
Posibilidades y límites de la armonización del Derecho Penal nacional tras Comisión v. Consejo

(comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)

Adán Nieto Martín

Instituto de derecho penal europeo e internacional.
Universidad de Castilla-La Mancha

I

En el desarrollo de lo que ya se puede llamar sistema europeo de derecho penal¹ han existido dos grandes hitos. En el «primer pilar» lo fue sin duda la conocida sentencia del maíz griego², cuya importancia, más que en la doctrina que se establecía, radicó en su alto valor político, en cuanto que marcó una nueva fase en lo que concierne a la preocupación de la Unión Europea por el derecho penal. La obra legislativa concerniente a la protección de los intereses financieros³ o Proyectos como el *Corpus Iuris*⁴ o el Ministerio Fiscal Europeo⁵ probablemente no hubiesen sido posibles sin el im-

¹ Vid. las reflexiones de conjunto realizadas por GÓMEZ JARA DÍEZ, Constitución europea y Derecho penal: Hacia un Derecho penal Europeo, en S. BACIGALUPO/CANCIO MELLÁ (coords.), Derecho penal y política transnacional, Atelier, Barcelona, 2005, pg. 153 y ss.; NIETO MARTÍN, Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica, Estudios de Derecho Judicial, núm. 61, 2004, pgs. 15 y ss.

² STJCE, asunto Comisión de las Comunidades c. República Helénica (C-68/88), de 21-9-1989.

³ Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas (DOCE C 316, de 27-11-1995), Primer protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOCE c 313, de 23-10-1996); Segundo protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea al Convenio relativo a la protección de los Intereses Financieros (DOCE C 221, de 19-7-1997).

⁴ Vid. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (estudio preliminar Enrique BACIGALUPO), Colex, Madrid, 1998.

⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un fiscal europeo, Bruselas, 2001.

pulso que supuso el caso del maíz. Algo similar supuso en los dominios del tercer pilar el Consejo de Tampere, donde se diseñó un ambicioso programa de acción legislativa que aún hoy no se ha ejecutado totalmente⁶.

El caso que ahora se comenta, la sentencia *Comisión c. Consejo*, está seguramente llamado a tener una importancia similar y bien puede marcar el inicio de un nuevo período en la conformación del derecho penal europeo, caracterizado por una armonización del derecho penal nacional más incisiva y más extensa que la hasta ahora existente. A estos efectos conviene adelantar que *Comisión c. Consejo* trae consigo dos grandes novedades: de un lado, avanza uno de los aspectos probablemente más importantes del Tratado de Constitución Europea, el art. III-271.2 en el que se establecía expresamente la existencia de una competencia aneja con el fin de que fuera posible «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal» cuando fuera imprescindible «para garantizar una política común de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización»; de otro, a la par que reconoce esta amplia competencia, la sitúa en el derecho comunitario, en el primer pilar, que recobra así un papel, que en lo concerniente a la armonización del derecho penal nacional, había perdido tras la aparición del tercer pilar. De esto modo, y ello conlleva también una clara lectura constitucional, define el campo de actuación de cada uno de los pilares, aclarando una cuestión que había venido creando notables tensiones entre las instituciones comunitarias, y, lo que es más importante, una nada recomendable complejidad al abordar cualquier proyecto de armonización.

De la importancia de la sentencia da buena prueba la entusiasta reacción de la Comisión, quien en su comunicación al Parlamento y al Consejo «relativa a las consecuencias de la sentencia del TJCE de 13.9.05»⁷ señala que hará uso del poder de proposición que le otorga la nueva doctrina jurisprudencia no solamente para trasladar al primer pilar los contenidos de todas aquellas decisiones marcos que podían haber sido establecidos mediante directivas, sino además para introducir en este cambio las modificaciones de fondo que sean necesarias en atención al interés de la Comunidad. Por lo pronto con base en esta doctrina ya ha presentado un recurso de nulidad contra la Decisión marco 2005/667 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques⁸.

Esbozada la importancia de la sentencia, expondré a continuación su contenido (II), señalando sus precedentes y los avances que plantea en relación a la situación anterior (III); seguidamente me ocuparé brevemente de los problemas que suscita la armonización del derecho penal nacional y que es

⁶ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DOCE C 12, de 15-1-2001).

⁷ Comisión des Communautés Européenes, Communication de la comisión au Parlement Européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la tour du 13.9.05, Bruxelles, le 23.11.2005, COM (2005) 583 final.

⁸ DOCE L 255, de 20-9-2005.

necesario resolver con urgencia si es que la Comisión, con el impulso político que le proporciona la sentencia, piensa iniciar un amplio programa de armonización del derecho penal (IV).

II

La sentencia que ahora comentamos tiene su origen en el recurso de nulidad planteado por la Comisión Europea ante el TJCE frente a la Decisión marco del Consejo 2003/80/JAI relativa a la protección penal del medio ambiente⁹. La aprobación de este texto estuvo marcada por una notable controversia institucional. La Comisión presentó en el 2001 una Propuesta de Directiva, basada en el art. 175 del Tratado relativa a la protección penal del medio ambiente, en la que se preveían expresamente la obligación de los Estados miembros de establecer sanciones, que habrían de ser penales en los casos más graves, para la violación de las disposiciones comunitarias en materia de medio ambiente¹⁰. El Consejo rechazó esta propuesta, alegando la inexistencia de competencias para proceder a la armonización del derecho penal, y aprobó la Decisión marco objeto de recurso. Ésta como es habitual se compone de tres grandes bloques normativos. En el primero se determinan las conductas prohibidas (art. 1-4); en el segundo las sanciones (art. 4-7) y el tercero comprende normas de derecho penal internacional que fijan el marco de competencia de cada Estado y establecen determinados aspectos relativos a la cooperación penal internacional (arts. 8-9).

