1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

CUESTIONES FUNDAMENTALES QUE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO PROPONE A LOS DERECHOS PENALES NACIONALES

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Carencia de potestad punitiva de la Unión Europea y "déficit democrático" de las instituciones comunitarias – 3. Surgimiento de bienes jurídicos comunitarios que requieren tutela penal: 3.1 Introducción; 3.2 Efectos positivos del Derecho comunitario sobre los Derechos Penales de los Estados miembros. Art. 5 y 209 A del TCE – 4. Técnicas de protección: 4.1 Método de asimilación; 4.2 Normas comunitarias y leyes penales en blanco; 4.3 Técnica de armonización: 4.3.1 Fundamentos normativos; 4.3.2 Intentos armonizadores; 4.3.3 Directivas sobre *insider trading* y blanqueo de capitales; 4.3.4 Ventajas y límites que presenta esta técnica – 5. Potestad sancionatoria comunitaria: 5.1 Naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias; 5.2 Principios del Derecho sancionador comunitario: 5.2.1 Principio de legalidad; 5.2.2 Causas de justificación; 5.2.3 Principio de culpabilidad; 5.2.4 Autoría y participación – 6. Efectos negativos del Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales: 6.1 Introducción; 6.2 Cómo se resuelven las incompatibilidades entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal nacional.

Resumo: O trabalho começa pela constatação de que o Direito Penal, se bem que expresse a independência soberana do Estado, está sob influência do sistema jurídico comunitário europeu, principalmente pelo surgimento de bens jurídicos de interesse eminentemente comunitário. Tal influência se apresenta na adoção, pelo Direito interno dos países membros, da tutela de determinados e relevantes bens jurídicos comunitários. Essa tutela pode dar-se por intermédio de dois processos distintos: assimilação ou harmonização, ou integração. O processo de assimilação expressa-se pela aplicação pelos países-membros de sua legislação penal para tutelar, extensivamente, além dos bens jurídicos nacionais, aqueles similares de caráter supranacional. O inconveniente desse sistema reside na impossibilidade de concreção material do tipo, pela utilização amiúde de normas penais em branco, com o emprego da técnica do reenvio com clara repercussão de natureza democrático-garantidora, como também da violação do princípio da não-discriminação previsto no art. 6.º do TCE, dado que as sanções penais previstas nos países membros são muita vez díspares e descompassadas. O processo de harmonização ou integração implica na obrigatoriedade de edição normativa pelo Estado-membro a partir de normas cogentes emitidas pela União Européia, criando novos tipos penais ou modificando as reações penais existentes, o que já ocorre por intermédio das denominadas "diretivas" (p. ex., em matéria societária, relativa a *inside trading* e a lavagem de dinheiro). O problema principal, se bem que se alcance a homogeneidade de tratamento, acha-se no *déficit democrático* dos órgãos legiferantes, seja o Conselho Europeu, seja o próprio Parlamento Europeu, e o fenômeno denominado "petrificação legislativa".

A seguir, fala do poder punitivo próprio da comunidade européia, concluindo que, não obstante a natureza jurídica das sanções comunitárias, porquanto tratam de bens jurídicos não ligados concreta e imediatamente à pessoa humana, toda uma técnica garantista do Direito Penal tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, em consonância com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como o princípio da legalidade e da culpabilidade, em face dos sérios problemas junto aos Estados-membros caso se não ofereçam as garantias do Direito Penal. Termina o artigo referindo os efeitos negativos do Direito comunitário sobre os ordenamentos penais nacionais, isto é, como o Direito comunitário pode levar os Estados-membros a uma atividade despenalizadora, pelo aumento do âmbito das esferas de liberdade, obrigando os tribunais nacionais a deixar de aplicar uma norma nacional quando a conduta se põe lícita no contexto comunitário. E, nesse aspecto, o agente abrigado pela norma comunitária ou praticará um fato atípico no plano do Direito nacional, ou o Direito comunitário significará verdadeira causa de justificação, pelo exercício regular de um direito. O autor prefere a primeira via, porquanto o Direito comunitário se põe como um Direito de integração, devendo o fenômeno ser regido pelo princípio da primazia, de tal arte que se uma norma comunitária estabelecer determinada conduta lícita, esta se integra ao ordenamento jurídico nacional, sendo, de fato, a única vigente.

Palavras-chave: Direito comunitário – União Européia – Direito Penal Econômico – Direito Penal internacional – Direito Penal europeu – Tribunal de Justiça da Comunidade Européia – Ordenamento comunitário.

1. Introducción

Ya Jescheck[1] en 1967 advertía que un Derecho Penal europeo surgía sólo de la utópica imaginación de unos pocos idealistas. Probablemente, transcurridos 30 años, aquella frase no ha perdido su vigencia, dadas las enormes dificultades que representa construir los cimientos, sentar las bases hacia la conformación de un sistema común europeo de Derecho Penal.

Es indudable que la constitución de las Comunidades Europeas (CE), hoy Unión Europea (UE), ha dado a este problema el carácter de ineludible, pues han surgido nuevos bienes jurídicos que requieren ser tutelados.

Si bien la dogmática penal se ha planteado la necesidad de construir un sistema que suponga homogeneizar los conceptos y las categorías de la teoría jurídica del delito, existe claridad en que es necesario, previamente, resolver una serie de cuestiones que giran fundamentalmente en la importante y creciente influencia que el Derecho comunitario está ejerciendo sobre los ordenamientos jurídico-

(1) Jecheck, "Lo stato attuale del diritto penale europeo", *Prospettive per un diritto penale europeo,* Padua, 1968, p. 323.

penales de los Estados miembros y las dificultades –que no son pocas– que esta relación suscita.

Precisamente, en las páginas que siguen, se expondrán y analizarán los distintos aspectos sobre los cuales que desarrolla esta relación, los que son de muy diversa índole. Si bien, después de su lectura, puede quedar la sensación de que son muchas las interrogantes y pocas las respuestas, ello no debe de extrañar, pues estamos ante un nuevo reto que requiere enormes esfuerzos.

En todo caso, lo que sí está claro es que las propuestas de unificación del Derecho Penal no pueden quedar reducidas a procesos de armonización legislativa –como sucede hoy– sino que debe procurarse ir más allá, centrándose en los conceptos y categorías de la teoría del delito.

