidas a asegurar la aplicación derechos de propiedad intelectuales y la propuesta de una Decisión Marco para fortalecer el marco de derecho penal para combatir delitos de propiedad intelectual, COM(2005) 276 final.

¹⁹ OJ L 157/45, 2004.

El estancamiento político sólo pudo ser roto por un fallo en el principio de la Corte. La Comisión por lo tanto ha triunfado en provocar tal resolución formulando objeciones bajo el Artículo 35 (6) UE contra la legalidad de la decisión marco aprobada por el Consejo el 2003 en la ejecución penal de la ley ambiental²⁰. Con esta decisión, el Consejo dejó de lado una propuesta enviada por la Comisión para una directiva en la aplicación penal de la ley ambiental de 2001 con sustancia similar²¹. En el 2005, la Corte comunicó su tan esperada sentencia del Caso C-176/03. Esta sentencia es una segunda resolución histórica con respecto a la aplicación del derecho comunitario, la Corte reconoció la competencia de la CE para armonizar la aplicación del Derecho Penal al derecho comunitario. No menos de once Estados Miembros intervinieron en los procedimientos. Diez Estados Miembros²² apoyaron la posición del Consejo. Los Países Bajos fueron el único Estado Miembro en discutir a favor de una competencia de armonización penal combinada bajo la ley de la CE:

"(...) estipuló que la multa estaba inseparablemente unida a las disposiciones sustantivas relevantes de la Comunidad y que en realidad puede demostrarse que imponer multas bajo el Derecho Penal de esa forma es necesario para el logro de los objetivos del Tratado en el área respecti-

va (vea Caso C-240/90 Alemania v Comisión [1992] ECR I-5383.) Ese podría ser el caso de la ejecución de una regla de armonización basada, por ejemplo, en el Artículo 175 CE que aumentó a una necesidad de sanciones penales²³."

En primer lugar la Corte subraya que el tercer pilar no puede minar las competencias del primero, así el artículo 47 TUE dispone que nada en el Tratado de la UE debe afectar el Tratado de la CE. Con respecto a la competencia de derecho penal en el primer pilar la Corte acepta una aptitud de anexo criminal, funcional a la política sustantiva para asegurar la ejecución efectiva:

"47. una regla general, ni el Derecho Penal ni las reglas de procedimiento penal caen en la competencia de la Comunidad (ver, a este efecto, el caso 203/80 Casati [1981] ECR 2595, párrafo 27 y el caso C-226/97 Lemmens [1998] ECR I-3711, párrafo 19.)"

48. Sin embargo, el hallazgo mencionado no impide que la legislación de la Comunidad, cuando la aplicación de sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas por las autoridades nacionales competentes constituyan una medida esencial para combatir graves delitos ambientales, tome las medidas relativas al derecho penal de los Estados

²⁰ Que la comisión no comenzó con los procedimientos antes de la Corte respecto al fraude de la CE puede ser explicado por razones legales. Al momento de la aprobación de la Convención PIF de 1995 bajo el tercer pilar Maastricht, aprobación de una directiva de armonización de derecho penal sólo podría haber sido posible en base al artículo 209A. Sin embargo, esta disposición no constituyó una base legal para la armonización. Esto fue únicamente introducido para el artículo 280 del Tratado de Ámsterdam sobre la Unión Europea. En esa base, en el 2001 la Comisión envió una propuesta para una directiva sobre armonización del derecho penal sin cuestionar la validez legal de las Convenciones. La propuesta de una directiva fue provocadas, sin embargo, por los lentos procesos de ratificación y ratificaciones incompletas en los protocolos del PIF.

²¹ Ver COMTE, "Criminal environmental law and Community Competence", *European Environmental Law Review* 2003, 147 ff. en defensa del enfoque de la Comunidad. Discutido desde la posición contraria: Y. BURUMA y J. SOMSEN 'Een Strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming', *NJB* 2001, 795 y I.M. KOOPMANS 'Europa en de handhaving van het milieurecht: een pijler te ver?', *NTER* 2004, 127. Para una posición balanceada, ver ORTLEP/ WIDDERSHOVEN/ BACKES, et al. (ed.), *Lex Dura*, Sed Lex. Opstellen over de handhaving van omgevingsrecht 2005, pp. 159 ff.

²² Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido.

²³ De la consideración 36 en la sentencia de la Corte en el caso C-176/03.

Miembros que considere necesarias para asegurar que las reglas que declare en protección ambiental sean completamente efectivas.

49. *Debería ser también añadido que en este caso, aunque los Artículos 1 al 7 de la decisión marco determinan que cierta conducta que es especialmente perjudicial al entorno debe ser penada, que los Estados Miembros tiene elección de las sanciones penales para aplicar, aunque, de acuerdo con el Artículo 5 (1) de la decisión, las sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas.*

51. *Se deduce de lo anterior que, en razón de su finalidad y contenido, los Artículos 1 al 7 de la Decisión marco tienen como propósito principal la protección del entorno y podrían haber sido correctamente adoptados en base al Artículo 175 CE.*

52. *Ese descubrimiento no fue llamado en cuestión por el hecho de que los Artículos 135 EC y 280 (4) EC reservan a los Estados Miembros en las esferas de cooperación de costumbres y la protección de los intereses financieros de la Comunidad respectivamente, la aplicación del derecho penal nacional y la administración de justicia. No es posible inferir de aquellas disposiciones que para los propósitos de la implementación de la política ambiental, cualquier armonización de derecho penal, incluso una limitada como resultado de la decisión marco, deba ser excluida incluso dónde sea necesaria para asegurar la efectividad del derecho comunitario.”*

3. LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LA APLICACIÓN PENAL DE LAS POLÍTICAS DE LA UE DESPUÉS DEL CASO C-176/03: ¿UN PRIMER PROYECTO PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL?

En noviembre de 2005 la Comisión presentó una Comunicación²⁴ al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de

la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso C-176/03. La Comisión comienza por analizar el contenido y alcance de la decisión de la Corte. El artículo 47 del TUE establece que la legislación de la CE tiene prioridad sobre el Título VI del TUE, es decir, el primer pilar prevalece sobre el tercero. El Tribunal de Justicia considera, además, que el artículo 175 del TUE constituye una base jurídica adecuada para las materias reguladas en los artículos 1.7 de la Decisión marco. La Comisión resalta sutilmente que los artículos 1 a 7 son las disposiciones penales relativas a la definición de los delitos, al principio de la obligación de imponer sanciones penales, al nivel de las sanciones, a las sanciones que lo acompañan, así como a las normas relativas a la participación y la instigación. La Corte va más allá que el abogado general en sus conclusiones, no sólo por la aceptación de que la CE puede obligar a los Estados miembros a cumplir las medidas por medio del derecho penal, sino también porque puede determinar en detalle lo que los acuerdos deberían ser. La Comisión vuelve entonces al alcance de la sentencia del Tribunal. La Comisión pone de relieve el hecho de que la emisión de la sentencia no significa que el Tribunal haya reconocido a la presente aplicación penal como un área de la política de la CE. La ejecución penal no es más que el tubo de desagüe de un ámbito político sustantivo. Sin embargo, la Comisión no encuentra que la sentencia del Tribunal de Justicia pueda tener un impacto en todos los ámbitos políticos de la integración negativa (las cuatro libertades) y una integración positiva, posiblemente haciendo métodos de Derecho penal necesarios para garantizar su ejecución efectiva. Este criterio de necesidad se debe definir funcionalmente, en función de la superficie por área. Para algunas áreas de la política no se requiere la ejecución penal, pero para otras sí. La prueba de la necesidad también determina la naturaleza de las medidas penales que deben tomarse. El Tribunal no impone alguna restricción. Aquí también, el enfoque es funcio-

²⁴ COM(2005) 583 final.

nal. Podemos concluir que la Comisión desea, obviamente, dejar la puerta abierta cuando sea necesario para la armonización de los aspectos de la parte general del derecho penal o del derecho procesal penal. La Comisión indica, además, su preferencia por las medidas horizontales siempre que sean posibles, es decir, que trasciendan los ámbitos políticos específicos. Aquí podríamos pensar en medidas penales horizontales para el sector agrícola y los fondos estructurales en el marco de la lucha contra el fraude comunitario o el terrorismo o la delincuencia organizada. La Comisión también considera que la sentencia pone fin al enfoque de doble texto, es decir, la adopción de directrices y reglamentos de la política sustantiva y su ejecución administrativa, además de las decisiones marco para la ejecución penal de esa misma política. A partir de ahora, todo esto puede ser establecido en una sola directiva o reglamento.