De estos tres bloques normativos, a los efectos que aquí interesan, son de interés los dos primeros. En efecto, la descripción de las conductas típicas que realiza la Decisión marco es radicalmente distinta a la realizada por el Proyecto de directiva. En este último texto los comportamientos típicos se definían de forma absolutamente accesoria a la reglamentación medioambiental comunitaria, en el sentido de que el contenido del injusto era la realización de una determinada conducta (v. gr. el vertido de hidrocarburos) en violación de una normativa comunitaria. Por el contrario las incriminaciones que establece la Decisión marco, siguiendo muy de cerca el Convenio del Consejo de Europa en materia de medio ambiente, aunque constituyen tipos penales en blanco, centran su contenido de injusto en la existencia de una lesión o peligro para el medio ambiente o la salud de las personas. Es también importante el conjunto de preceptos que la Decisión marco destina a establecer las sanciones, que en líneas generales coincide con el del Proyecto de Directiva. En él se establece la naturaleza expresamente penal de las sanciones a imponer a las personas naturales, obligando a los Estados a que necesariamente castiguen con «penas privativas de libertad que den lugar a extradición» (esto es, penas superiores al año) los casos más graves. En el caso de las personas jurídicas, aunque se deja en manos

⁹ DOCE L 29, de 27-1-2003.

¹⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del consejo relativa a la protección del medio ambiente por el derecho penal, Bruselas, 13.3.2001 (COM) 139 final.

de los Estados la determinación de la naturaleza jurídica, se determinan expresamente el tipo de sanción: la multa. Además de establecer estas sanciones obligatorias, la Decisión marco recomienda a los Estados miembros la introducción de otras sanciones «o medidas» que comprenden, en el caso de las personas físicas, «la prohibición de desempeñar una actividad que requiera una autorización o aprobación oficial» o la de «fundar, gestionar o dirigir una empresa o fundación», y en el de las personas jurídicas la exclusión del disfrute de beneficios o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades mercantiles, la vigilancia judicial, la disolución o la adopción de adoptar medidas específicos para evitar las consecuencias de la conducta.

La Comisión en su recurso considera que el Consejo de la Unión Europea usurpó a través de la Decisión marco, basada en el art. 34 del TUE, competencias del Derecho comunitario, al ser posible armonizar los derechos nacionales a partir del art. 175.1 del TCE relativo a la política medio ambiental. Ello implicaba una violación de los arts. 47 y 29 del TUE, donde se dispone que las competencias de la Comunidad no pueden verse afectadas por el desarrollo del «tercer pilar», y por tanto la nulidad de la Decisión marco. El recurso de la Comisión plantea otros dos matices que no deben pasarse por alto. Así reconoce que el «primer pilar» no sería en ningún caso competente para ocuparse de las normas de derecho penal internacional, es decir, del tercer bloque normativo al que antes hacía referencia. Si insta su nulidad, en el recurso, es porque estas disposiciones carecen de sentido al anularse la totalidad de la Decisión marco. Más importante es el segundo detalle. La Comisión considera contrario al derecho comunitario, dentro del segundo bloque al que antes hacía referencia, que se deje en manos de los Estados miembros «la posibilidad de prever sanciones que no sean penales y hasta de elegir entre sanciones penales y otras sanciones, lo que indiscutiblemente es competencia de la Comunidad». De este modo, la Comisión, parece dar a entender que, por ejemplo, el derecho comunitario no debe conceder margen de apreciación alguno al legislador nacional a la hora de decidir la naturaleza jurídica de las sanciones con que deben ser castigadas las personas jurídicas o que ha determinar con todo detalle las sanciones interdictivas y consecuencias accesorios. Esto es, si entiendo bien, el planteamiento de la Comisión es que allí donde existen competencias estas deben agotarse, reduciendo el margen de discrecionalidad de los Estados.

El TJCE da la razón plenamente a la Comisión, anulando en su totalidad la Decisión marco. Sin embargo, no se pronuncia sobre todos los aspectos del recurso. Nada dice acerca de dónde reside la competencia en materia de derecho penal internacional e igualmente tampoco se pronuncia, por creerlo innecesario, sobre el margen de libertad que el derecho comunitario puede dejar en manos de los Estados a la hora de elegir la naturaleza jurídica de las sanciones. El contenido de la sentencia es tan contundente como escueto:

«el legislador comunitario» puede adoptar medidas «relacionadas con el dere-

cho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente»

La anulación de la Decisión marco implica también que el TJCE confirma el carácter prioritario del derecho comunitario sobre el derecho de la Unión, tal como señala al comienzo de sus consideraciones. Con ello reafirma su voluntad de velar «por que los actos que, según el Consejo, están comprendidos en el ámbito de la aplicación del Título VI no invadan las competencias que las disposiciones del Tratado CE atribuye a la Comunidad».

III

Como antes señalaba, la trascendencia de la decisión, e igualmente los problemas de futuro que suscita, sólo se captan cuando se insertan en el debate relativo a la armonización del derecho penal¹¹. A comienzos de la década de los 90 del pasado siglo, cuando aún no había aparecido en escena el tercer pilar, la Comisión retomó con éxito un viejo proyecto que databa de los primeros años 70, concretamente de la armonización del derecho de sociedades, consistente en armonizar determinadas parcelas del derecho penal nacional¹². Así promulgó dos importantes directivas la relativa al abuso de información privilegiada¹³ y la referente al blanqueo de capitales¹⁴. Esta última, en lo que concierne al derecho penal, no hacía sino reproducir lo dispuesto en el recién aprobado Convenio de Viena de Naciones Unidas sobre el tráfico de drogas, por lo que su impacto sobre los derechos penales nacionales, al ser todos los Estados parte del Convenio, fue relativo. Lo importante era sin duda el haz de disposiciones administrativas relativas al control de las operaciones de blanqueo. Mucho más claro fue el éxito de la directiva *insider trading*. Con una rapidez considerable todos los Estados incluyeron un delito que en la mayoría era absolutamente desconocido. Sin duda alguna fue éste el primer *eurodelito* de la historia.

¹¹ La obra más completa sobre la armonización del derecho penal es WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2004. En la literatura alemana, en relación específicamente a la armonización del derecho penal nacional a través de directivas, vid. SCHRÖDER, *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2002.

¹² Un análisis de estos primeros devaneos con la armonización del derecho penal puede verse en NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Prxis. Barcelona. 1996, pgs. 346 y ss.

¹³ Directiva del Consejo 89/592/CEE de 13 de noviembre de 1989 sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, DOCE L 334, de 18-11-1989.