2. Carencia de potestad punitiva de la Unión Europea y "déficit democrático" de las instituciones comunitarias

Como es sabido, la UE se maneja con base en las competencias que los Estados miembros le han otorgado, de forma tal que éstos ya no son soberanos sobre determinadas materias. Pues bien, en lo que respecta a la competencia penal, ésta no ha sido traspasada. En estricto rigor, los Estados son poseedores absolutos de la facultad de creación de normas de naturaleza penal. El *ius puniendi* permanece aún dentro de la soberanía de los Estados miembros. Sin embargo, tal pretendida independencia, a la luz de la trascendencia que ha adquirido el Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales, hoy ya no es posible afirmarla. *El Derecho Penal también cae dentro de la esfera de influencia del sistema jurídico comunitario*,[2] lo que ha significado cuestionar el monopolio estatal del *ius puniendi*.

(2) En todo caso, es preciso destacar que tal vinculación, hasta no hace mucho tiempo atrás, no se veía tan clara. Cfr. Tiedemann, "El derecho penal económico en la Comunidad Europea" (trad. Adán Nieto Martín), *Estudios de derecho penal económico*. Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 235: "Durante décadas el Derecho comunitario y los Derechos Penales nacionales se han ignorado mutuamente"; Biancarelli y Maidani, "L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1984, p. 225: "Il n'existe apparemment guère de rapports entre le Droit communautaire et le Droit Pénal des Etats membres"; Sieber, "Unificazione europea e diritto penale europeo", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1991, p. 966. También publicado en *Zeitschrzft für gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, p.957 y ss.; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?", *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 621; Mestre Delgado, "El derecho penal de la Unión Europea", *Libro-homenaje al profesor Antonio Beristáin*, San Sebastián, 1989, p. 575; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencia de las Comunidades Europeas", *Estudios de derecho penal económico*. Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 276.

No son escasos los argumentos que se han expuesto, para explicar el porqué de la reticencia de los Estados para otorgar a la UE competencia punitiva. Generalmente, se señala que el principal obstáculo para ello es de índole política, esto es, los *Estados ven en la potestad punitiva la principal herramienta con que cuentan para ejercer su soberanía*, por lo que renunciar a ella significaría en la práctica poner fin a su vida como países independientes. Al ser el Derecho Penal la expresión más auténtica de la soberanía, los Estados son muy celosos en su conservación.[3] Empero, este razonamiento ha sido criticado por Sgubbi,[4] quien sostiene que el retraso en el desarrollo de un Derecho Penal comunitario habría que buscarlo en otros factores,

Habría que atribuir esta escasa relación, que en un principio se manifestó, y que motivó un limitado análisis dogmático, a un informe de la Comisión de las CE, en el que se señaló que el Derecho Penal no entraba, en cuanto tal, dentro de la esfera de competencia de la Comunidad, sino que permanecía bajo la jurisdicción de los Estados miembros. *8e. Rapport général sur l'activité des Communautés Européennes*, mayo, 1974, p. 87. Cabe señalar que si bien lo allí expuesto en estricto sentido no ha cambiado, sí merece ser matizado, por cuanto en la práctica el ejercicio del *ius puniendi* se ha visto limitado, circunstancia ésta que la dogmática se tardó en percibir.

Merecen destacarse como primeros trabajos: VVAA, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padua, 1968; *Diritto penale europeo, Congresso organizzato il 7, 8, 9, novembre 1968*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad Libre de Bruselas, Press Universitaires de Bruxelles, 1970.

(3) En este sentido, cfr. Pagliaro, "Límites a la unificación del derecho penal europeo" (trad. Carlos Suárez González), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 693-694: "Que sea la causa principal de la dificultad que se encuentra para encausar un proceso de unificación del Derecho Penal europeo resulta indirectamente de la circunstancia que, allí donde las sanciones preestablecidas no sean tan incisivas como las sanciones penales en sentido estricto, resulta más fácil alcanzar la unificación del régimen jurídico". Este autor también señala como ejemplo el fracasado intento de la Comunidad Europea de Defensa; Bricola, "Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità Europee", *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 216, para quien la atribución de poder punitivo a la CE debe sostenerse como una utopía política. Este trabajo también se encuentra publicado en *L'indice penale*, 1968, p. 5 y ss.; Zuleeg, "Der beitrag des strafrechts zur europäischen integration", *Juristenzeitung*, n. 15/16, 1992, p. 762, señala que los Estados miembros contemplan el Derecho Penal en estrecho vínculo con su soberanía; Biancarelli y Maidani, "L'incidence du droit...". p. 226, exponen que el factor de la soberania nacional ha sido importante en la falta de incidencia del Derecho comunitario sobre el Penal.

(4) Sgubbi, "Voce diritto penale comunitario", *Novíssimo digesto italiano, Appendice*, Turín, 1981, vol. II, p. 1.221 y ss. Con algunas agregaciones, también: *Digesto delle discipline penalistiche*, Turín, 1990, IV, p. 89 y ss. De esta última, existe una traducción al español de Manuel Quintanar Díez, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 58, 1996. p. 89 y ss. Este autor define el Derecho Penal comunitario en sentido propio como una categoría de normas penales que pertenecen al Derecho comunitario, aptas para crear de modo directo e inmediato situaciones penalmente relevantes para los sujetos de Derecho comunitario (diversos a los Estados), las que pueden emplearse, eventualmente, contra

sin negar la importancia que la soberanía nacional tiene.[5] Para este autor, el concepto de soberanía nacional en los últimos años ha perdido rigidez, y en Europa se ha podido observar una mayor colaboración en materia de política criminal. Además, el Derecho Penal sustantivo *no constituye la expresión más auténtica de la soberanía,* como sí lo serían otros instrumentos de control social, así por ejemplo, los procesales o las organizaciones judiciales o policiales. De forma tal que la máxima incidencia social e individual del poder público se halla no tanto en la fase de creación de normas penales, como sí en la intervención concreta e inmediata de la policía y de las instancias procesales.[6] Además, independiente de si el Derecho Penal es o no expresión de soberanía, un Derecho Penal comunitario, como tal, no afectaría la soberanía de los Estados, pues lo que pretende no es disponer, entre otros aspectos, acerca de la estructura de la responsabilidad penal, ni del carácter de las sanciones, sino lo de constituirse sólo en un Derecho sancionatorio, dirigido simplemente a salvaguardar los intereses comunitarios. En definitiva, lo que procura es conformar un Derecho Penal instrumento de la organización económica, exento de toda implicación de control social. Sus normas no procuran motivar a sus destinatarios para que éstos no lesionen bienes comunitarios.[7]

Las causas del retraso, según Sgubbi, habría que buscarlas fundamentalmente en dos aspectos, a saber, *el tipo de materia que debe regulary los destinatarios.*[8]

Con respecto al primero, cabe señalar que siendo el tema económico el objeto principal de la legislación comunitaria, ello supone una serie de valoraciones previas,

los Estados. Sgubbi hace presente que, en todo caso, el estado de desarrollo del Derecho Penal comunitario es casi embrionario.