En la segunda parte de la comunicación, la Comisión analiza las consecuencias de la sentencia de manera más específica. La Comisión, en primer lugar indica que las disposiciones del derecho penal sobre la policía y la cooperación judicial, incluidas las medidas relativas al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y las medidas basadas en el principio de disponibilidad, caen dentro del ámbito de competencias del tercer pilar. Esto también es válido para la armonización per se de la parte general del derecho penal o el derecho procesal penal en el marco de la cooperación y el reconocimiento mutuo. La armonización penal de ámbitos políticos que no son parte del Tratado CE, pero son necesarios para los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia; se colocan dentro del tercer pilar. Un punto interesante es que, en esta segunda parte, la Comisión también define las condiciones para la armonización penal utilizando las competencias de la Comunidad en virtud de 'La consistencia de la política penal de la Unión'. La Comisión indica claramente que la armonización penal en virtud de competencias de la CE sólo es posible si existe una clara necesidad de que la política en cuestión

sea eficaz. Por otra parte, las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad deben ser cumplidas. Esto significa que hay una estricta obligación de proporcionar argumentos y razones. La armonización puede referirse a la definición de las infracciones, las sanciones penales, pero también lo que se llama "otras medidas penales apropiadas para la zona en cuestión". Está claro que la Comisión, desde el principio, no deseó fijar simplemente la armonización de las definiciones de delitos y sanciones penales. La Comisión continúa diciendo que: "Las medidas penales adoptadas de manera sectorial sobre una base comunitaria deben respetar la coherencia global del sistema de derecho penal de la Unión, ya sean disposiciones sobre la base de la primera o la tercera columna, para asegurarse que las disposiciones no deriven en dispersas e inadecuadas. Tanto la Comisión, por un lado, y el Consejo y el Parlamento Europeo, por el otro, debe tener cuidado de garantizar esta coherencia y también evitar que los Estados miembros o las personas en cuestión sean obligados a cumplir con las obligaciones en conflicto.

4. LA SENTENCIA DEL CASO C-176/03: RECEPCIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y EN EL CONSEJO DE JHA

A pesar de las opiniones unánimes de los diferentes servicios legales de los órganos de la UE, incluyendo la del Consejo mismo, la sentencia de la Corte fue recibida con asombro e incredulidad por muchos gobiernos. No es apenas sorprendente que la decisión de la Corte no fuera aceptada por los Estados Miembros dadas sus numerosas intervenciones en los procedimientos en favor del Consejo. Sin embargo, los gobiernos enfocaron su crítica principalmente en la Comunicación de la Comisión e introdujeron esto en el Consejo de JHA. En Dinamarca, el Ministro de Justicia no perdió tiempo en informar al Parlamento de la sentencia y enviando una reserva⁶¹⁸. El Ministerio mantuvo la opinión de que no se podía encontrar ningún fundamento jurídico en el Tratado de la CE, aunque expresara

conocimiento de que la sentencia de la Corte no estaba limitada al Derecho Ambiental. En Francia, la iniciativa vino del Parlamento mismo. El 25 de enero del 2006, la Comisión de Asuntos Europeos del francés *Assemblée Nationale* informó al Portavoz del Presidente de la *Assemblée*²⁵. La Comisión era de la opinión que la Corte actuó más allá de su competencia y demostró un cierto *fédéralisme judiciaire*. La Comisión también declaró que ya era hora de finalizar el *gouvernement des juges* y restaurar el poder a las entidades a quienes pertenecen, a saber los gobiernos de los Estados Miembros. La Comisión por lo tanto propuso aplicar la disposición transitoria del Artículo 42 TUE y de este modo crear un procedimiento de 'freno de emergencia' en el Consejo Europeo²⁶. La Comisión de Asuntos Europeos tampoco estuvo muy contenta con la comunicación de la Comisión de la UE en respuesta a la sentencia. Rechazó lo que considera 'su interpretación excesiva'. Según la Comisión, es imposible concluir de esta sentencia que haya una competencia de la Comunidad para una armonización criminal en todas las áreas de política comunes de la CE y las cuatro libertades del mercado interno. En vez de esto la Corte limitó este poder a objetivos esenciales, intersectoriales y fundamentales.

La Comisión de la UE había publicado mientras tanto una nueva propuesta para una directiva ambiental a través del derecho penal, reemplazando la anulada Decisión marco²⁷ y la propuesta para una directiva de 2001²⁸. En esta área, podemos hablar de un vacío legal a

ser llenado. A pesar de la cautelosa estrategia mencionada anteriormente, la Comisión envió un conjunto variado de propuestas con sustancia de derecho penal, la mayor parte de la cual estaba relacionada con la implementación adicional y ejecución de instrumentos de derecho internacional, incluyendo obligaciones de ejecución de derecho penal. La Comisión envió una propuesta enmendada para una directiva en medidas penales destinadas a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectual²⁹. Esta propuesta estaba relacionada con el Acuerdo de WTO sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el "Acuerdo sobre los ADPIC") que fue aprobado por medio de la Decisión del Consejo 94/800/EC³⁰. La esencia penal de la propuesta estaba de acuerdo a la propuesta para la directiva ambiental a un máximo alcance. Es interesante notar que, en otras propuestas, tales como la que plantea una nueva regulación en el Código de Costumbres de la Comunidad³¹, que es una de las áreas más armonizadas del derecho de la CE, la Comisión no incluyó ningún delito penal o sanciones penales del todo en el Artículo 22 en multas, aunque el considerando 12 de la regulación subraya la necesidad de sanciones disuasivas. Se puede decir lo mismo sobre el proyecto de reglamento con respecto al Sistema de Información de Visas (SIV) y el intercambio de información entre Estados Miembros respecto a visas de corta duración³². El artículo 29 de la propuesta de la Presidencia³³ parece ir más allá de la

²⁵ Memorándum de fecha 13.10.2005, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/a16a3e79/2005_sv21.pdf

²⁶ <http://europapoort.eerstekamer.nl/9345000/1/j9vvggy6i0ydh7th/vgbwr4k8ocw2/f=/vh7rdrlf7yxv.pdf>

²⁷ Esto refiere al proceso de freno de emergencia dispuesto en una propuesta para un Tratado Constitucional Europeo en el caso de armonización del derecho penal que representa una amenaza a intereses esenciales de un Estado Miembro.

²⁸ Decisión Marco del Consejo 2003/80/JHA, OJ L 29/55, 09.02.2003.

²⁹ COM (2001) 139 final

³⁰ COM (2006) 186 final.

³¹ OJ L 336, 23.12.1994, p. 1.

³² COM (2005) 608.

³³ COM (2004) 835.

propuesta de la Comisión³⁴. Sin embargo, ambas se detienen en la imposición de sanciones penales por el abuso de información. Lo mínimo que se puede decir es que no queda muy claro de las propuestas cuándo y por cuáles criterios la Comisión en realidad opta por obligaciones de derecho penal. Un anteproyecto de política legislativa penal ciertamente no estaba guiando la práctica aún.

5. EL SEGUNDO FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO C-440/05 EN APLICACIÓN PENAL DE LA CONTAMINACIÓN PROCEDENTE DE EMBARCACIONES; LA REINTRODUCCIÓN AL ENFOQUE DE DOBLE TEXTO.

La Decisión marco 2005/667 trata temas de transporte marítimo (y sus efectos ambientales) y contiene reglas muy específicas sobre la armonización de sanciones penales. Tanto los Estados Miembros como el Tribunal de Justicia consideraron este caso como un nuevo caso histórico. En los procedimientos ante la Gran Sala de la Corte de Justicia, no menos de 19 Estados Miembros intervinieron, todos en apoyo del Consejo de Ministros³⁵.

El Defensor General (AG, *advocate general*) Mazák, en su opinión del Caso C-440/05 recaló que, en contradicción a la opinión expresada por ciertos gobiernos, el Artículo 47 TUE establecía la primacía de la acción y el derecho comunitario bajo el Tratado de la

CE sobre actividades emprendidas en base al Título V o Título VI del Tratado TUE³⁶ y eso no hace una diferencia si la Comunidad, al momento de la adopción de la Decisión marco ya había o aún no había adoptado la legislación con respecto a las materias cubiertas³⁷. Segundo, él señaló que, si la Corte fuera a encontrar que, por una razón u otra, no hay tal competencia bajo la política de transporte, este descubrimiento, hablando estrictamente, no sería el final de la historia. Puede haber alternativas para la base legal en el Tratado de la CE. El AG, sin embargo, rechazó el argumento de los Estados Miembros que la competencia penal de la CE debería ser limitada al entorno o a materias sustanciales con un enfoque horizontal en el Tratado de la CE. Su enfoque fue principalmente que la competencia del derecho penal debería ser un corolario del principio general de la efectividad del derecho comunitario (*principio effet utile*). Por esta razón, aceptó que el Art. 80 (2) de la CE en efecto proporciona la base legal para la aplicación del derecho penal de la contaminación procedente de embarcaciones, en vez del Art. 31 (1) (e) y el Art. 34 (2) (b) TUE; y él propuso que la Corte debería anular la Decisión marco 2005/667/ JHA. Sin embargo, también estuvo de acuerdo con la opinión del AG Ruiz Jarabo Colomer en el caso C-176/03: "el legislativo de la Comunidad está facultado para obligar a los Estados Miembros a imponer sanciones penales y prescribir que sean eficaces, proporcionales y disuasivas; pero más allá de eso, no está facultado para especificar las sanciones a ser impuestas³⁸". Él creyó que esto podría lle-

³⁴ Art. 29 de la Propuesta de la Comisión: "Los Estados Miembros establecerán las reglas sobre sanciones aplicables a infracciones de las disposiciones de este Reglamento relacionado a la protección de información y tomará todas las medidas necesarias para asegurar que sean implementadas (...)"