¹⁴ Directiva del Consejo 91/308, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DOCE L 166, de 18-6-1991.

De estos primeros compases interesa subrayar que la armonización no se produjo en virtud de una competencia aneja, esto es, una armonización cuyo objetivo es que se sancionen homogéneamente normas de comportamiento, que sin lugar a dudas pueden ser adoptadas dentro de la aproximación de legislaciones. Las competencias para armonizar el derecho penal son más directas. Sin más se considera necesario que la aproximación de los tipos penales resulta necesaria para la realización del mercado interior, por ello se tomó como base para la armonización el art. 100A TCE (ahora 95). Dos son los argumentos sobre los que descansa este tipo de armonización. El más conocido es que la disparidad en el derecho penal estatal puede distorsionar el funcionamiento del mercado interior. Los distintos marcos punitivos y las diferentes conductas sancionadas pueden determinar el comportamiento de los agentes económicos, que de acuerdo con el *efecto Delaware*, se establecerán allí donde exista la regulación más permisiva. El segundo argumento afectaría a nuevas formas de criminalidad, como ocurre en estos casos. Los legisladores nacionales podrían aprovechar el derecho penal para establecer medidas incompatibles con la realización del mercado único¹⁵.

Igualmente es de gran importancia un segundo aspecto. Pese a que en los proyectos de Directivas presentados por la Comisión, la intención era que los Estados miembros sancionasen las conductas prohibidas penalmente, en su versión final, debido a la oposición de Consejo, únicamente podía leerse la conocida coda de «sanciones eficaces, disuasivas y proporcionadas»; coda que como es conocido proviene de la «sentencia del maíz» y que se refiere al principio de buena fe o lealtad comunitaria. Esta opción no hacía sino reflejar un consenso, con el que también estaba de acuerdo una parte de la doctrina, que podía cifrarse en los siguientes términos: posibilidad de describir los comportamientos a sancionar, con el grado de precisión que se desee conveniente, e imposibilidad de fijar las sanciones, tanto en los que concierne al tipo de sanción como su naturaleza; ambos aspectos deben quedar en manos de los países miembros¹⁶. Transcurrida más de una década de la aprobación de las directivas sobre blanqueo y abuso de información, lo cierto es que pese a la libertad para elegir la naturaleza jurídica de la sanción, en todos los Estados miembros se ha optado por la sanción penal, en los casos más graves, lo cual es más que significativo en una infracción como el abuso de información privilegiada cuyo merecimiento de pena es discutido por un importante sector doctrina¹⁷.

Tras estos dos logros, y la aparición del tercer pilar se inicia una nueva fase. En ella doctrina oficial y dominante es la que el Consejo y los países que le

¹⁵ Cfr. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Carl HEYMANN, Köln, 2001, pgs. 430 y ss.

¹⁶ En este sentido por ejemplo me manifestaba en mi trabajo, *Fraudes comunitarios*, op. cit, pgs. 359 y ss.

¹⁷ Vid. extensamente PRIETO DEL PINO, *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pgs. 203 y ss.

apoyan en la sentencia comentada expresan en sus alegaciones: la armonización sólo puede ser realizada a través del tercer pilar. No es posible que una competencia tan significativa para la soberanía nacional, como es el derecho penal, haya sido transferida como competencia aneja, de manera implícita cuando se otorgan competencias materiales específicas. La existencia expresa del tercer pilar donde se otorga expresamente a la UE una competencia en materia penal para la aproximación de legislaciones avalan esta tesis (vid. apartados 27 a 29 de la sentencia)¹⁸.

Pese a la contundencia con la que esta doctrina oficial parece enunciarse, lo cierto es que tras la aparición del tercer pilar no sólo los intentos, sino también la armonización vía derecho comunitario ha sido una realidad. En este sentido creo que conviene distinguir entre tres marcos diferentes.

El primero es el relativo a la protección de la Hacienda pública comunitaria. En esta materia desde la introducción en Maastricht y Ámsterdam del art. 280 (antiguo 209A) existe una notable polémica acerca de si la armonización puede hacerse vía derecho comunitario, con base en el aludido precepto, o vía tercer pilar. El debate arranca de mediados de los años 90, momento en el que la Comisión presentó el Proyecto de tratado para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, el cual junto con sus dos protocolos, acabó siendo aprobado sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión¹⁹. Si se recuerda el Parlamento Europeo se opuso ya a este proyecto, pidiendo que se aprobase una directiva sobre la base del art. 209 A y del art. 100 A. La propia Comisión un lustro después de la aprobación de los CPIF, y ante la notoria lentitud de su proceso de transposición, presenta un proyecto de directiva, sobre la base del art. 280 con el fin de comunitarizar en su totalidad la protección relativa a los intereses financieros. El proyecto de Directiva no fue tomado ni siquiera en consideración por el Consejo, pese a que un importante sector doctrinal apoyaba las competencias de la CE en este punto²⁰.

En el asunto ahora comentado, el Consejo, al argumentar la ausencia de competencias dentro del derecho comunitario, trae a colación el famoso inciso final del art. 280.4, las medidas de lucha contra el fraude «no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia». En relación a esta alegación el Tribunal pronuncia, por cierto, un obiter dicta que parece confirmar la posición del Consejo:

¹⁸ Este estado de opinión se refleja muy bien en el trabajo de Isidoro BLANCO, *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, Revista electrónica de Criminología y Criminología, núms. 6-5, 2004, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

¹⁹ DOCE C 240, de 28-8-2005.

²⁰ Al respecto ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *El fraude de subvenciones en la UE y en el CP*, AA VV, *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, vol. 14, Madrid, CGPJ, 2001, los mismos, *La protección de los intereses financieros de la UE: una nueva vuelta de tuerca*, en ZÚÑIGA et al. (comp.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, 2002; VALLS PRIETO, *El fraude de subvenciones de la Unión Europea*. Dykinson, Madrid, 2005, pgs. 189 y ss.

«El hecho de que los arts. 135 y 280, apartado 4, reserven a los Estados miembros la aplicación de la legislación penal nacional y la administración de justicia en los ámbitos de la cooperación aduanera y la lucha contra los prejuicios causados a los intereses financieros de la Comunidad, respectivamente, no permite poner en duda esta conclusión. En efecto, de esas disposiciones no puede deducirse que, en el marco de la aplicación de la política medioambiental, deba excluirse toda armonización penal...» (apartado 52).