(5) En este mismo sentido, Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 71.

(6) Para reforzar su argumentación, en cuanto a que el factor soberanía no es la causa del retraso en el desarrollo del Derecho Penal comunitario, Sgubbi cita el caso de la Comunidad Europea de Defensa, en que se pretendió crear un Derecho Penal militar europeo, considerando que dichas normas afectarían precisamente a las fuerzas armadas nacionales, símbolo por antonomasia de la soberanía de cada país. Vid. Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.222.

(7) Bajo estas presupuestos resulta difícil siquiera hablar de un Derecho Penal, aun teniendo presente las matizaciones que hace Sgubbi. En el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, no es posible todavía afirmar la existencia de un Derecho Penal. Vid. lo que señala al respecto, Riz, *Diritto penale e diritto comunitario,* Padua, 1984, p. 5 y ss, especialmente nota 17; Grasso niega la existencia de un Derecho Penal comunitario, aun cuando las instituciones estén dotadas de una potestad represiva, y que la normativa comunitaria tenga una incidencia directa e indirecta en los ordenamientos penales internos. Vid. Grasso, "Verso un diritto penale comunitario: I progetti di trattato concernenti l'adopzione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilitá e di tutela penale del funzionari e degli altri agenti delle comunitá", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 629.

(8) Sgubbi, "Voce diritto, p. 1.223.

que deben ser consideradas a la hora de recurrir, para su regulación, a la normativa penal. Así, hay quienes sostienen que la utilización de sanciones penales ocasionaría graves inconvenientes en el desarrollo de la vida económica, más necesitada de libertades que de limitaciones represivas. Por otro lado, también se afirma que la mejor política sancionatoria de la criminalidad económica se halla en medidas de carácter civil o administrativo, pues las sanciones penales, para esta clase de intereses, son más bien ineficaces. En lo que atañe a los destinatarios, al ser éstos principalmente las personas jurídicas, las dificultades que se presentan, a la hora de querer desarrollar un Derecho Penal comunitario, saltan a la vista. En efecto, las soluciones normativas de los Estados miembros, en lo que dice relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son heterogéneas, y no parece fácil una armonización al respecto.

Si bien los argumentos expuestos por Sgubbi para explicar el retraso en el desarrollo de un Derecho Penal comunitario son acertados, no me parece adecuado dejar de estimar como el más importante el factor soberanía, en cuanto a que los países ven en la delegación de su potestad punitiva el reflejo de su fin como Estados independientes.[9] En efecto, basta con señalar que el disponer de una potestad punitiva le significa al Estado contar con una herramienta eficaz de control social. Si la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia humana –tarea que le cabe al Estado a través del orden jurídico– traspasarla a una entidad supranacional le representaría perder uno de sus cometidos más elementales. Los gobernantes tienen muy claro, como dice Jescheck,[10] que para la opinión popular el Derecho Penal es el *Derecho por excelencia*, y privarse de él sería visto por los ciudadanos como una renuncia a su soberanía. Por lo tanto, tras esta renuencia por delegar competencias penales, también entrarían en juego factores políticos.[11] Creo, además, que detrás del fracaso de la CED se hallan las mismas razones.

Otro obstáculo hacia el desarrollo de un futuro Derecho Penal comunitario dice relación a *la falta de legitimidad democrática de las instituciones de la UE.* Si

(9) Es cierto que los Estados también ven en sus organizaciones judiciales y policiales un importante reflejo de su soberanía, a la que no están dispuestos a renunciar. Prueba de ello lo constituiría el hecho de que en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en su título VI, las disposiciones relativas a los ámbitos de justicia y de interior forman parte de la esfera de cooperación (no cesión de soberanía) y no de integración. Ahora bien, no comparto la opinión de Sgubbi en cuanto a estimar estos ámbitos como las expresiones más auténticas de la soberanía, por sobre lo que supone para un Estado el ejercicio de la potestad punitiva. Sin entrar en mayores reflexiones al respecto, se puede señalar que si bien la tarea normativa aparece como más abstracta y menos "perceptible", su alcance es mayor, pues en definitiva, para lograr su objetivo, pueden afectar esferas de libertad. En cambio, a los tribunales y la policía, sin desmerecer su misión, les corresponde ejecutar lo que previamente se ha dispuesto normativamente.

(10) Jescheck, *Tratado de derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde y S. Mir Puig), Barcelona, 1981, I, p. 16.

(11) En este mismo sentido, Pagliaro, "Límites a la unificación...", p. 694.

bien hoy en día no puede ser considerado éste como el mayor impedimento, no cabe duda de que ya constituye un grave problema. No deja de ser paradójico que las facultades legislativas las ejecuten, fundamentalmente, la Comisión y el Consejo, y que la única institución elegida democráticamente –el Parlamento Europeo– tenga una participación limitada, siendo que es el órgano por antonomasia llamado a ejercerlas. Resulta iluso siquiera pensar en un traspaso del *ius puniendi,* si los órganos que son legiferantes carecen de representación popular.[12] Conforme al principio de legalidad, en su rol fundamental de garantizador de los límites en que debe moverse el ejercicio del poder punitivo, sólo es posible determinar las conductas a incriminar y su penalidad, mediante una norma que es generada por un Poder legislativo democráticamente elegido.[13-14]

Este escaso desarrollo también podría deberse al cuestionamiento que se hace sobre la idoneidad del Derecho Penal para regular las relaciones económicas –que es el ámbito de mayor preponderancia dentro de la EU–. En efecto, Sgubbi plantea

(12) Cfr. Sieber, "Estado de la evolución y perspectivas del derecho penal económico europeo" (trad. S. Bacigalupo Saggese y C. Espósito Massicci), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 619: "Un verdadero Derecho Penal criminal de la Comunidad Europea no es posible con su actual estructura. Debe ser creado por un Parlamento con todos los poderes democráticos. Un Derecho Penal europeo democráticamente legitimado es la meta a largo plazo de los ámbitos aquí estudiados"; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencias...", p. 279-280, 291; Bacigalupo, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, p. 91.