³⁵ En los siguientes países se admitió la intervención: Portugal, Bélgica, Finlandia, Francia, Eslovaquia, Malta, Hungría, Dinamarca, Suecia, Irlanda, República Checa, Grecia, Estonia, Reino Unido, Letonia, Lituania, los Países Bajos, Austria y Polonia.

³⁶ Parágrafo 53 de la opinión.

³⁷ Parágrafo 57 de la opinión.

³⁸ Parágrafo 103 de la opinión.

var de otra manera a la fragmentación y comprometer la coherencia de sistemas penales nacionales y que los Estados Miembros estén, generalmente, mejor equipados que la Comunidad para trasladar el concepto de sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas a sus sistemas legales y contextos sociales respectivos. El TJE primero siguió el mismo razonamiento que en el caso C-176/03. Consideró que era su tarea el asegurarse que los actos que, según el Consejo, caen en el alcance del Título VI no invadan los poderes conferidos a la Comunidad por el Tratado de la CE. El TJE recalcó que la política común de transporte es una de las fundaciones de la Comunidad y que el Consejo, bajo el Artículo 80 (2) EC, puede decidir a qué grado, y mediante qué procedimiento se pueden establecer disposiciones apropiadas para transporte marítimo. Puesto que el Artículo 80 (2) no contiene ninguna limitación explícita, el legislador de la Comunidad tiene poderes legislativos amplios bajo el Artículo 80 (2) y es competente para tomar medidas para mejorar la seguridad de transporte. Por otra parte, las formas de protección ambientales forman parte de la política común de transporte.

Concretamente, el TJE revisó cuidadosamente la esencia y objetivos de la Decisión marco 2005/667. Su propósito principal es en efecto mejorar la seguridad marítima y optimizar la protección del entorno marítimo. El Consejo fue de la opinión que las sanciones penales eran necesarias para asegurar el cumplimiento de las reglas de la Comunidad en seguridad marítima.

El TJE llegó a una doble conclusión. Los artículos 2, 3 y 5 de la Decisión marco deben ser considerados como destinados esencialmente a mejorar la seguridad marítima, así como la protección ambiental, y podría haber sido válidamente adoptado en base al Artículo (80) 2. Esto quiere decir que la definición de los delitos y sus elementos constitutivos, cuestiones de responsabilidad penal, la prescripción de la obligación de estipular sanciones penales para personas naturales, y la obligación de estipu-

lar sanciones penales o administrativas para personas jurídicas deben ser tratadas en virtud del derecho de la CE. Sin embargo el TJE llegó a la conclusión de que el tipo y el nivel de sanciones penales a ser aplicadas no caen en la esfera de competencia de la Comunidad. El legislador de la Comunidad puede no adoptar disposiciones como los Artículos 4 y 6 de la Decisión marco. Este último punto viene como una sorpresa. Muchos instrumentos de la CE contienen disposiciones de sanciones concretas, incluyendo en el tipo y nivel y la responsabilidad de personas jurídicas, e incluyendo la prescripción de sanciones administrativas o penales, definidas como sanciones administrativas o prescritas como administrativas o sanciones penales. Los Estados Miembros permanecen libres de elegir entre sanciones administrativas o penales cuando definan el tipo y nivel de sanciones. Sin embargo, el TJE consideró la prescripción del tipo y nivel de sanciones administrativas o penales como una competencia del tercer pilar.

Este fallo tiene varias consecuencias. La competencia del derecho penal funcional de la CE ha sido confirmada, aún fuera del campo horizontal de protección ambiental. Si la política de la CE es una política importante de la CE, entonces la competencia funcional puede ser incluida en los poderes discrecionales para tomar todas las medidas apropiadas. Sin embargo, la armonización del derecho penal continúa siendo necesaria, y el único camino para alcanzar este objetivo (esto es, la ejecución de esa política). En otras palabras, también en el derecho de la CE, el derecho penal es ultima ratio y es necesario para el *effet utile*. La competencia funcional del derecho penal ha sido, por lo tanto, extendida de manera amplia pero aún no queda claro qué políticas de la CE son incluidas en la realidad y cuáles se excluyen. Con respecto al ámbito de competencia, el TJE ha estipulado claramente que se puede prescribir la naturaleza de la sanción penal bajo el derecho de la CE, pero que el tipo de sanción penal y el nivel de ésta se debe prescribir bajo el derecho de la UE. El fallo del TJE no trata explícitamente de otros posibles asun-

tos relacionados al derecho penal de la CE, tal como, por ejemplo, la jurisdicción y designación de puntos de contacto para la cooperación transnacional. Como los Artículos 2, 3 y 5 de la Decisión marco deben haber sido válidamente adoptados en base al Artículo (80) 2, la Decisión marco infringe el Artículo 47 UE y, siendo indivisible, tuvo que ser anulada completamente. Por consiguiente la Comisión tuvo que elaborar una nueva directiva para la contaminación proveniente de embarcaciones, introduciendo sanciones para infracciones. La directiva fue adoptada en el 2009³⁹. La Comisión de la Unión Europea mientras tanto había publicado una nueva propuesta para una directiva en el entorno a través de derecho penal⁴⁰, reemplazando la Decisión marco⁴¹ anulada y la propuesta para una directiva del 200⁴². La nueva directiva en protección del ambiente a través de derecho penal, adoptada en el 2008⁴³, tiene en cuenta el fallo del TJE en el caso de la contaminación procedente de embarcaciones y contiene en el artículo 5 sólo una obligación de proveer una protección de derecho penal en esta área, no llenando el tipo y el nivel de sanciones penales. De hecho la directiva sólo repite la fórmula del caso del maíz griego, pero aplicado a sanciones penales: Los Estados Miembros deben proveer sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas.

6. CONCLUSIONES INTERMEDIAS

Aunque el TJE reconoció en 1991 en el caso C-240/90⁴⁴ que la CE era competente para prescribir y armonizar la aplicación del derecho administrativo de políticas de la CE, aún incluyendo sanciones punitivas, no puede decirse que la CE haya hecho uso relevante de su

poder en los últimos 20 años. Por el contrario, de hecho: Es notable que, en muchas áreas del derecho comunitario ninguna iniciativa se haya tomado en esta dirección. Uno podría pensar en, por ejemplo, el derecho ambiental, derecho tributario, reglamentación de servicios financieros (banca y seguridades), reglamento de costumbres, etc. Es mi opinión que la Comisión ha mostrado una insuficiente iniciativa para dar cualquier forma sistemática o consistente a la armonización de la aplicación administrativa de políticas de la CE. La Comisión no ha hecho uso de su poder para perfilar una política de ejecución de la CE de donde podamos claramente concluir en qué área de la política la armonización de ejecución administrativa por los Estados Miembro sería necesitada. A menudo un enfoque ad hoc era aplicado por los Directivas Generales de la Comisión.

Los fallos del TJE de la competencia del derecho penal en el primer pilar eran decisiones históricas en la división de trabajo dentro de la organización institucional de la Unión Europea. Su importancia no fue limitada a temas de competencia, ya que tenían consecuencias para las interacciones con el orden legal de los Estados Miembros (método de la comunidad versus método del tercer pilar). Gracias a la reglamentación votaron por las primeras directivas con sustancia propia de derecho penal en la Unión Europea. Sin embargo, su impacto fue limitado ya que el tipo y el nivel de sanciones penales debían ser definidos en un segundo instrumento del tercer pilar. Es asombroso ver que ni los Estados Miembros ni la Comisión enviaron una propuesta del tercer pilar o una propuesta para una directi-

³⁹ Directiva 2009/123 sobre contaminación proveniente de embarcaciones y la introducción de penas por infracciones, OJ L 280/52, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:280:0052:0055:EN:PDF>

⁴⁰ COM(2007) 51 final.

⁴¹ Decisión Marco del Consejo 2003/80/JHA, OJ L 29/55, 09.02.2003.

⁴² Com(2001) 139 final.

⁴³ Directiva 2008/99 sobre la protección del ambiente a través del derecho penal, OJ L 328/28 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF>

⁴⁴ Caso C-240/90, Alemania vs. Consejo y Comisión, [1992] ECR I-5383.

va bajo el artículo 83 (2) del TFEU, llenando el tipo y nivel de sanciones penales en el campo ambiental. Tal como se tiene, hay menos armonización de ejecución del derecho penal del ambiente bajo la estructura real adoptada por la decisión marco, pues la última contenía obligaciones que van más allá con respecto a sanciones penales. El resultado es que la armonización en el ámbito del derecho penal está solamente dirigida a establecer mínimos elementos constitutivos en respeto a ciertas infracciones penales.