El segundo marco donde ha proseguido la armonización vía primer pilar se corresponde con los sectores ya armonizados previamente, esto es, con el *insider trading* y el blanqueo de capitales. Se trata en ambos casos de directivas que reforman las directivas anteriores. En lo que concierne al abuso de información privilegiada, la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado²¹, ha introducido un nuevo comportamiento típico, el abuso de mercado, que en la mayoría de los países –no en el nuestro, por cierto– al transponer la directiva se ha sancionado penalmente. A los efectos que aquí interesa el artículo más importante es el 14 en donde se establecen las sanciones. La técnica adoptada es ligeramente diferente. La preocupación de la Directiva 2003/6 no es en primera línea la armonización del derecho penal («sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales»), sino la armonización de las sanciones administrativas. En cualquier caso, no puede negarse que a efectos prácticos esta directiva ha influido, armonizando, el derecho penal, por mucho que continúe fiel a la doctrina de dejar en manos de los Estados miembros la elección de si sancionan o no penalmente la conducta. Algo similar es lo ocurrido en relación al blanqueo de capitales. La Directiva 2001/97/CE por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE²² ha producido cambios significativos en la estructura típica del delito de blanqueo, armonizando nuevamente el derecho penal nacional, sin pronunciarse sobre la naturaleza penal²³.

El que de hecho, en uno y en otro caso, se haya producido una armonización real del derecho penal nacional, por mucho que las directivas mencionadas hayan guardado las formas, no es en absoluto indiferente. Si no existe posibilidad de armonización penal alguna en el marco del primer pilar, según entiendo, resulta igualmente inmantenible de acuerdo con la doctrina oficial, que pueda legislarse sobre comportamientos típicos de los que se sabe que en todos o la mayor parte de los ordenamientos miembros se sancionan ya penalmente. Desde el punto de vista de la soberanía, argumento base de la tesis oficial, ¿dónde se sitúa realmente la diferencia entre uno y otro caso?

El tercer ámbito donde se ha producido una armonización vía primer pilar es el más sorprendente de todos, no tanto por los diversos sectores en los

²¹ DOCE L 96, de 12-4-2003.

²² DOCE L 244, de 28-12-2001.

²³ Basta para ello con ver las modificaciones que la LO 15/2003 de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre), introdujo en el delito de blanqueo de capitales.

que se proyecta, si no porque en él se ha inaugurado una técnica legislativa que consiste en una armonización compartida entre ambos pilares. Expresado en términos de teoría de las normas: mientras que el primer pilar fija la norma de comportamiento, el tercer pilar se ocupa de la norma de sanción. Existen hasta ahora dos ejemplos de esta armonización. El primero es el relativo a la inmigración ilegal, donde la Directiva 2002/90/CE ha fijado los comportamientos prohibidos (art. 1), con inclusión expresa de los actos de «incitación, participación y tentativa» (art. 2)²⁴, mientras que la Decisión marco de 28 de noviembre de 2002²⁵, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, publicada el mismo día, contiene las sanciones. En concreto su artículo primero señala que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que las infracciones definidas en los arts. 1 y 2 de la Directiva 2002/90/CE sean punibles con sanciones penales», estableciendo a continuación otras sanciones «optativas para las personas físicas y las relativas a las responsabilidades de las personas jurídicas (art. 2). La misma técnica se repite en la armonización producto del desastre del *Prestige*: la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones²⁶, establece en los artículos 3 y 4 las conductas típicas, que habrán de ser consideradas «infracciones si se han cometido de forma intencional, con imprudencia temeraria o negligencia grave», mientras que la Decisión marco 2005/667, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques²⁷, tras remitir en su art. 2 («tipificación penal») *in toto* para la descripción de las conductas típicas, determina en el art. 4 de un modo muy detallado la duración de la pena privativa de libertad en atención a la gravedad del caso.

El proceso de gestación de estas disposiciones pone de manifiesto otro matiz más en las posibilidades y límites de la armonización vía primer pilar. La Comisión al presentar el proyecto de directiva *Prestige* intentó nuevamente volver a una armonización fuerte. Ya lo indicaba el propio título de la propuesta, «sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación», y lo hacía bien explícito el art. 6: «Delitos y sanciones penales», donde se requería de los Estados que «garantizarán que se considere delito penal la descarga ilegal de sustancia contaminantes» y se pedían «penas de privación de libertad para los casos más graves». Sólo posteriormente, tras la oposición de algunos Estados miembros, modifica el texto del art. 6 conformándose con la existencia «de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que podrán incluir sanciones penales o administrativas»²⁸.

²⁴ DOCE L 328, de 5-12-2002.

²⁵ DOCE L 328, de 5-12-2002.

²⁶ DOCE L 255, de 30-9-2005.

²⁷ DOCE L 255, de 30-9-2005.

²⁸ Es significativo a estos efectos la Declaración de la Comisión, dirigida al Consejo en relación a esta Directiva, contenida en Expediente interinstitucional: 2003/0037 (COC), Bruselas, 16 de junio de 2004, en la que señala que esta modificación en la Directiva,

El proyecto inicial de directiva pone de manifiesto la posición de la Comisión sobre los límites de la armonización penal, y es que, en efecto, ésta no mantiene la existencia de una competencia ilimitada. De un lado, señala en lo concerniente a la determinación de la sanción que aunque es posible determinar su naturaleza penal, la armonización –vía primer pilar– no puede llegar al extremo de una mayor cuantificación como por ejemplo indicar su grado máximo o mínimo. Igualmente la Comisión proyecta esta *self restraint* sobre la PG. Por ello considera que la armonización no puede afectar a la determinación que en cada ordenamiento se realiza de conceptos como el de culpabilidad, autoría, participación, etcétera²⁹.

Una posición cercana, aunque algo más restrictiva, a ésta es la mantenida por el Abogado General, RUIZ JARABO, en sus conclusiones a Comisión c. Consejo, para quien no puede ponerse en duda de que en el derecho comunitario existen competencias para determinar las conductas a sancionar y la naturaleza o clase de sanción con que han de hacerlo. En su opinión sin embargo.