(13) Las dificultades que para el principio de legalidad representa el Derecho comunitario, sobre todo el derivado, serán analizadas *infra.* Por ahora basta señalar que dos aspectos del principio, a saber, la irretroactividad y la prohibición de analogía, han especialmente preocupado al TJCE. Vid. Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 247.

(14) Sin entrar en mayores consideraciones, no es posible olvidar el fundamento democrático-representativo que subyace en el principio, dada su vinculación con el Estado de Derecho. En esta línea, Arroyo Zapatero, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, 1983, p. 12-13, apunta: "Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado 'de leyes'. La idea subyacente de la 'voluntad general' sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad. En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que 'concede' el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general. Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento *democrático representativo*".

que hay quienes sostienen que el empleo del Derecho Penal termina provocando graves inconvenientes, pudiendo bloquear el funcionamiento de los delicados enlaces de la vida económica, necesitada ésta de más libertad de expansión que de limitaciones represivas. La mejor sanción a la criminalidad económica se logra con medidas extrapenales, ya sea de tipo civil o administrativo. Además, la ley penal, dentro de la esfera económica, resulta casi siempre ineficaz, pues sus destinatarios tienen numerosas posibilidades de paralizar su operatividad.[15] Sobre este punto, Sevenster hace presente que para algunos, el Derecho Penal puede representar un factor de distorsión de la competencia, ya sea a través de diferencias en las sentencias, así también con divergentes tratamientos punitivos a las personas jurídicas.[16]

Ahora bien, aun cuando existe claridad de que la UE no cuenta con una potestad punitiva expresa, ello no ha impedido que surjan voces señalando que los Tratados cuentan con las disposiciones necesarias que permitirían elaborar un sistema penal comunitario.[17] La vía para este efecto se hallaría en los arts. 172[18] y 235,[19] ambos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Sin entrar en mayores profundidades, esta postura es abiertamente rechazada por la doctrina.[20] Del art. 172 no es posible desprender que cuando habla de sanciones puedan incluirse las penales; es

(15) Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.224.

(16) Sevenster, "Criminal law and EC law", *Common Market Law Review,* n. 29, 1992, p. 56.

(17) Así, entre otros, Cuerda Riezu y Ruiz Colomé, "La aplicación en España del derecho comunitario y el derecho penal español: algunas reflexiones", *La Ley,* 1989, t. 2, p. 361: "Al largo plazo, no parece por tanto imposible que las Comunidades ejerzan un *ius puniendi* formal y directo, incluso en sentido positivo. Una hipotética vía para ello podría ofrecer el art. 235, TCEE, precepto que en la práctica ha servido para que las Comunidades se autoatribuyan competencias no previstas expresamente en los Tratados originarios"; Boscarelli, "Influence du droit communautaire sur le droit pénal", *Droit communautaire et droit pénal*, Milán, 1981, p. 91; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 70, aunque no deja de considerar las serias dificultades que esta vía presenta.

(18) Art. 172, TCE: "Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos".

(19) Art. 235, TCE: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por una unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

(20) Por citar algunos, Grasso, *Comunidades europeas y derecho penal* (trad. N. García Rivas), Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 93 y ss; Idem, "Verso un diritto...", p. 634-635; Sgubbi, Voce diritto...", p. 1.228-1.229; Pedrazzi, "Droit communautaire et droit pénal des Etats membres", *Droit communautaire et droit pénal*, Milán, 1981, p. 51.

más, del propio ordenamiento comunitario se concluye que sus sanciones no tienen una naturaleza penal.[21] Pero, aun en el evento de que el art. 172 pudiera considerar las sanciones penales, tal pretensión se encuentra con el escollo ineludible que representa el principio de legalidad. El "déficit democrático" de las instituciones comunitarias, como ya se explicó *supra,* hace estéril cualquier pretensión al respecto. Además, resulta iluso pensar que el Derecho Penal, que es el medio de control social más gravoso, amén de su alta "formalización",[22] pueda comprenderse dentro de disposiciones tan genéricas.[23]

En el evento de que la UE pretenda fundamentar una competencia punitiva en los artículos citados, estimo se podría poner en peligro la propia estabilidad de la Comunidad, pues se cuestionaría la primacía del Derecho comunitario. Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros no estarían dispuestos a tolerar que se infrinja, tan abiertamente, uno de sus derechos fundamentales, como lo es el principio de legalidad. Hay que recordar que los Estados de la Unión son bastante sensibles en este aspecto, y se podría decir que aún están alerta a cualquier decisión que se tome al respecto.

3. Surgimiento de bienes jurídicos comunitarios que requieren tutela penal

3.1 Introducción

Si la UE no cuenta con facultades punitivas y los Estados miembros se muestran, por ahora, reticentes a otorgárselas, ¿de qué manera entonces se produce esta injerencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros?, ¿bajo qué presupuestos resulta válido afirmar que las normas de la UE imponen un límite en el campo de la soberanía de los Derechos Penales internos?[24]

(21) Grasso. *Comunidades...*, p. 87, hace presente que las sanciones pecuniarias que se establecen en el ámbito comunitario no tienen naturaleza penal, pues son impuestas por la Comisión, no pueden convertirse en penas privativas en caso de incumplimiento y sólo se dirigen a las personas jurídicas. A mayor abundamiento, el art. 192 del TCE impide que reglamentos puedan establecer sanciones distintas de las pecuniarias.

(22) Vid. al respecto, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 250-251.

(23) No está de más recordar que en el caso de la Comunidad Europea de Defensa fue necesaria una expresa cesión de competencias penales por parte de los Estados miembros.

(24) Cuerda Riezu y Ruiz Colomé, "La aplicación en España...", p. 358, al respecto señalan: "A pesar de la afirmación tajante de que no existe un Derecho Penal comunitario, nadie niega que el ordenamiento jurídico elaborado por las Comunidades pueda tener ciertos efectos sobre las normas penales de los Estados miembros. Por los principios de supremacía y eficacia directa que se han analizado anteriormente, resulta innegable la posibilidad de que los tipos penales puedan ser inaplicados por oponerse a las normas comunitarias o, por lo menos, quedar reducidos en cuanto al ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, las Comunidades ostentan un *ius puniendi* en sentido negativo, esto es, la competencia para obligar a los Estados miembros a que deroguen o inapliquen total o parcialmente figuras delictivas concretas. *Parece, por tanto, que cuando se rechaza la existencia de un Derecho Penal comunitario se está pensando más en la creación por las Comunidades de delitos y penas o en la configuración de órganos jurisdiccionales penales y en establecimientos penitenciarios, es decir, en el* ius puniendi *en sentido positivo*". [La cursiva es mía.]