Concluyendo podemos decir que ni la Comisión ni los Estados Miembros han enviado propuestas legislativas basadas en una bien pensada aplicación y política de derecho penal de políticas armonizadas de la CE. El Consejo aceptó ya en sus Conclusiones de Tampere de 1999 que 'esfuerzos para acordar definiciones, incriminaciones y sanciones comunes deberían ser concentrados en primera instancia en un número limitado de sectores de una relevancia particular'⁴⁵, pero el programa Tampere⁴⁶ ha proporcionado claramente dirección insuficiente. Incluso en áreas de política de integración de gran alcance, tal como el mercado interno, la unión de costumbres o la unión monetaria, no había ninguna política de ejecución clara. Tanto en el Consejo como en la Comisión el enfoque ha sido de modo predominantemente ad hoc y ecléctico. Lo que es llamativo en este contexto es que la Comisión no ha enviado ninguna propuesta de la CE para la protección penal del Euro, lo que es después de todo política monetaria de la CE 'dura', y concuerda completamente con el Consejo en la elaboración de una decisión marco⁴⁷. Es también llamativo que, en algunas áreas de la política, la Comisión haya fracasado en desarrollar cualquier iniciativa para la armonización del derecho penal administra-

tivo o derecho penal o sólo lo ha hecho escasamente. En este contexto, uno podría pensar en reglamentaciones de seguridad y servicios financieros. Es cierto que la Directiva de Abuso del Mercado de 2003⁴⁸ obliga a los Estados Miembros a imponer las disposiciones de manera administrativa, pero no se ha prescrito ninguna sanción obligatoria. El artículo 14 (2) autoriza a la Comisión de crear una lista de medidas administrativas y sanciones, pero esta lista es meramente informativa.

La falta de cualquier política de derecho penal bien contemplada también es reflejada en las iniciativas para la armonización del derecho penal. Por qué, por ejemplo, la Comisión presiona para la armonización de protección del derecho ambiental y penal de los intereses financieros de la CE, pero fracasa al hacer lo mismo en el campo de competencias o pesquería o el financiamiento del terrorismo. ¿Por qué los Estados Miembros presionan para la armonización de derecho penal del terrorismo, xenofobia, la protección de víctimas de crímenes, pero no para la armonización de derecho penal de graves violaciones de reglas de seguridad alimentaria, infracciones de propiedad intelectual o la administración financiera de negocios?

7. LA POLÍTICA LEGISLATIVA CRIMINAL DEL CONSEJO EN LA VÍS-PERA DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Tanto los Estados Miembros como el Consejo sintieron la necesidad de racionalizar el contenido de su trabajo legislativo en el campo del derecho penal. Ya en 1992 el Consejo se muestra de acuerdo en el enfoque en cuanto a aproximación de las multas⁴⁹. El Consejo ela-

⁴⁵ Conclusión N° 48.

⁴⁶ Mas recientemente actualizado por COM(2004) 0401.

⁴⁷ Decisión Marco 2000/383, sobre el aumento de protección mediante sanciones penales y otras contra la falsificación en conexión con la introducción del Euro, OJ L 140/1, 2000.

⁴⁸ Directiva 2003/6, OJ L 96/16, 2003.

⁴⁹ Doc. 914/02 DROIPEN 33, <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1304.pdf>

bora un enfoque dual. En algunos casos, el Consejo establece que puede ser suficiente el estipular que los Estados Miembros proveerán que las infracciones a la ley concernidas sean punibles por multas efectivas, proporcionales y disuasivas y lo dejan a cada Estado Miembro para que determine el nivel y tipo de las multas. En otros casos, el Consejo acepta la necesidad de ir más allá y acuerda establecer un sistema de 4 niveles de multas a ser utilizado en la legislación:

Nivel 1: Penas de un máximo de al menos entre 1 y 3 años de prisión

Nivel 2: Penas de un máximo de al menos entre 2 y 5 años de prisión

Nivel 3: Penas de un máximo de al menos entre 5 y 10 años de prisión

Nivel 4: Penas de un máximo de al menos 10 años de prisión (casos dónde penas muy graves sean necesarias)

En la práctica la racionalización de la armonización del derecho penal a través de requisitos mínimos para que el nivel máximo de las penas a ser dispuesto por el derecho nacional en respeto de delitos especificados no haya sido muy exitoso e insuficiente para elaborar un enfoque común de ejecución del derecho penal en la legislación de la Unión Europea. Esto es ciertamente la razón por la que el Consejo adoptó en el 2009 conclusiones en disposiciones modelo⁵⁰, guiando las deliberaciones de derecho penal del Consejo. El Consejo apuntaba a las ventajas siguientes: a/ Directrices y disposiciones modelo facilitarían las gestiones dejando espacio para centrarse en la sustancia de las disposiciones específicas; b/ mayor coherencia facilitaría la transposición de disposiciones de la UE en el derecho nacional y c/ la interpretación legal sería facilitada cuando se redacte nueva legislación penal en concordancia con directrices acordadas que hayan sido construidas en elementos comunes. El propósito principal es sin embargo que las disposiciones modelo deberían guiar un futuro tra-

bajo del Consejo en iniciativas legislativas que puedan incluir disposiciones penales.

Las disposiciones modelo del Consejo integran la conclusión 2002 en penas. Por otra parte las disposiciones modelo hacen referencia explícitamente al Tratado de Lisboa: "Si la aproximación de derechos penales y reglamentos de los Estados Miembros se demuestra imprescindible para asegurar que la implementación efectiva de una política de la Unión en un área que ha estado sometida a medidas de armonización, como en virtud al Artículo 83 (2) del Tratado de Lisboa, debería seguir la práctica de establecer el nivel mínimo de pena máxima".

Las conclusiones en las disposiciones modelo de 2009 están tratando tanto con la necesidad de disposiciones penales como con la estructura de disposiciones criminales. Con respecto al test de necesidad las conclusiones insisten en que se debería introducir la ejecución del derecho penal sólo cuando sea considerado esencial para la protección del interés legal, y como una regla a ser usada solamente como un último recurso. Esta prueba doble (elemento necesario para la protección del interés legal y ultima ratio / ultimum remedium) es concretado aún más esté insistiendo en proporcionalidad y subsidiariedad. Disposiciones de derecho penal deben dirigir claramente definidas y delimitadas conductas (lex certa), que no pueden ser dirigidas efectivamente por medidas menos severas. Se aplican estos criterios en las disposiciones modelo a dos áreas:

- en las áreas de delito especialmente grave con una dimensión transfronteriza que resulta de la naturaleza o impacto de tales delitos o de una necesidad especial de combatirlos en una base común o
- si la aproximación de derechos penales y reglamentos de los Estados Miembros se demuestra imprescindible para asegurar la im-

⁵⁰ <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1156.pdf>

plementación efectiva de una política de la Unión en un área que ha estado sometida a medidas de armonización

Finalmente, al definir tal necesidad, una evaluación de impacto final debe tener en cuenta el valor añadido previsto de una disposición penal comparada con otras medidas de ejecución, la conducta dañosa grave y/o extendida y la conducta perjudicial frecuente, además el impacto en disposiciones penales existentes en la legislación de la UE y en diferentes sistemas legales con la UE. Es claro que estos criterios de evaluación de la necesidad de disposiciones penales contienen principios generales de derecho penal y temas de política penal y son dirigidas a las dos áreas sustantivas bajo el artículo 83 TFEU, los euro-delitos bajo el art. 83 (1) y la ejecución del derecho penal de políticas armonizadas de la UE (anexo-competencia) bajo el art. 83 (2).

La segunda parte de las disposiciones modelo están tratando con la estructura de disposiciones penales como tales. El esquema de la disposición modelo está mencionando los elementos constitutivos de los delitos, , elementos de la parte general (incitar/ayudar/instigar e intentar), penas, responsabilidad de personas jurídicas y penas contra personas jurídicas. Esto quiere decir que las disposiciones en jurisdicción o en asistencia legal mutua o reconocimiento mutuo, tratado dentro de las anteriores convenciones y decisiones marco de la UE, no han sido incluidas en las disposiciones modelo.

Con respecto a la definición del elemento material del delito se proponen los criterios siguientes: Lex certa, previsibilidad, comportamiento que causa daño real o amenaza grave al derecho o interés esencial a ser protegido. El peligro abstracto del derecho o interés protegido es sólo posible si es apropiado para la protección del interés o del derecho. Con respecto al elemento moral , como una regla general la legislación penal de la UE debería tratar solamente con comportamientos intencionalmente comprometidos. Sin embargo se

puede incluir negligencia cuando se apropie especialmente para la protección del interés o derecho. Se excluye explícitamente la responsabilidad estricta. Con respecto a incitar ayudar e instigar, las disposiciones modelo imponen la criminalización, siguiendo la criminalización del delito principal. Al tratar con intentos las reglas modelo son algo cautelosas. Ellas hacen referencia a un test de necesidad y proporcionalidad y a consideración de los regímenes diferentes bajo la ley nacional.

Cuando se trata de penas, las reglas modelo proveen dos regímenes (llamémoslos modelos A y B.) En algunos casos puede ser suficiente proveer sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasivas y dejar a cada Estado Miembro el determinar el nivel de las penas (modelo A). En otros casos puede haber una necesidad de ir más allá en la aproximación de los niveles de las penas (modelo B). En estos casos las conclusiones del Consejo de 2002 en penas se aplican. Es llamativo que las disposiciones bajo el modelo B no traten con el tipo de sanciones penales. Cuando la armonización del derecho penal bajo el art. 83 (2) está en juego, ciertamente no será suficiente limitar la armonización a la privación de libertad.