«excede de los contornos propios del primer pilar la previsión... de que las conductas más graves se repriman con privación de libertad, dando lugar a extradición, pues, dentro del ámbito criminal, pertenece al dominio estatal la elección de la sanción pertinente». En un apartado anterior argumenta más su posición «nadie aparece mejor emplazado que el legislador nacional, quien, conociendo de primera mano las singularidades jurídicas y sociológicas de su sistema de convivencia, ha de optar, en el marco previamente delimitado por la Comunidad, por la reacción más atinada para la subsistencia del derecho comunitario».

IV

Tras este recorrido estamos ya en condiciones de ocuparnos de las posibilidades y límites de la armonización del derecho penal a través del primer pilar tras *Comisión c. Consejo*. Aunque es imposible, lógicamente, ser exhaustivo en este punto existen cinco cuestiones fundamentales sobre las que se debe discutir con rapidez, si es que existe el impulso político necesario para proceder a una armonización más extensa de la que hasta ahora hemos visto en el primer pilar.

El primer aspecto se refiere a la *extensión de la armonización*. En la comunicación de la Comisión sobre las consecuencias de este fallo, se enumeran hasta siete Decisiones marco ya vigentes y dos aún pendientes que la Comisión

eliminando la referencia a las sanciones penales, se realiza con el fin de no bloquear el proceso legislativo, pero sin que en absoluto prejuzgue su posición en relación al asunto Comisión c. Consejo, en la sentencia que ahora comentamos.

²⁹ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del consejo sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación, presentada por la Comisión, Bruselas, 5.3.2003, COM (2003) 92 final. Ya antes una opinión parecida se expresó en relación a la Propuesta de Directiva en materia de protección de medio ambiente, Comisión staff working paper, Establishment of fan caquis on criminal sanctions against environmental offences, Brussels, 07.02.2001, pg. 4.

piensa comunitarizar. De este documento se desprende que las competencias para la armonización «primer pilar» puede operar según la Comisión por tres cauces distintos: la competencia aneja; la aproximación de legislaciones que tiene como objetivo el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 95); y el art. 280 en relación a los intereses financieros. A estas competencias, podría añadirse una cuarta, general e indiscutida, basada en el art. 10 del TCE que permite en relación a cualquier norma comunitaria, ya esté en un reglamento o en una directiva, recordar a los Estados miembros su obligación de establecer sanciones proporcionadas, disuasivas y eficaces para los casos de infracción³⁰.

Con este marco competencial podría sin duda llevarse a cabo, más allá de las concretas iniciativas previstas por la Comisión en su documento, una armonización de la mayor parte del derecho penal económico como la que ha propuesto la iniciativa de *Eurodelitos* o *Europa Delikte* encabezada por el Profesor Tiedemann³¹. Buena parte de estos delitos podrían ser armonizados bien recurriendo a la competencia aneja, bien recurriendo a su necesidad para el mercado interior. Es más, con este marco competencial podría armonizarse –hipotéticamente– la totalidad del derecho penal nacional. Así por ejemplo podría pensarse en la armonización del delito de aborto o de la eutanasia en cuanto que pueden resultar imprescindibles para la libre prestación de servicios médicos o el derecho de establecimiento (art. 47 II TCE); o, por ofrecer un ejemplo más, podría mantenerse también que la seguridad en los transportes (art 71.1.c) permite la armonización de los delitos contra la seguridad vial³². Con este marco competencial, el primer pilar tendría más posibilidades de llevar a cabo una armonización del derecho penal que las existentes de haberse aprobado el Tratado de Constitución Europea.

Este panorama es irreal, en primer término porque al día de hoy es políticamente irrealizable, pero también lo es por razones jurídicas. A parte de que no es cuestión pacífica que exista capacidad para armonizar el derecho nacional en lo concerniente a la protección penal de los intereses financieros, la armonización penal en cuanto que no es una competencia que se haya atribuido expresamente, está limitada con carácter general por el prin-

³⁰ Extensamente vid. HUGGER, *Strafrechtliche Anweisungen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pgs. 20 y ss.; SATZGER, *Die Europäisierung*, op. cit., pgs. 393 y ss.

³¹ Vid. TIEDEMANN (hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Carl HAYMAN, 2002. Una versión reducida de este trabajo que incluye la propuesta de eurodelitos, formulaciones típicas comunes, ha sido publicada en castellano, TIEDEMANN(dir.)/NIETO MARTÍN (coord.), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2003 (reimp. 2005). En la obra alemana, SATZGER analiza con detenimiento la base jurídica existente para la armonización de cada una de las figuras delictivas propuestas, SATZGER, *Rechtspolitische Möglichkeiten zur Realisierung der Tatbestandsvorschläge der «Europa-Delikte»*, pgs. 71 y ss.

³² Los ejemplos son de SATZGER, *Internationale und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden Baden, 2005, pg. 100.

principio de subsidiariedad y en lo que concierne a la aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior, el propio art. 94 TCE requiere que estas tengan una «incidencia inmediata», en el sentido de que la disparidad debe falsear las condiciones de competencia o la libertad de los ciudadanos o empresas en relación a las libertades comunitarias o a las políticas comunitarias. El propio tratado de Constitución europea señalaba en el art.-III-271.2 la necesidad de que la armonización de la legislación penal resultara «imprescindible» para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión. La Comisión en la Comunicación, a la que se viene haciendo alusión, menciona también de la condición de la «necesidad» a la hora de proceder a la armonización³³.

No se ha de ocultar, sin embargo, lo complejo que resulta judicialmente el control de decisiones políticas sobre este tipo de cláusulas³⁴ y el margen de apreciación que suele otorgársele al legislador. El único control que quizás quepa esperar en este punto, en atención a algunas tradiciones constitucionales europeas, es procedimental en el sentido de que el legislador haya realizado una ponderación conforme a deber de las distintas circunstancias, lo que daría por ejemplo lugar a la infracción del principio cuando los hechos de los que parte la ponderación resultan equivocados o ésta es absolutamente infundada. La complejidad de este control, que se pone de manifiesto ya en la escasa atención que el Tribunal presta en su decisión a este punto, enlaza con otro caso bien reciente, *Berlusconi*³⁵. Donde, si bien en sentido inverso, lo que se planteaba en realidad era un juicio muy similar: la eficacia de la medida penal nacional –la reforma berlusconiana de los delitos societarios– para cumplir con el principio de lealtad comunitario, es decir el establecimiento de medidas eficaces, necesarias y proporcionadas para tutelar las normas de las directivas en materia de sociedades. Una somera lectura de la sentencia muestra como el Tribunal rehusó entrar en este análisis³⁶.