Por el momento, se puede decir que, por un lado, las instituciones de la UE cuentan con una potestad sancionatoria (no penal),[25] y por otro, que la normativa comunitaria puede producir tanto efectos negativos –papel importantísimo le ha cabido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)–, al limitar la esfera de aplicación de leyes penales nacionales, como así también positivos, al dar lugar a una actividad incriminadora. Para este efecto, hay que tener presente que los Tratados contienen algunas disposiciones cuyo contenido tiene relevancia penal.[26]

A continuación, centraré mi análisis en la *influencia positiva* que ejerce el Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales, lo que supone un incremento de la normativa penal de los Estados miembros. Tal actividad puede tener su origen en resoluciones adoptadas por el TJCE, como se verá inmediatamente, o a través de *mandatos* que provienen de los propios Tratados o de disposiciones del Derecho derivado, como sucede con las técnicas de asimilación o armonización. Con respecto a los *efectos negativos,* éstos serán analizados *infra.*

3.2 Efectos positivos del Derecho comunitario sobre los Derechos Penales de los Estados miembros. Art. 5 y 209 A del TCE

La creación de las CE ha supuesto el surgimiento de nuevos bienes jurídicos que requieren protección. Los Estados miembros, ante esta situación, deben brindar todos los medios necesarios que permitan la prevención y sanción de las conductas lesivas. Desde luego, *el Derecho Penal no puede permanecer ajeno.*

(25) Nieto Martín, "Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* sept.-dic. 1994, p. 395, afirma que si se entiende el "derecho a punir" en sentido amplio, se debe convenir que la UE está dotada de competencias en este ámbito. Así, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 85 y 86 del TCE para reprimir prácticas represivas de la competencia.

(26) Son normas que se fundamentan en una remisión a los Derechos Penales nacionales, esto es, la norma comunitaria, mediante un reenvío que hace a las leyes internas que tienen por objeto la tutela de determinados bienes jurídicos, exige también la protección a bienes comunitarios similares. Es lo que se conoce como el principio de asimilación. Se puede citar el art. 194.1, § 2, Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica (TCEEA), que se refiere a la protección del secreto atómico, y los arts. 27 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (CEE), art. 28 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y art. 28 del protocolo sobre estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA, los que se refieren al falso juramento ante dichas Cortes.

Grasso señala que las actividades de las instituciones comunitarias han hecho surgir una nueva serie de posibles objetos de tutela penal, los que se pueden dividir en dos grandes grupos. El primero se refiere a una serie de intereses que podrían ser definidos como "institucionales", en cuanto se hayan vinculados a la existencia y ejercicio de los poderes supranacionales. El segundo grupo, en cambio, se refiere a bienes jurídicos que surgen de las actividades de las CE en su concreto desarrollo, la amplitud de las tareas de las CE, que en una relación de creciente integración, debería comprender el conjunto de las actividades económicas de los Estados miembros. Al respecto este autor cita sectores tan importantes como el Derecho de Empresa; la tutela de intereses colectivos o difusos, tales como la competencia, la protección al consumidor y medio ambiente, esferas en donde la intervención de los legisladores nacionales ha sido más bien escasa. Todo lo anterior implica una transformación profunda del Derecho de la Economía, lo que supone también incluir aspectos penales. Grasso estima que en un sector de semejantes características, se hace necesario exigir la presencia de los instrumentos penales, dada su insustituible eficacia disuasiva.[27]

Pues bien, el art. 5.° del TCE[28] impone a los Estados un principio de lealtad comunitaria, en cuanto a que deben adoptar todas las medidas que son indispensables para asegurar el respeto a los intereses comunitarios, esto es, deben recurrir a su potestad sancionatoria, y si fuere preciso, también a sanciones penales.[29] En este punto, resulta imprescindible detenerse a analizar la jurisprudencia del TJCE, pues de ella se desprenden importantes conclusiones para determinar el *grado de salvaguarda* que le son exigibles a los Estados miembros.[30]

(27) Grasso, "Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatori nazionali", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale,* 1987, p. 230-231; Idem, "La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia,* 1989, p. 374; Idem, *Comunidades...*, p. 50.

(28) Art. 5, TCE: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado". En similares términos los arts. 86, TCECA, y 192, TCEEA.

(29) En este sentido, Zullec, "Der beitrag...", p. 762, quien señala que para el cumplimiento del Derecho comunitario, los Estados deben prever sanciones eficaces, las que pueden tener un carácter penal; para Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 214-215, del art. 5, TCE, no se desprende ninguna obligación de tutelar penalmente los intereses comunitarios, pues es una cláusula genérica. Hoy en día, esta opinión resulta difícil de sostener, sobre todo a la luz de la jurisprudencia del TJCE. En todo caso es comprensible, pues fue emitida en 1967.

(30) Al respecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes comunitarios, derecho penal económico europeo,* Barcelona, 1996, p. 272 y ss.

El TJCE en la sentencia *Amsterdam Bulb* [31] señalaba que el art. 5.°, TCE, deja a los Estados la libertad para adoptar las medidas apropiadas, pudiendo incluir las sanciones penales. Se criticaba tal postura, pues no se la planteaba como una exigencia a los Estados, sino más bien, como una facultad que éstos tenían de recurrir a las medidas que estimaran más adecuadas.[32]

El cambio de posición del Tribunal se verifica con la sentencia *Comisión c. Grecia.*[33] Este caso tiene lugar por los fraudes a los aranceles comunitarios cometidos por las autoridades griegas, en la importación de productos que procedían de Yugoslavia –país extracomunitario–. Se declaraba oficialmente como maíz griego el que en realidad era yugoslavo. Pues bien, en la sentencia, el TJCE concluye que del art. 5.° emana el *deber* de los Estados de sancionar las violaciones al Derecho comunitario, debiendo éstos hacerlo en las condiciones materiales y procesales análogas a las infracciones nacionales de "índole y una importancia similares". También se indica que las sanciones deben tener un carácter *efectivo, proporcional y disuasorio.*[34]

El TJCE, fundamentándose en el principio de proporcionalidad,[35] ha establecido una serie de limitaciones a la discrecionalidad sancionatoria de los Estados. En efecto, se han estimado incompatibles con el principio las sanciones excesivas, pues éstas pueden obstaculizar los fines perseguidos por la UE, al revelarse con-

(31) Sentencia TJCE *Amsterdam Bulb* de 02.02.1977, as. 50/76, Rec. 1977.