Finalmente las disposiciones modelo contienen disposiciones amplias en responsabilidad de personas jurídicas y penas contra personas jurídicas. Ellos introducen la obligación de asegurar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable por infracciones penales pero sin imponer un esquema de responsabilidad penal. La atribución de responsabilidad está basada en beneficio para la persona jurídica y atribución de la responsabilidad (ajena) de personas naturales para personas jurídicas. Una disposición específica está tratando con la responsabilidad por falta o supervisión o control, pero también en este caso debe haber beneficio para la persona jurídica. La responsabilidad de personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales. Se prescribe la responsabilidad de personas jurídicas para entidades que tienen personalidad jurídica, salvo estados o

cuerpos públicos en el ejercicio de autoridad estatal y para organizaciones públicas internacionales. Cuando se trata de penas contra personas jurídicas, las disposiciones modelo prescriben una lista de penas diferentes (como exclusión de beneficios públicos, liquidación judicial, colocación bajo supervisión judicial, multas). Sin embargo, estas penas de una naturaleza criminal o no deben conocer el estándar de penas efectivas, proporcionales y disuasivas. Es asombroso que las disposiciones modelo contengan disposiciones muy detalladas en responsabilidad de personas jurídicas, pero se atienen a la práctica bajo el Tratado de Maastricht y Ámsterdam y evitan la posibilidad de responsabilidad penal obligatoria en algunas áreas de derecho penal sustantivo

Aunque las disposiciones modelo del Consejo fueron adoptadas un día antes que el Tratado de Lisboa entrara en vigor (30 de noviembre de 2009) y apuntaban a guiar el trabajo futuro del Consejo en iniciativas legislativas que pueden incluir disposiciones penales, son más mucho más una sistematización del desempeño pasado, que un eventual documento de política penal. Ellos no toman en consideración los cambios sustantivos bajo el Tratado de Lisboa. El Tratado de Lisboa provee una organización legal nueva para la legislación penal con el propósito de prevenir y castigar el crimen en el área común de libertad, seguridad y justicia. No sólo la sustancia de armonización del derecho penal y las reglas aplicables han sido cambiadas por el Tratado de Lisboa, sino también el objetivo de armonización. El artículo 3 TEU declara ciertamente eso.

"La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un área de libertad, seguridad y justicia sin fronteras internas en las que la libre circulación de las personas esté asegurada en conjunción con medidas apropiadas con respecto a controles de borde externo, asilo, inmigración y la prevención y combate del crimen".

La prevención y el castigo del crimen se ha con-

vertido, comparada con el artículo 2 del Ámsterdam TEU, en un objetivo que está relacionado con derechos y deberes de los ciudadanos, relativo no sólo a la libre circulación de personas. Vista la redacción de artículo 82 TFEU, la armonización de derecho penal y proceso penal es también una herramienta necesaria para fortalecer la cooperación judicial en materias criminales basadas en reconocimiento mutuo y confianza mutua. Desde esta perspectiva las disposiciones modelo del Consejo no nos guían con relación al contenido de elecciones de política penales. ¿Qué intereses legales merecen protección penal y a qué extensión? Este es ciertamente el caso para el art. 83 (2) para el que no se había construido mucho acervo en el pasado, ni bajo el anterior tercer pilar ni bajo el primer pilar. Las directivas de protección del derecho penal en el campo ambiental son las excepciones a la regla.

A la luz del artículo 2 TFEU que declara eso, en caso de competencia compartida, los Estados Miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercitado su competencia, se vuelve más y más necesario saber para qué áreas y en qué medida la Unión Europea está dispuesta a llenar su competencia. Como un factor atenuante podríamos decir que el Consejo como tal no tiene ningún derecho de iniciativa legislativa y no está muy bien colocada como para elaborar políticas legislativas. Por otro lado, las disposiciones modelo del Consejo son un documento de política discutido a fondo y adoptado por los Estados Miembros en el Consejo y los Estados Miembros si tienen iniciativa legislativa.

8. ¿UNA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL BAJO EL TRATADO DE LISBOA?

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión Europea y particularmente el Directorado General (DG) Justicia, ha tomado una postura proactiva sobre el tema. En su sitio web⁵¹ DG Justicia explica detalladamente tres competencias específicas para el derecho

⁵¹ http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_en.htm

penal en el TFEU. Primero, la UE puede adoptar directivas que provean reglas mínimas en cuanto a la definición (elementos constitutivos y sanciones penales) de Euro-delitos bajo el artículo 83 (1). El artículo 83 (1) contiene una lista de particularmente 10 áreas serias de crimen con una dimensión transfronteriza. Incluyen terrorismo, tráfico de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de droga, tráfico ilícito de armas, lavado de dinero, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada. Segundo, la UE puede adoptar también directivas, bajo artículo 83 (2), disponiendo reglas mínimas en la definición de infracciones y sanciones penales si son esenciales para asegurar la efectividad de una armonizada política de la UE. Tercero, DG Justicia hace referencia al deber de proteger los intereses financieros de la UE, bajo los artículos 310 (6), 325, 85 y 86 TFEU, que podrían incluir, si es necesario por medio del derecho penal. Esto querría decir que el art. 325 TFEU podría ser usado como una base legal adecuada para la protección del derecho penal de los intereses financieros de la UE. Queda poco claro si la DG Justicia es de la opinión que esta competencia podría incluir también reglamentos que proveen disposiciones de derecho penal en lugar de directivas.

La Comisión publicó en septiembre de 2011 una Comunicación titulada "Hacia una Política Penal de la UE- asegurando la implementación efectiva de políticas de la UE a través del derecho penal"⁵², que trata específicamente con la competencia bajo el artículo 83 (2) TFEU. La Comisión tiene conciencia del hecho de que para lo que es llamado falta de una base legal explícita en este respeto anterior al Tratado de Lisboa, sólo muy pocas medidas han sido tomadas con el propósito de fortalecer la ejecución de políticas de la UE. En una primera parte la Comisión profundiza en ámbito de la legislación penal de la UE. La Comisión subraya que el artículo 83 (2) busca fortalecer la confianza mutua, asegurando la

ejecución efectiva y coherente y consistente en el derecho penal europeo mismo. El artículo 83 (2) no enumera infracciones específicas o áreas del crimen. Por esa razón la Comisión elabora esta comunicación como guía para las elecciones de políticas, usando o no el derecho penal como una herramienta de ejecución, también en relación a otras herramientas de ejecución como la administrativa. La Comisión también añade el artículo 235 (4) del TFEU, haciendo referencia a la protección de los intereses financieros de la UE:

"4. El Parlamento Europeo y el Consejo, actuando de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, después de consultar la Corte de Auditores, adoptarán las medidas necesarias en los campos de prevención y lucha contra fraude que afecta los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección efectiva y equivalente en los Estados Miembros y en todas las instituciones de la Unión, cuerpos, oficinas y agencias."

Sin embargo, la Comisión no está haciendo ninguna referencia explícita a directivas o reglamentos con una sustancia de derecho penal. Sin embargo, insertarlo bajo el ámbito de legislación criminal en este documento está siendo considerado como una posibilidad.

Segundo, la Comisión está tratando con la cuestión de qué principios deberían guiar la legislación del derecho penal de la UE. La comunicación hace referencia a principios generales como el de subsidiariedad y respeto por derechos fundamentales, refiriendo explícitamente a la Carta de Derechos Fundamentales y el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), pero no haciendo referencia al artículo 6 (3) TEU, y por ende no refiriéndose explícitamente a derechos fundamentales como queda garantizado por el TEDH y 'como ellos resultan forman las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros'. Me parece imposible elaborar una política criminal que no tenga en cuenta

⁵² COM(2011) 573 final http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf

las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros y subrayo “común”, pues ellas son una fuente directa para los principios generales de derecho de la UE bajo el artículo 6 (3) TEU. Tras la referencia a los principios generales, la Comisión sigue el enfoque de dos pasos de las disposiciones modelo del Consejo. El paso 1 es la decisión de adoptar o no medidas de derecho penal del todo (último recurso-ultima ratio/ ultimum remedium). El test de necesidad y proporcionalidad propuesto está escrito de una forma negativa (restringe a menos que necesario y proporcional) sin tomar en cuenta que pueden ser obligaciones positivas bajo derechos fundamentales a investigar, procesan y castigan, también bajo artículo 83 (2). El paso 2 está tratando con los principios que guían la decisión de qué tipo de medidas de derecho penal se debe adoptar. El texto hace referencia al concepto de “reglas mínimas” y excluye la armonización completa pero subraya al mismo tiempo la necesidad de certeza legal. Los requisitos para la seguridad jurídica, sin embargo, no son los mismos que para la legislación nacional, ya que la directiva debe ser aplicada en el derecho nacional y no puede crear o agravar la responsabilidad penal como tal. Es sorprendente que la Comisión no esté profundizando en el concepto de reglas mínimas, ya que esta formulación ya se utilizaba en el Tratado de Amsterdam. Estas reglas mínimas están relacionadas con los objetivos de Tratado, incluyendo protección equivalente y disposiciones comunes a la hora de tratar con crimen transfronterizo o ejecución de políticas de la UE. Esto quiere decir que el concepto de reglas mínimas es funcional a los objetivos del Tratado y no un criterio autónomo. En cuanto a las sanciones la Comisión hace referencia tanto al tipo de sanciones como al nivel de sanciones (teniendo en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes) que deberían ser implementadas en la ley nacional. La elección de sanciones debe ser eviden-

cia conducida y enviada al test de necesidad y proporcionalidad. Interesante es que la Comisión insista en adaptar las sanciones al crimen, el cual tiene consecuencias para la elección de tipo de sanciones y consecuencias para la elección de responsabilidad penal para personas jurídicas. Así queda claro que la Comisión no excluye la responsabilidad penal de personas jurídicas y sanciones penales para personas jurídicas de la competencia bajo el artículo 83 (2) TFEU. Finalmente, las reglas mínimas pueden incluir también disposiciones en jurisdicción, además de otros aspectos que sean considerados parte esencial para la ejecución efectiva de la disposición legal.