Más importante que la extensión me parece la cuestión relativa a la *intensidad de la armonización*. En el fondo el derecho comunitario, como en parte ya se ha apuntado, tiene una mínima capacidad armonizadora en relación a cada norma jurídica que se deriva del principio de lealtad. Es decir, existe capacidad para fijar la norma de comportamiento y recordar a los Estados la obligación de castigar la infracción de estas normas con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, obligación esta que después puede ser sometida, como muestra *Berlusconi*, a supervisión judicial³⁷. Por ello el verdadero problema de la armonización es cuando la directiva (o reglamento) intenta

³³ Comunicación, op. cit., pg. 5.

³⁴ Vid. por ejemplo el análisis que intenta hacer SATZGER, *Die Europäisierung*, op. cit., pgs. 424 y ss. en relación a cuándo una diferencia en el derecho penal puede alterar el comportamiento de los agentes económicos.

³⁵ STJCE, asunto *Silvio Berlusconi y otros*, (C-387/02, C-391/02 y C-403/02), de 3-5-2005.

³⁶ No así el Abogado General Kokott (de 14 de octubre de 2004), vid. puntos 85 y ss. de su escrito de conclusiones.

³⁷ Cfr. SATZGER, *Internationales*, op. cit., pg. 101.

fijar bien el tipo de sanción o la naturaleza, penal o administrativa, de la sanción. El grado de intensidad de la armonización está sujeto, en primer lugar, a límites que proceden de la propia lógica jurídica del derecho comunitario. Si la CE carece de competencias penales, esto es no puede crear directamente un tipo penal, este límite competencial se vería eludido si en la norma de armonización determinara exactamente el comportamiento, la naturaleza jurídica de la sanción, el tipo de sanción e incluso su graduación. Esta armonización sería tanto como crear un «delito federal». La doctrina alemana muy gráficamente habla para expresar esta idea de «fraude de Ley a la ausencia de competencias en materia penal»³⁸.

Por otro lado, como la propia Comisión reconoce la subsidiariedad también opera lógicamente a este nivel³⁹. Es decir, el control en virtud de este principio debe efectuarse de una forma escalonada. En relación a la norma de comportamiento el límite de la subsidiariedad es el que genéricamente opera en relación a cualquier otra clase de armonización; las especificidades comienzan, pues, con la norma de sanción donde a su vez habría que ir descomponiendo el análisis en (a) naturaleza jurídica (b), tipo de sanción y (c) determinación de la sanción.

Si ponemos en conexión ambos límites (subsidiariedad + fraude de ley) resulta claro que una directiva nunca puede llegar a determinar la sanción y sólo en casos excepcionales puede determinar conjuntamente la naturaleza y el tipo de sanción. Lo correcto es que o bien defina la naturaleza –ejemplo: penal– y deje en manos del legislador estatal si la sanción ha de ser privativa de libertad, multa, interdictiva, etc. o bien fije la sanción –multa, interdicción de obtener subvenciones– y deje en manos del legislador estatal la determinación de la naturaleza jurídica. De acuerdo con este criterio, dado que la pena privativa de libertad tiene siempre carácter penal no creo que pueda exigirse de los Estados miembros que impongan este tipo de penal⁴⁰. En este punto, por tanto, creo que la doctrina de Comisión c. Consejo resulta equivocada y que, por el contrario, estaba en lo cierto el Abogado General, RUIZ JARABO.

La cuestión de la intensidad de la armonización enlaza con otro problema clave: *principio de legalidad y armonización*. Se trata del principal problema de la armonización desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Su planteamiento es sencillo. Una directiva que comprenda: norma de conducta + tipo de sanción + naturaleza jurídica + determinación de la gravedad de la sanción, convierte al legislador nacional en «lacayo de bruxelas», por emplear un término que ha hecho fortuna entre la últimamente levantisca doctrina penal alemana⁴¹. Una armonización con este grado de detalle subvierte el significado del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*

³⁸ SATZGER, *Eurpäsierung*, op. cit., pg. 499 y ss.; *Internacionales*, op. cit., pg. 101.

³⁹ *Communication de la Commission*, op. cit., pg. 5.

⁴⁰ Vid. ya NIETO MARTIN, *Fraudes Comunitarios*, op. cit., pgs. 360 y ss.

⁴¹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, GA, 2004, pgs. 194 y ss.

parlamentaria) en virtud del cual es el poder legislativo debe controlar y monopolizar las decisiones básicas que han de tomarse en toda incriminación.

La resolución de este problema depende de la concepción del principio de legalidad que utilicemos para controlar constitucionalmente la armonización. Si la «vara de medir» es el principio de legalidad, tal como se concibe en el derecho constitucional interno de cada país, el problema es prácticamente irresoluble. Y es que el grado de intervención de los parlamentos nacionales en la normativa penal no es uniforme, varía enormemente de país a país. El ordenamiento Español, merced a la figura de la Ley orgánica, se sitúa a la cabeza del «monopolio parlamentario», pero en otros Estados, como Italia y en algunos casos Alemania, se admite por ejemplo la legislación penal a través de Ley de bases o, incluso, decretos leyes. Una extensión de la doctrina *Solange* en este punto podría complicar enormemente la armonización del derecho penal.