(32) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 20; Idem, "L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita de una política criminale europea?", *L'indice penale,* 1993, p. 79.

(33) Sentencia TJCE *Comisión c. Grecia* (caso del "maíz griego") de 21.09.1989, as. 68/88, Rec. 1989-8.

(34) Sentencia *Comisión c. Grecia,* cit.: "Cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de ser infringida, cuando remita, en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado impone a los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean *sancionadas en las condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción.* Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales". [La cursiva es mía.]

(35) Sobre el principio, cfr., por todos, Biancarelli, "Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,* 1987, p. 155-159; Grasso, "La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros" (trad. N. García Rivas), *Estudios de derecho penal económico,* Arroyo y Tiedemann (ed.), Cuenca, 1994, p. 308-309.

trarias a las libertades fundamentales reconocidas. Así, en la sentencia *Fedesa*,[36] el TJCE fue enfático en indicar la necesidad de que las medidas de prohibición no sean desproporcionadas con los objetivos perseguidos.[37]

De lo anterior, se desprenderían dos obligaciones para los Estados, a saber, *el deber de tutelar los intereses comunitarios, asimilando para ello la protección que brinda a los propios, y que las sanciones establecidas sean eficaces y proporcionadas.* Ahora bien, ¿qué sucede entonces, si las medidas que el propio Estado adopta para sus intereses no son lo suficientemente eficaces? Si se hubiera mantenido el criterio seguido en la sentencia *Amsterdam bulb,* no se habría podido objetar al Estado si éste simplemente dispone de sanciones de poca envergadura, pues éstas son, en definitiva, las medidas que estima más adecuadas. Con esta nueva sentencia la situación cambia, debido a que el TJCE ha establecido un nivel de *exigencia mínima,* esto es, si el Estado miembro no dispone de medidas sancionatorias lo suficientemente eficaces para impedir las violaciones a los intereses comunitarios, la Comisión estaría facultada a recurrir ante el TJCE por incumplimiento a las obligaciones del Tratado, el que podría imponer las sanciones que establece el art. 171 del TCE.[38]

Si bien, hasta entonces, el TJCE se había pronunciado en términos generales sobre las cualidades que debían reunir las sanciones, sin especificar su naturaleza, no es sino hasta el asunto *Zwartveld* [39] cuando expresamente señala que los Estados deben incluir, entre las medidas a adoptar, la vía penal.[40] Tal postura podría abrir la puerta que permita a la UE indicar a los Estados miembros qué comportamientos deben ser incriminados. Empero, como se verá *infra*,[41] las instituciones comunitarias han sido bastante cautas al respecto, dejando que sean los Estados los que elijan las sanciones a aplicar.

(36) Sentencia TJCE *Fedesa* de 13.11.1990, as. *C*-331/88, Rec. 1990-10.

(37) Sentencia *Fedesa*, cit.: "En virtud del principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, la legalidad de la prohibición de una actividad económica está supeditada al requisito de que las medidas de prohibición sean apropiadas y necesarias para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos".

(38) Vid. Nieto Martín, "Ordenamiento comunitario y derecho penal económico español. Relaciones entre el presente y futuro", *Actualidad Penal*, 1995-2, p. 616.

(39) Petición de asistencia judicial, *Zwartveld y otros* de 13.07.1990, as. C-2/88, Rec. 1990-7.

(40) Asunto *Zwartveld*, cit.: "En esta comunidad de Derecho, las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias se rigen, en virtud del artículo 5 del Tratado CEE, por un principio de cooperación leal. Este principio obliga no sólo a los Estados miembros a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, incluyendo si es necesario la vía penal".

(41) Así sucede en las directivas de información privilegiada y de blanqueo de capitales.

Cabe destacar que esta interpretación jurisprudencial del art. 5.º hoy se encuentra recogida en el art. 209 A del TCE.[42] En efecto, en dicho artículo se plasma el alcance que debe tener la asimilación en el nivel de represión de los actos violatorios de los intereses comunitarios.[43] Es interesante precisar que este artículo permite, conforme a lo establecido en su párrafo segundo, que la coordinación pueda lograrse a través de normas comunitarias, lo que supone, en consecuencia, autorizar al TJCE a interpretarlas, dando lugar a una mayor y más efectiva tutela de los intereses de la Unión.[44]

Nieto Martín resalta la posición de la Comisión, consolidada en el § 2.º del art. 209 A, como centro coordinador de las administraciones internas en su tarea de controlar los ingresos y gastos comunitarios. Para este efecto se han dictado una serie de reglamentos que precisan las investigaciones y controles que cada administración debe efectuar, como así también la información que debe brindarse ala Comisión. En julio de 1988 se creó la UCLAF (Unidad de Cooperación de la Lucha Antifraude), lo que permite coordinar de mejor manera la tarea de control que realiza la Comisión.[45]

(42) Art. 209 A, TCE: "Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones".

Se puede apreciar, conforme al tenor del artículo, que la lucha contra el fraude se enmarca dentro de la política de cooperación entre los Estados de la Unión, que como ya se ha explicado, no implica una cesión de competencia a la UE, pero sí una mayor obligación para los países miembros. Además, concretiza lo dispuesto en el art. K. 1., apart. 5, del TUE. Asimismo, el art. 209 A se relaciona con los apart. 7 y 8 del art. K. 1., que se refieren a la cooperación judicial penal y a la aduanera. Para Grasso, "Prospettive di uno spazio giudiziario europeo", *L'indice penale,* 1996, p. 115, las disposiciones del título VI del TUF –que incluyen el art. K–, constituyen una oportuna base jurídica para iniciar el proceso de armonización y coordinación con miras a la represión de la criminalidad organizada.

(43) Así, Dannecker, "Armonizzazione del Diritto Penale all interno della Comunità europea", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell 'Economia,* 1993, p. 966; Grasso, *Comunidades...*, p. 27; Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 617, quien agrega, en opinión que se comparte, que el art. 209 A no recogió adecuadamente la interpretación que del art. 5 ha hecho el TJCE. En efecto, sólo se ha considerado el principio de asimilación, mas nada se ha señalado en cuanto a efectuar una protección proporcionada, eficaz y disuasiva. Este "olvido" no debe impedir, en todo caso, que la interpretación jurisprudencial del art. 5 valga también para el art. 209 A. Así también lo expone Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 278.