Tercero, la Comisión está tratando con la elección de áreas de política donde el derecho penal de la UE podría ser necesitado. Los criterios son falta de ejecución efectiva o diferencias significativas entre Estados Miembros que llevan a ejecución inconsistente de reglas de la UE. Aún en ese caso la Comisión deberá evaluar caso por caso los problemas de ejecución específicos y la elección para la ejecución administrativa y/o penal. Sin embargo, la Comisión ya está indicando en esta Comunicación ámbitos de prioridad para la armonización de derecho penal bajo artículo 83 (2). Están mencionadas tres áreas seleccionadas:

- El sector financiero, por ejemplo con respecto a abuso de mercado y transacciones con información privilegiada.⁵³
- La lucha contra el fraude que afecta el interés financiero de la Unión Europea.
- La protección del euro contra la falsificación

La Comisión menciona además un conjunto de áreas (no es una lista exclusiva) en el que la ejecución del derecho penal podría desempeñar un rol:

- Economía ilegal y la criminalidad financiera

⁵³ Ver ‘Communication on reinforcing sanctioning regimes in the financial sector’, COM (2010) 716 final de fecha 08.12. 2010.

- Transporte terrestre.⁵⁴
- Protección de Datos.⁵⁵
- Derecho aduanero.
- Protección ambiental.
- Política pesquera.
- Políticas vinculadas al mercado interior (falsificación, corrupción, contratación pública).

La evaluación debe tener en cuenta un conjunto entero de factores, incluyendo la seriedad y carácter de la abertura y la eficiencia del sistema de ejecución. La elección para la ejecución administrativa y/o la ejecución penal es parte de esta evaluación. La lista de temas no es exclusiva pero es algo sorprendente que la falsificación y la piratería de productos, seguridad de alimentos y piensos y la corrupción no están en la lista prioritaria de las áreas ya elegidas. Ya hay acervo de derecho penal para la corrupción⁵⁶. La Comisión ya había enviado en 1995 una propuesta para una directiva en medidas penales destinada a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectual y una propuesta para una decisión marco que fortaleciera la estructura del derecho penal para que combatiera las infracciones de propiedad intelectual⁵⁷. La Comisión ya había tratado en el 2003⁵⁸, en vano, de adoptar un reglamento que contenía obligaciones de ejecución de derecho penal en el área de alimentos y piensos.

Mientras se escribe este artículo, el Comité sobre Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Interiores del PE (Parlamento Europeo) está trabajando en un "Informe de un enfoque de

la UE en el derecho penal". El ponente Cornelis de Jong publicó un proyecto de informe en febrero de 2012⁵⁹, tras escuchar sobre el tema en diciembre de 2011. El resultado final debería ser una resolución del PE sobre el tema. El proyecto de informe contiene una exposición de motivos y el proyecto de una resolución del PE. En tanto que el contenido relacionado al proyecto de resolución une los test de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad con los principios generales del derecho penal (*lex certa*, *nulla poena sine culpa*, *lex mitior*, etc.) y corresponde completamente a la Comunicación de la Comisión de 2011. El proyecto de resolución no contiene ninguna referencia respecto a la elección de áreas de política que deberían tener protección penal. Más interesante es el enfoque procesal. La resolución exige un acuerdo interinstitucional en los principios y métodos de trabajo que rigen propuestas para disposiciones de derecho penal sustantivo futuras e invita la Comisión y el Consejo a establecer un grupo de trabajo interinstitucional en el que estas instituciones y el Parlamento puedan redactar tal acuerdo y discutir materias generales con el objetivo de asegurar la coherencia en el derecho penal de la UE. Tal y como está hay un Grupo de Trabajo del Consejo en derecho penal sustantivo (DROIPEN, en inglés) y un nuevo grupo de coordinación entre los distintos servicios en derecho penal en la Comisión. Además la Comisión ha decidido en febrero de 2012 instalar un grupo experto formal en el grupo de políticas penales de la UE⁶⁰. En el PE no hay estructura formal del todo.

⁵⁴ Ver el Documento de Trabajo de la Comisión SEC (2011) 391 de fecha 28.03. 2011, acompañando el Libro Blanco. 'Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system', COM (2011) 144 de fecha 28.03.2011.

⁵⁵ Ver la comunicación 'A comprehensive approach on personal data protection in the European Union', COM (2010) 609 de fecha 04.11.2010.

⁵⁶ [Decisión Marco 2003/568/JHA sobre combatir la corrupción en el sector privado.

⁵⁷ COM (2005) 276 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf

⁵⁸ COM (2003) 52 final.

⁵⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONGML%2BCOMPARL%2BPE-454.679%2B02%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FEN>

⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:053:0009:0010:EN:PDF>

9. ARMONIZACIÓN CRIMINAL EN LA PRÁCTICA BAJO EL TRATADO DE LISBOA

La directiva del 2011/36 sobre la prevención y lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas⁶¹ es la primera directiva que ha sido adoptada bajo el artículo 83 (1). Contiene el contenido clásico como previsto bajo las disposiciones modelo del Consejo e incluye armonización específica de tipo y nivel de sanciones (modelo B de las disposiciones modelo del Consejo), pero va también más allá de eso, ya que trata con aspectos de jurisdicción, embargo y confiscación y algunos aspectos relacionados con investigación y procesamiento y desde luego muchos aspectos de protección de víctima y sus derechos. La directiva del 2011/92⁶² al combatir el abuso sexual, explotación sexual de niños y pornografía de niños sigue completamente el mismo patrón. Mientras tanto el Consejo acordó también un consenso⁶³ en una propuesta para una directiva en ataques contra sistemas de información, reemplazando la decisión marco 2005/222/JHA. También en esta directiva se ha optado por la armonización de tipo y nivel de las sanciones penales (el modelo B). Sin embargo, estas directivas no siempre siguen los niveles de cuatro tipos de armonización de penas privativas de libertad como fueron elaboradas en el acuerdo de 1992 sobre sanciones penales, como fue incorporado a las disposiciones modelo del Consejo. La influencia del PE como co-legislador ha resultado, a través de enmiendas para represión más severa, en otros niveles de sanción.

La primera iniciativa bajo el artículo 83 (2) es en efecto en una de las tres áreas ya elegidas en la Comunicación de septiembre de 2011, a saber en el sector financiero y en sanciones criminales para operaciones con información

privilegiada y abuso de mercado. La Comisión utiliza los criterios de política de la Comunicación de septiembre de 2011 para su evaluación e incluso ha producido en 2010 una comunicación sobre "Reforzando regímenes sancionadores en el sector de servicio financiero"⁶⁴ basado en una investigación comparativa por los tres Comités Supervisores (Comité de Supervisores de la Banca Europea, Comité de Seguros Europeo, Supervisores de Pensiones de Jubilación y Comité de Reguladores de Seguridad Europeo) en la equivalencia de los regímenes sancionadores en el sector financiero en los Estados Miembros. La revisión de la Comisión en cooperación con los Comités de los Supervisores explica detalladamente divergencias y debilidades sustanciales en los regímenes sancionadores nacionales.