La solución del problema de la legalidad resulta más simple y, en mi opinión, correcta técnicamente si la «vara de medir» es el propio derecho comunitario. Dado que el principio de legalidad es indudablemente parte del ordenamiento supranacional, es el principio de legalidad penal comunitario, conformado a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales, el que debe servir para establecer el nivel de respeto. De nuevo en este punto *Berlusconi* complementa a *Comisión c. Consejo*. A parte del ya señalado anteriormente, otro de los aspectos claves de este caso era el relativo al principio penal de aplicación retroactiva de la Ley penal más favorable. Para los abogados del Presidente italiano, en el caso hipotético de que la normativa penal italiana fuera contraria al derecho comunitario, ello no implicaba que éste pudiera ser condenado por los delitos societarios derogados y que eran los vigentes en el momento de la comisión de los hechos. El principio de retroactividad de la Ley penal más favorable lo impedía. Pues bien, aunque el Tribunal como no podía ser de otro modo reconoce que este principio es parte del ordenamiento comunitario, no cree necesario entrar en un aspecto que resultaba clave y es qué contenido tendría. Al igual que ocurre con la reserva de Ley los contenidos, e incluso la ubicación constitucional, de la retroactividad favorable es muy distinta en los Estados miembros⁴². Mucho más claridad arrojan en este punto las conclusiones del Abogado General, la Sr. Kokott, cuya doctrina debe ser también de aplicación al caso que nos ocupa. En esencia, se trata de lo siguiente: el derecho comunitario configura autónomamente el contenido de los derechos fundamentales y este contenido es el que debe utilizar el juez nacional cuando aplica el derecho comunitario, incluyendo aquí todo el derecho nacional que resulta de aplicación, como es el caso de la norma nacional que traspone la directiva. Si esto es así, el

⁴² Por todos vid. SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam parte, intervención en el seminario Ai confini del favor rei –Il fallso in bilancio davanti alle Corte Costituzionale e di giustizia–*, Ferrara, 6 de mayo de 2005.

estándar de legalidad que ha de cumplir la armonización penal es claramente el europeo y habrá de ser fijado por el TJCE y en un futuro por el derecho supranacional.

Si situamos la cuestión de la legalidad europea en este espacio, considero que únicamente el procedimiento de codecisión puede aspirar a satisfacer un estándar mínimo del *nullum crimen sin lege parlamentaria*.⁴³ De este modo, la armonización penal debe adoptar necesariamente este mecanismo. Este procedimiento que asegura una intervención relevante al Parlamento Europeo, unido a una armonización cuyo grado de intensidad, tal como antes señalábamos, deje también espacio de maniobra a los Parlamentos nacionales en su transposición no creo que pueda considerarse contraria a la idea de reserva de ley, sobre todo si ésta se entiende, como por ejemplo propone von Bogdandy y su *Gubernative Rechtsetzung*, en un sentido procedimental⁴⁴.

El cuarto aspecto sobre el que es preciso reflexionar con urgencia afecta sobre todo al entendimiento de la armonización penal como competencia aneja, lo que remite a una *concepción accesorio del derecho penal* o, dicho de otro modo, a una *administrativización del derecho penal*⁴⁵. Esto es a un derecho penal que más que orientado a la protección de bienes jurídicos se centra en la tutela de la eficacia de normas jurídicas. Para ver el rostro del derecho penal de la competencia aneja basta con contemplar el Proyecto de Directiva relativo a la protección penal del medio ambiente donde el injusto consiste exclusivamente en una infracción normativa o en la realización de una conducta «sin autorización»⁴⁶. No hay ningún otro contenido de injusto. La posición del gobierno holandés es en este sentido muy reveladora, pues condiciona la legitimidad de la armonización, aparte de la necesidad, a que la sanción esté indisolublemente vinculada a la normativa comunitaria material. El Tribunal indica igualmente que la armonización se circunscribe a garantizar la «efectividad de las normas». Esta forma de derecho penal concuerda con el derecho penal accesorio alemán, el *Nebenstrafrecht*, o el inmenso derecho penal especial existente en Italia. Desde el punto de vista

⁴³ En este sentido ya en NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, op. cit., pg. 364, donde proponía ya que fuese cual fuese el procedimiento que se contemplase en el artículo del TCE que fundamentaba la armonización penal, la directiva (o reglamento) debía siempre efectuarse a través del proceso de codecisión.

⁴⁴ Vid. más extensamente en relación al Proyecto de Tratado de Constitución europea, donde se prevé un procedimiento aún más participativo de codecisión (art. III-396), NIETO MARTÍN, *Fundamentos constitucionales*, op. cit., pgs. 85 y ss. La obra a la que me refiero es VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

⁴⁵ Sobre este término Silva SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*. Civitas. Madrid. 2001.

⁴⁶ Una crítica contundente a este proyecto puede verse en MUÑOZ LORENTE, *Reflexiones críticas en torno a la Propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal*, en *Revista interdisciplinar de Gestión Ambiental*, marzo, 2002, pgs. 16 y ss.; vid. aun siendo anterior a la propuesta de directiva DE LA MATA BARRANCO, *Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 02-04 (2000), pgs. 21 y ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

de la tradición jurídica española se trataría de un cuerpo extraño, pero sobre todo supondría un retroceso en principios liberales básicos como la intervención mínima, la lesividad o la fragmentariedad del derecho penal.

La cuestión en este punto es si la competencia aneja permite ir más allá, lo que debe responderse afirmativamente. La protección de la efectividad de la normativa comunitaria no debe estar reñida con la inclusión en los tipos penales de elementos que incrementan el grado de injusto. De otro modo, y expresado en términos penales, la armonización determinaría un incremento notable de los delitos de peligro abstracto. El principio de proporcionalidad, al que finalmente se remiten los principios penales antes aludidos, también debe ser respetado por el legislador europeo dentro de la armonización. En cualquier caso, y desde la orilla del ordenamiento español, también debemos plantearnos la excesiva centralidad que tiene el CP español y la ausencia, de la a veces razonable, legislación especial⁴⁷.

El último punto a abordar podría denominarse como *armonización y Parte general o principios generales del derecho penal*. La Comisión ha repetido en varios documentos que una de las consecuencias de la carencia general de una competencia en materia penal es que la armonización en el primer pilar no puede afectar a instituciones de Parte general o a principios generales como la irresponsabilidad de personas jurídicas⁴⁸. Un ejemplo de esta doctrina es que cuando se ha utilizado la armonización sobre la base de los dos pilares, como en la inmigración ilegal y en lo relativo a la contaminación de buques, la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica siempre se ha dejado en manos de la Decisión marco. Otro ejemplo de este *self restraint* consiste por ejemplo en que las directivas pueden indicar el castigo de la tentativa, la inducción o la complicidad, pero no señalar que se entiende por tales conceptos. Igualmente aunque aquí la discusión pueda ser en apariencia menor, la armonización del primer pilar deja fuera también todo lo referente a cooperación penal internacional y fijación de competencias de cada país.