(44) Si la lucha contra el fraude hubiera quedado reducida a lo dispuesto en el art. K del TUF, habría limitado sustancialmente la labor del TJCE en su función interpretadora. Cfr. art. K.3. del TUE.

(45) Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 617-618, quien, para el efecto, cita algunos reglamentos.

Lo expuesto ya permite entrar a conocer cuáles son las técnicas empleadas para salvaguardar los intereses comunitarios.[46] Se ha adelantado lo que significa la asimilación. Pues bien, también es necesario estudiar la técnica de la armonización, esto es, cuando una norma comunitaria interviene con el propósito de que los Estados miembros legislen sobre una determinada materia. Como indica Cuerda Riezu, la diferencia fundamental con la asimilación, es que en este caso debe haber una actividad normativa del Estado. Se está en presencia de lo que él llama una *obligatio puniendi,* pues, en definitiva, la "iniciativa legal" emana de una institución comunitaria que cada Estado miembro debe concretar generando una norma penal.[47]

No obstante las técnicas destinadas a tutelar los intereses comunitarios, conviene advertir sobre la presencia de un importante obstáculo, a saber, el principio de territorialidad. En efecto, aún se mantiene como norma general que los Estados sólo se preocupen de los delitos cometidos en su territorio. Por cierto, no deja de llamar la atención que por un lado se hable de un mercado sin fronteras y de una futura unión política y monetaria, y por otro se mantengan los límites nacionales del Derecho Penal y Procesal Penal. Hay que considerar que la actividad económica que se desarrolla hoy en Europa supera los ámbitos estatales, lo que obliga entonces a una adecuación en la aplicación de la normativa penal.[48]

4. Técnicas de protección

4.1 Método de asimilación

Ya algo se ha adelantado al respecto, al exponer los objetivos que persigue el art. 209 A del TCE.[49] El propósito que se pretende a través de este tipo de recurso,

(46) Jescheck, "L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua piú recente evoluzione", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1971, p. 643, apunta que para la tutela de las CF y para garantizar la aplicación de las decisiones de los órganos comunitarios, son posibles tres diversos procedimientos: 1) el Derecho comunitario efectúe un reenvío a los Derechos Penales nacionales; 2) las autoridades comunitarias cuenten con una potestad sancionatoria propia; 3) los órganos comunitarios puedan imponer a los Estados miembros la emanación de normas penales destinadas a la tutela de las CE. En este mismo sentido, Grasso, "Verso un diritto...", p. 630

(47) Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 631.

(48) Vid. la exposición presentada por la comisión jurídica al Parlamento europeo sobre la relación entre Derecho comunitario y Derecho Penal, Doc. 531/76, 02.02.1977, Publicada en la *Rivista di Diritto Europeo,* 1977, p. 204; Grasso, "Verso un diritto...", p. 642; Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 629.

(49) Para Grasso, "Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1995, p. 1.173, si bien el art. 209 A parece hacer referencia al modelo de la asimilación, tal disposición no prevé una directa extensión de la normativa interna a la tutela de los intereses de la CE, sólo introduce una obligación de asimilación de éstos a los nacionales. Se trata de una solución que hace perder autonomía al modelo, pues elimina su característico efecto, constituido por la directa incidencia sobre las previsiones sancionatorias nacionales.

es que *las normas nacionales protectoras de determinados bienes jurídicos sean también aplicables para la tutela de intereses comunitarios similares.* Lo anterior se logra mediante un reenvío que hace la norma comunitaria a la nacional.[50]

Los casos que mejor ejemplifican la técnica que se analiza, lo constituyen el art. 194.1, § 2 del TCEEA, art. 27 del Protocolo sobre Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, art. 28 del Protocolo sobre Estatuto del Tribunal de Justicia de la CECA, y art. 28 del Protocolo de Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA.[51]

En efecto, estas son las disposiciones más emblemáticas, puesto que la normativa comunitaria adquiere, de forma directa, relevancia en materia penal. Interesante resulta resaltar estos preceptos, por cuanto representan una de las pocas manifestaciones del Derecho comunitario de carácter punitivo, aun cuando en definitiva el juzgamiento de estos hechos sea competencia de los Estados miembros.

(50) En general, cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 160 y ss.; idem, "Verso un diritto...", p. 635 y ss.; Dannecker, "Armonizzazione...", p. 963 y ss.; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 628 y ss.; Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán),* Barcelona, 1993, p. 101 y ss.; idem, "El derecho penal económico...", p. 241; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencias...", p. 284 y ss.; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 300 y ss.; idem, "Ordenamiento...", p. 616; Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.226-1.227; Sevenster, "Criminal law...", p. 51; Martos Núñez, *Derecho penal económico,* Madrid, 1987, p. 217-218; Mateos Rodríguez, *Derecho penal y protección...*, p. 72-74; Jescheck, "Lo stato attuale...", p. 339 y ss.; idem, "L'oggetto del diritto...", p. 643-644; Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 191 *y* ss.

(51) Art. 194.1, § 2, TCEEA: "Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esta obligación como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad del Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá, a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que, estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación".

Art. 27, estatuto CEE: "Cada Estado miembro considerará toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un Tribunal nacional con jurisdicción en materia civil. Previa denuncia del Tribunal, el Estado de que se trate perseguirá a los autores de dicho delito ante el órgano jurisdiccional nacional competente"; art. 28, § 4, CECA: "Cuando se compruebe que un testigo o un perito ha disimulado o falseado la realidad de los hechos sobre los que ha declarado o ha sido interrogado por el Tribunal, éste estará facultado para someter este incumplimiento al ministro de Justicia del Estado del que sea nacional dicho testigo o perito con miras a que se le apliquen las sanciones previstas en cada caso por su ley nacional"; art. 28, CEEA: "Cada Estado miembro considerará toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un Tribunal nacional con jurisdicción en materia civil. Previa denuncia del Tribunal, el Estado de que se trate perseguirá a los autores de dicho delito ante el órgano jurisdiccional nacional competente".