- Algunas autoridades competentes no tienen a su disposición tipos importantes de poderes sancionadores para ciertas violaciones.
- Los niveles de sanciones pecuniarias administrativas varían ampliamente a través de los Estados Miembros y son demasiado bajos en algunos de éstos
- Algunas autoridades competentes no pueden dirigir sanciones administrativas a personas tanto naturales como legales
- Las autoridades competentes no tienen en cuenta los mismos criterios en la ejecución de sanciones
- La divergencia existe en la naturaleza (administrativa o criminal) de las sanciones mantenidas en la legislación nacional
- El nivel de ejecución de sanciones varía a través de los Estados Miembros

Como una consecuencia, la Comisión considera que se debería poner un estándar común mínimo y que este estándar común mínimo podría incluir sanciones criminales para las violaciones más serias. La propuesta de direc-

⁶¹ Directiva 2011/36 de fecha 5 de Abril de 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF>

⁶² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:EN:PDF>

⁶³ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st11/st11566.en11.pdf>

⁶⁴ COM (2010) 716 final.

tiva sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado⁶⁵ sometida en octubre de 2011, es parte de un paquete de texto doble legislativo que incluye también una proposición para una regulación respecto a información privilegiada y (abuso de mercado⁶⁶. De hecho la regulación propuesta basada en artículo 114 TFEU y destinada a reemplazar la directiva 2003/6/EC⁶⁷, es la organización reguladora básica. La regulación de la propuesta contiene todas las definiciones, obligaciones y prohibiciones y regula también el régimen de ejecución administrativo aplicable incluyendo sanciones administrativas de un carácter no punitivo y punitivo. Esto quiere decir que la regulación propuesta contiene disposiciones muy detalladas en la definición del comportamiento ilícito y en las sanciones administrativas aplicables, incluyendo el tipo y nivel de sanciones (similar para que cite como ejemplo retirada de la autorización o sanciones pecuniarias para personas jurídicas hasta 10% de su facturación anual total en el año de negocio precedente)⁶⁸. La directiva propuesta es el resultado de la evaluación de la Comisión en la necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad de ejecución de derecho penal en el sector financiero. La Comisión llegó a un resultado positivo en lo que las infracciones serias de abuso de mercado conciernen. La directiva propuesta es sorprendente desde ángulos diferentes. Aunque la reglamentación propuesta y la directiva propuesta sean un paquete regulador y contengan realmente algunas referencias, la directiva propuesta hace referencia solamente a las definiciones de instrumentos financieros e información interna en la reglamentación propuesta, pero reformula la definición de operaciones con información privilegiada y manipulación de mercado. Es-

tas definiciones en la directiva propuestas y reglamentaciones no son formadas de la misma manera; las que están en la directiva propuesta se escriben en un estilo más preciso y no contienen explicaciones adicionales y detalles. Segundo, vista la evaluación de la necesidad de armonización de derecho penal para asegurar la ejecución efectiva de política de Unión contra el abuso de mercado, es también sorprendente que la directiva propuesta esté eligiendo lo que nosotros hemos llamado modelo A de las disposiciones modelo del Consejo, esto quiere decir que hay suficiente en esta área para proveer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas y dejar a cada Estado Miembro el determinar el tipo y nivel de las penas. Este tipo de armonización de derecho penal fue ya posible bajo el primer pilar del Tratado de Amsterdam, incluso tras el régimen esto me lleva al tercer punto. No se discute la elección de artículo 83 (2) como base legal. No hay ninguna consideración con relación a si el artículo 83 (2) es más apropiado que una base legal enlazada al área de política sustancial (servicios financieros). La consecuencia de la elección del artículo 83 (2) es al menos que Dinamarca no esté participando en la adopción de esta Directiva⁶⁹ y que el Reino Unido e Irlanda tiene una elección pero ninguna obligación de hacerse parte de y obligado por la directiva⁷⁰. En otras palabras, es posible bajo el artículo 83 (2) que las obligaciones de ejecución penales que se consideraron en línea de proporcionalidad y subsidiariedad y consideradas necesarias para la ejecución efectiva de una política de la UE armonizada, no estén obligando a tres países de la Unión Europea, incluido el país de la Unión Europea con el mayor centro de servicios financieros. En este sentido la propuesta es más un retroceso que un avance.

⁶⁵ COM (2011) 654 final, 20.10.2011.

⁶⁶ COM (2011) 651 final, 20.10.2011.

⁶⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0016:EN:PDF>

⁶⁸ Artículo 26 de la propuesta.

⁶⁹ En concordancia con los artículos 1 y 2 del Protocolo no. 22.

⁷⁰ En concordancia con los artículos 1, 2, 3 y 4 del Protocolo 21.

La segunda área de prioridad bajo el artículo 83 (2) concierne a la protección del interés financiero de la UE. El acervo en este campo data del Tratado de Maastricht, siendo el reglamento de 1995 sobre ejecución administrativa (punitiva)⁷¹ y la Convención de 1995 y dos protocolos⁷² sobre aplicación penal. La Comisión envió ya en 2001 una propuesta para una directiva en la protección penal del interés financiero de Comunidad⁷³, pero la propuesta no se discutió nunca a fondo en el Consejo. La nueva propuesta de directiva concierne no sólo la "Lisbonización" del acervo de Maastricht, sino también algunos puntos nuevos sustanciales como la aplicación de su ámbito material de los delitos sustantivos, redefinición de criterios de jurisdicción y la responsabilidad penal de personas jurídicas. Queda claro a la luz del acervo, que esta propuesta será una modelo B para la armonización de sanciones, incluyendo armonización de tipo y nivel de las sanciones obligatorias. Al momento de escribir este artículo, la Comisión estaba, sobre la base de evaluación de impacto, elaborando un proyecto de propuesta. Los puntos de discusión son, por supuesto, la responsabilidad penal de personas jurídicas, pero también la base legal a ser usada. El artículo 235 (4) TFEU contiene una base legal para medidas necesarias con una visión de permitir protección efectiva y equivalente en los Estados Miembros y en la Unión Europea. La ventaja de esta opción es que la propuesta podría ser también una reglamentación y que estaría obligando a todos los Estados Miembros incluyendo Dinamarca, Irlanda

y el Reino Unido. Se espera la propuesta formal durante julio de 2012.

En lo que respecta a la tercer área prioritaria, la protección penal de la falsificación de la moneda única, el archivo se refiere a la "Lisbonización" de la Decisión marco de 2000 sobre la creciente protección por sanciones penales y otras contra falsificación en conexión con la introducción del euro⁷⁴. Por el momento, no hay ninguna iniciativa legislativa en trámite.

Con respecto a las otras áreas por las cuales la Comisión todavía debe decidirse respecto a en qué extensión la armonización de la ejecución penal es necesaria (como política de costumbres, economía ilegal y criminalidad financiera, protección de datos, etc.), tampoco hay propuestas legislativas en el conducto. La Comisión ha publicado una comunicación sobre "Un Único Mercado para derechos de propiedad intelectuales. Impulsando la creatividad e innovación para proporcionar crecimiento económico, trabajos de alta calidad y productos y servicios de primera clase en Europa"⁷⁵, tratando también con la lucha contra falsificación y piratería. Sin embargo, hasta ahora no hay ninguna propuesta legislativa en el conducto, aunque la Comisión presentara en 1995 una proposición para una directiva en medidas criminales destinadas a asegurar la ejecución de derechos de propiedad intelectuales y una propuesta para que se adopte una decisión marco para fortalecer la organización del derecho penal y se combata infracciones de propiedad intelectual⁷⁶. Con respecto a la corrupción, la Comisión ha publicado una co-

⁷¹ Reglamento 2988/95 sobre la protección del interés financiero de la CE, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995R2988:EN:HTML>.

⁷² Convención sobre la protección del interés financiero de las comunidades Europeas de fecha 26 de julio de 1995, OJ C 316, 27.11.1995; Primer Protocolo de fecha 27 de setiembre de 1996 para la Convención, OJ C 313, 23.10.1996 y Segundo Protocolo para la Convención, OJ C 221, 19.07.1997.

⁷³ COM(2001) 272 final.

⁷⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_counterfeiting/l33090_en.htm

⁷⁵ COM(2011) 287 final, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf.

⁷⁶ COM (2005) 276 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf.

municación sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea⁷⁷. En algunas de las áreas de la política, se mencionada que la Comisión ha ofrecido un estudio, sobre sanciones en el campo de transporte en carretera comercial.

10. CONCLUSIÓN

El impacto del proceso de integración europeo en el derecho penal ha sido muy sustancial.

El déficit de la ejecución de políticas de Unión Europea, tanto en la ley como en la práctica, ha producido obligaciones de ejecución en la Unión Europea que incluyen obligaciones punitivas de derecho administrativo y penales con el propósito de conseguir la aplicación efectiva de las políticas de la UE en los Estados Miembros. Desde la entrada en vigencia del Tratado de Ámsterdam y la creación de un área de libertad, seguridad y justicia, se han armonizado áreas sustantivas de grave crimen (los llamados crímenes del euro, como crimen organizado, terrorismo, tráfico de seres humanos, cibercrimen, etc.), con el objetivo de fortalecer la cooperación judicial en materias criminales basadas en reconocimiento mutuo y confianza mutua. El propósito total de ambos enfoques es impedir y castigar el crimen en el área de libertad, justicia y seguridad.