Esta opinión de la Comisión debe a mi juicio ser matizada⁴⁹. La división entre Parte General y especial es más artificial y discutible de lo que a primera vista parece. Así por ejemplo las causas de justificación pueden ser entendidas como parte del tipo, de la determinación de la conducta prohibida, tal como mantienen de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo o como un tramo valorativo diferente, según mantiene la

⁴⁷ A este respecto resulta de gran interés el estudio dirigido por Donnini, *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000.

⁴⁸ Comisión staff working paper, op. cit., pg. 4.

⁴⁹ Sobre la necesidad de armonizar la Parte General, vid. TIEDEMANN, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, *Revista Penal*, núm. 3, 1999, pgs. 76 y ss., una versión posterior más extensa puede verse en, *Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils*, en Tiedemann (hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., pgs. 3 y ss.

teoría estricta de la culpabilidad. Igualmente existe discusión acerca de si las autorizaciones, tan importantes para la armonización en materias como el medio ambiente, son parte del tipo o actúan como causas de justificación. Es más se trata de cuestiones cuya discusión se enmarca en un grupo reducido de países, los de tradición germana. Por otro lado, la armonización puede afectar ya indudablemente a la Parte General: si se establecen delitos de peligro dolosos para las personas, como hace la Decisión marco sobre contaminación de buques, ello sin duda recorta el margen de aplicación de la tentativa en el derecho nacional; e igual cabe decir en relación a las reglas de autoría: si la armonización conforma un tipo penal de acuerdo a un modelo unitario de autor (como es harto frecuente en todos los Convenios internacionales), se anula para ese caso el concepto restrictivo de autor que pueda figurar en la Parte General. Por tanto existen sin lugar a dudas competencias para puntualmente incluir reglas de parte general específicas en las directivas. Incluso como pone de manifiesto el *Corpus Iuris* relativo a la protección de los intereses financieros o los Eurodelitos, si la armonización comprende un número relativamente numeroso de figuras delictivas (ejemplo: protección penal del mercado financiero europeo), podría pensarse de ser necesario una competencia para reglas generales comunes⁵⁰. Un buen ejemplo sería la regulación del error sector donde las disparidades entre los distintos ordenamientos son tan importantes que es difícil que se llegue a una aplicación unitaria uniforme⁵¹. Es importante además señalar que cuando una institución de la Parte general tenga relevancia constitucional, como es el caso del error de prohibición que en algunos países forma parte del derecho penal constitucional como parte del principio de culpabilidad, esta norma puede pasar a formar parte de los principios generales del derecho comunitario, con lo cual, y siguiendo la doctrina del Abogado General en *Berlusconi* que antes comentábamos, habría necesariamente de ser aplicada por el juez nacional. De este modo –y siguiendo con el ejemplo del error– aunque en el derecho inglés impere la regla del *error iuris nocet*, si se considera que el error de prohibición es parte del derecho comunitario, los jueces ingleses se verían obligados a dar relevancia al error en el derecho penal nacional europeizado. La vía judicial de la armonización del derecho penal nacional no debe, por tanto, descartarse.

Algo similar, finalmente, ocurre con la doctrina relativa a que el derecho penal internacional es competencia en su totalidad del tercer pilar. Esta afirmación no me parece discutible en relación a la cooperación penal, pero no existe razón alguna para que dentro de la directiva se determine la competencia territorial de cada Estado, pues ello nuevamente está indisolublemente ligado con la descripción de las conductas típicas. Con un ejemplo: según la tesis de la Comisión, la directiva (primer pilar) tiene competencias para indicar «los estados están obligados a sancionar a quien, infringiendo la normativa comunitaria en materia de medio ambiente, realicen vertidos

⁵⁰ Cfr. TIEDEMANN, *Grunderfordernisse*, op. cit., pg. 19.

⁵¹ Vid. por ejemplo la propuesta de regulación común que realiza Vogel, en TIEDEMANN (dir.), *Eurodelitos*, op. cit., pgs. 39 y ss.

que perjudiquen la calidad de las aguas»; mientras que las decisiones marcos (tercer pilar) son las competentes para señalar: «los Estado miembros serán competentes para enjuiciar los vertidos aun cuando el daño para el medio ambiente se haya realizado en un tercer Estado». Esta distinción resulta nuevamente artificial en cuanto que la norma de competencia territorial puede sin dificultades convertirse en una norma de descripción del tipo penal. De hecho esto es lo que ocurre en el art. 325 del Código Penal. Donde la afectación de la conducta típica a los «espacios transfronterizos» constituye parte del resultado típico.

Estas reflexiones más allá de su interés teórico son a mi juicio importantes porque pueden evitar el enojoso trámite de tener que recurrir a los dos pilares cada vez que se desee armonizar una materia. La directiva, como acabamos de ver, puede regular la totalidad de aspectos de PG y de competencia. Por otro lado, la cooperación internacional, sin necesidad de ser reiterada en cada caso se fija con carácter general por las decisiones marco del tercer pilar.

V

Como puede apreciarse, *Comisión v. Consejo* abre las puertas a una nueva era de las relaciones entre el derecho penal nacional y el ordenamiento europeo y, sin lugar a dudas, parece que la Comisión está dispuesta a extender inmediatamente su doctrina. Ello como acabamos de analizar en este último epígrafe genera un buen número de problemas. He señalado al comienzo de estas páginas que esta decisión podía interpretarse en cierto modo como un adelanto del Tratado de Constitución europea, pero lo cierto es que de haberse hecho este proyecto con la desaparición de los pilares (en realidad la del fastidioso tercer pilar), la aparición de las leyes marcos y un nuevo procedimiento con más intervención del Parlamento europeo, muchas de estas dudas y escollos no existirían. Mas pese a estos interrogantes, lo que hay que subrayar es ahora es que tanto por el contenido de la sentencia, como por su música de futuro *Comisión c. Consejo* constituye un fallo histórico.