Viendo la aptitud compartida⁷⁸ en el campo del derecho penal, basado en soberanía compartida y objetivos comunes entre los Estados Miembros y la Unión Europea, es lógico que tanto la Unión Europea como los Estados Miembro elaboren políticas penales, también en el área derecho penal europeo. Pero la competencia compartida también quiere decir que las políticas criminales tanto europeas como nacionales deben y debieron tener una dimensión doble, una europea y una nacional. De hecho, la política criminal europea debe tomar en cuenta tradiciones comunes en los Estados

Miembros y las políticas penales nacionales deben tener en cuenta la dimensión europea de su ejecución de derecho penal nacional. La prevención y el castigo del abuso de mercado, la comercialización de materiales de comida peligrosos o de tráfico de seres humanos, solo por dar algunos ejemplos, pueden ser conseguidos únicamente a través de la integración de las políticas penales nacionales y de la Unión Europea.

Esto incluye que la política penal de la UE y las políticas penales nacionales deberían establecer los objetivos, teniendo en cuenta los objetivos del tratado de la Unión Europea. ¿Qué se necesita para ofrecer a los ciudadanos de la Unión Europea un área de libertad, seguridad y justicia en la que se asegure la libertad de circulación de las personas en conjunción con la prevención y lucha contra el crimen? ¿Está claro que no debemos abordar la delincuencia transfronteriza, sino que se tiene que lidiar también con la ejecución penal de las políticas de la Unión, si resulta necesario? ¿Qué tipo de intereses legales necesita y se merece la protección del derecho penal? Creo que todavía podemos hacer una diferencia entre:

- Interés legal propio de la Unión Europea (falsificación de la moneda única, protección de los intereses financieros de la Unión Europea, corrupción de funcionarios de la Unión Europea).
- Intereses legales comunes en el área de libertad, seguridad y justicia (euro-crímenes - artículo 83 (1) TFEU).
- Interés legal vinculado a las políticas de armonización de la Unión Europea (competencia anexo- artículo 83 (2) TFEU).

Tanto la Unión Europea como los documentos de políticas penales nacionales deberían tratar con estas tres dimensiones.

⁷⁷ COM(2011) 308 final [http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12\[1\].pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/308/1_EN_ACT_part1_v12[1].pdf)

⁷⁸ Artículo 2 del Tratado constitutivo de la Unión Europea.

La política penal debe estar basada en principios, combinando los tests de necesidad (ultima ratio), subsidiariedad y proporcionalidad y principios generales del derecho penal. Pero eso es solamente una parte de la historia. La política penal es desde luego también sobre política, esto quiere decir que se deben hacer elecciones políticas sobre los intereses que merecen y necesitan protección del derecho penal. Esta protección de derecho penal debe ser definida en relación con otros regímenes de ejecución, especialmente la ejecución administrativa punitiva. La política criminal incluye también la elaboración de instrumentos de ejecución integrada de políticas comunitarias, incluyendo prevención, ejecución administrativa y ejecución penal. A la luz del artículo 2 TFEU que declara eso, en caso de que exista competencia compartida, los Estados Miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no tenga ejercitada su competencia, por ello se vuelve necesario saber para qué áreas y en qué medida la Unión Europea está dispuesta a llenar su competencia. Las reglas mínimas que conciernen a la definición de infracciones y sanciones penales, como está definida en el artículo 83. Una vez que la Unión Europea haya utilizado su competencia, será imposible despenalizarla a nivel nacional o incluso cambiar sustancialmente los elementos constitutivos de las infracciones o de las penas o de sobrecriminalizarla. Por otra parte, se puede ver de las nuevas directivas basadas en artículo 83 (1) TFEU que las reglas mínimas con respecto a la definición de infracciones y sanciones penales incluyen aspectos también relacionados de jurisdicción, cooperación judicial en materia penal, protección de víctima, etc. Desde esta perspectiva de estándares equivalentes comunes en el área de libertad, seguridad y justicia se vuelve menos evidente que los Estados Miembro puedan reclamar que esta armonización debería dejar intacto un cierto número de principios o garantías que algunos de los Estados Miembros consideraron ser esenciales para su propio derecho penal (procesal). Las banderas rojas a la armonización funcional eran tradicionalmente: discreción fiscal, responsabilidad cri-

iminal de personas jurídicas, penas mínimas, discreción del sentenciado. Se puede utilizar el freno de emergencia bajo artículo 83 TFEU para este propósito, pero este instrumento es mejor procesalmente en ultima ratio política. Finalmente la política penal no se limita a legislación del derecho penal, sino debería dirigir también la implementación y aplicación en los Estados Miembros (en los libros y en la práctica). Esto quiere decir que también la administración de justicia en el sentido amplio (de autoridades policiales hasta tribunales penales) en el Estado Miembro debe estar dirigida desde una perspectiva de ejecución efectiva con el propósito de llevar a cabo los objetivos comunes europeos.

La prevención y el castigo del crimen se han convertido en un objetivo que está relacionado a derechos y obligaciones de ciudadanos en el área de libertad, seguridad y justicia (artículo 3 TEU). Habiendo visto el artículo 82 TFEU, armonización de derecho penal y procesal penal es también una herramienta necesaria para fortalecer la cooperación judicial en asuntos penales basadas en reconocimiento y confianza mutua. Desde esta perspectiva ni las disposiciones modelo del Consejo, ni el proyecto de resolución del PE nos guían en relación al contenido de las elecciones de política penales. ¿Qué intereses legales merecen protección penal y en qué medida? Este es ciertamente el caso del art. 83 (2) para el cual nulo o muy poco acervo había sido reunido en el pasado, ni bajo el anterior tercer pilar ni bajo el primer pilar. La Comunicación de la Comisión de 2011 va un paso más adelante y trata con las elecciones de política. Esto es claramente de valor agregado, pero permanece poco claro en qué base y por qué criterios las áreas de política han sido o podrían ser seleccionadas para la protección del derecho penal. Una vez ha sido decidido que un área de política necesita protección de derecho penal. También es poco claro cuál es la sustancia que debería extraerse de esto. ¿Es limitado a derecho penal sustantivo o debería incluir también aspectos relativos de procedimiento penal? ¿Es limitado a imponer sanciones pe-

nales efectivas, proporcionales y disuasivas (un modelo) o incluye armonización de tipo y nivel de sanciones (modelo B)? El papel verde en la aproximación, reconocimiento mutuo y la ejecución de sanciones penales en la Unión Europea⁷⁹ nos ofrece en los anexos un inventario interesante y una comparación de la legislación de los Estados Miembros pero lamentablemente no incluye sanciones específicas como multas financieras; inhabilitaciones; confiscaciones; inhabilitación de licencias, cierre temporal de actividades.

Esto quiere decir que las sanciones específicas para la ejecución de políticas de la Unión Europea, tan importante en el área bajo el art. 83 (2) han sido dejadas fuera del inventario y la comparación.

Aunque la Unión europea esté definitivamente en búsqueda de una política de derecho penal para la ejecución de políticas de la Unión Europea, está haciéndolo sin ninguna coherencia interinstitucional. Por otra parte la Unión Europea tiene dificultad para tomar decisiones coherentes en cuanto a si la protección del derecho penal es necesaria y si es así cuál debería ser la sustancia de eso. El programa de Estocolmo nos da poca o ninguna orientación en relación con artículo 83 (2). La lista sustancial de temas en la Comunicación de la Comisión de 2011 es bastante diferente de la lista de políticas de Unión Europea que se eligió en el estudio de Klaus Tiedemann sobre derecho penal económico en la Unión Europea⁸⁰. En ese estudio la selección fue: Política de trabajo de la UE, política de asuntos alimenticios de la UE, política de competencia de la UE, política ambiental de la UE, política

de la UE sobre entidades corporativas e insolvencia, política de servicios financieros de la UE, política de derechos intelectuales de la UE (especialmente patentes), política de la UE sobre embargos comerciales.

Por el momento, los Estados Miembros, tienen derecho de iniciativa bajo el artículo 83 (2), lo cual no es de mucha ayuda. Ellos no presentan propuestas y no tienen opiniones de políticas penales elaboradas sobre el artículo 83 (2) del todo. Esto quiere decir además que ellos tampoco dan ninguna orientación en la materia a sus parlamentos nacionales. Una excepción a la regla es un aviso reciente⁸¹ del Ministro holandés de Justicia y Seguridad a la Cámara de Diputados, en el que explica la posición y política de su Departamento en relación con el derecho penal europeo bajo el Tratado de Lisboa. En su aviso él repite los tests de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad que han sido mencionados y añade un test de consecuencias financieras y exigibilidad. Sin embargo, cuando se trata de elecciones sustantivas en relación con el artículo 83 (2) es muy corto: Evaluaré las propuestas teniendo en cuenta que la ejecución administrativa podría ser una herramienta excelente para algunas políticas. En otras palabras, tampoco él está presentando una lista de políticas armonizadas de la UE que necesitan estándares equivalentes de protección de derecho penal para ofrecer a los ciudadanos un área de libertad, seguridad y justicia en conjunción con prevención y castigo del crimen.

La Unión Europea está segura sobre su competencia, pero aún no sabe cuándo y cómo lidiar con eso: *certus an, incertus quando*.

⁷⁹ COM(2004)334 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0334en01.pdf

⁸⁰ K. Tiedemann (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Carl Heymans Verlag, 2002.

⁸¹ <http://lecanec.com/design/eppodesign/pdf/kst-32317-801.pdf>