La relevancia de estas normas es clara, pues cumplen una función incriminadora; sin ellas tales conductas dejarían de recibir una sanción penal.[52]

Se puede decir que la técnica de la asimilación se asemejaría al método de las leyes penales en blanco, por cuanto hay una norma –la comunitaria– que define parte del supuesto de hecho, que se remite a otra –la nacional–, que es la que fija la penalidad. Esta afirmación, en todo caso, demanda ciertas precisiones. En efecto, las disposiciones penales nacionales –cuya remisión se reclama– son, en estricto rigor, normas *completas,* que se bastan a sí mismas; en definitiva, que no requieren otra para su determinación. Esto, que parece claro desde una perspectiva *nacional,* no lo es desde la comunitaria, pues, para castigar las violaciones a bienes jurídicos supranacionales, la norma interna debe necesariamente ser complementada por la comunitaria. En todo caso, las técnicas de las leyes penales en blanco, entendidas en su sentido clásico, pueden ser empleadas como se verá *infra,* en el ámbito comunitario.

La principal ventaja de esta técnica la otorga su *flexibilidad,* pues permite, sin que se requiera un gran despliegue normativo, proteger bienes comunitarios recurriendo a los ordenamientos nacionales, que ya disponen de normas tuteladoras. Además, no se entra en la problemática de si se dota o no a la UE de potestad punitiva, pues ambos ordenamientos –comunitario y nacional– mantienen sus competencias, sin que la actividad de uno pueda suponer una injerencia en la de otro.[53]

Ahora bien, aun cuando pueda parecer que la asimilación no importaría problemas a la seguridad jurídica, pues, al fin y al cabo, se está ante una ley nacional, ello no resulta así. En efecto, si la asimilación proviene de actos de Derecho comunitario derivado, como lo son las normas de aplicabilidad directa, *podría verse afectado el principio de legalidad, tanto en su aspecto formal como material.* En lo que se refiere a su vertiente material, esto es, la que dice relación con la taxatividad o mandato de determinación,[54] muchas veces las normas comunitarias no se presentan con la suficiente precisión; por lo tanto, si consideramos que se

(52) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 161; Zuleeg, "Der beitrag...", p. 762; Sgubbi, "Voce, diritto...", p. 1.226; Biancarelli y Maidani, "L'incidence du droit", p. 253.

(53) En este mismo sentido, Grasso, *Comunidades...*, p. 195; idem, "Verso un diritto...", p. 637; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 629; Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.227.

(54) Al respecto, cfr. Silva Sánchez, *Aproximación...*, p. 254: "El mandato de determinación tal como lo concibe la doctrina en Alemania, tiene un doble aspecto. Por un lado, se dirige a legislador, imponiéndole la exigencia de una *lex certa*. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse ala *lex stricta*. En la primera vertiente reseñada, el mandato de determinación proscribe todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posible de las mismas"; Fernández Rodríguez, "Los limites del *ius puniendi", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* sept.-dic., 1994, p. 94.

está ante una complementación de aquéllas con las nacionales, al adolecer esta integración de la necesaria certeza, atentaría contra la garantía de la seguridad jurídica.[55] En cuanto al principio en su aspecto formal, su menoscabo aparece más claro. Si, por un lado, los delitos y las penas sólo pueden ser establecidos por ley, y por otro, como se hizo presente *supra,* las instituciones comunitarias carecen de legitimidad democrática, resulta bastante discutible aceptar que actos normativos emanados de tales organismos integren leyes penales nacionales, sin que ello no sea estimado como lesivo para la seguridad jurídica.[56] Al respecto, se puede citar como ejemplo el art. 5.° del Reglamento 28/62, de 14.05.1962, y el art. 5.° del Reglamento del Consejo n. 188/64, de 12.12.1964,[57] pues éstos se remiten, en términos muy genéricos, a las normas nacionales sancionatorias. Este tipo de vaguedades afecta también el mandato de determinación, pues no hay certeza sobre el ámbito de lo punible.

Ahora bien, según la doctrina dominante, mayores cuestionamientos no se presentarían cuando el reenvío proviene de los tratados, protocolos adjuntos –o mejor dicho, del Derecho originario–, pues, en definitiva, estas normas ingresan en los ordenamientos nacionales en virtud de una ley.[58]

El otro grave inconveniente que esta técnica presenta, dice relación con la *desigualdad en el tratamiento punitivo.*[59] En efecto, si en definitiva la protección que se debe brindar a los intereses comunitarios depende de cada Estado miembro, es fácil suponer las diferencias que se podrían presentar. Tal orden de cosas podría significar una vulneración al principio de no-discriminación (art. 6.°, TCE).[60]

(55) Así también, Grasso, "Verso un diritto...", p. 637.

(56) En este sentido, Cuerda Riezo, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 630; Grasso, *Comunidades...*, p. 164-165; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 73.

(57) Así, por ejemplo, Grasso, *Comunidades...*, p. 164; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 327-328.

(58) En este sentido, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 209; Grasso, *Comunidades...*, p. 163: "... el hecho de que las normas en cuestión adquieran relevancia en el ordenamiento interno a través de una orden de ejecución con forma de ley permite excluir cualquier vulneración del principio de reserva de ley en materia penal"; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 630.

(59) Así, entre otros, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 215; Grasso, *Comunidades...*, p. 195; idem, "Verso un diritto...", p. 637; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 73; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 629; Bianconi, "Legislazione penale e diritto comunitario", *La giustizia penale*, 1975, I, p. 238.

(60) Así, Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 215; Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.228. Interesante me parece citar la STJCE *Cowan* de 02.02.1989, as. 186/87, Rec. 1989-2, pues en ella se plantea un problema de discriminación. En efecto, un interés comunitario como es la libertad de desplazamiento de los ciudadanos de la Unión, en particular como destinatarios de servicios, se ve vulnerado al exigir el Estado francés, para ser beneficiario (en este caso de una indemnización por ser víctima de agresión), la

Así, por ejemplo, Dannecker[61] cita lo que sucede con las entradas comunitarias, para cuya tutela se recurre al fraude fiscal y a los delitos aduaneros, particularmente el delito de contrabando. Tomando lo que acontece con las legislaciones de Alemania, España, Francia e Italia, se pueden encontrar importantes diferencias. Es así que, a nivel de penas, las divergencias son notables, pues tanto en España como Alemania se pueden imponer penas privativas; en cambio, en Italia sólo son pecuniarias. En lo que respecta al tipo subjetivo, tanto España como Italia sólo admiten la comisión dolosa; en Francia, por su parte, conforme a su situación legislativa, no se requiere probar el dolo y no se reconoce el error como causa de exclusión de la punibilidad. En Alemania, si el hecho es cometido con culpa grave se sanciona como infracción administrativa.

En lo que respecta a la tutela de las salidas comunitarias, éstas se garantizan a través de los delitos de fraude o del fraude de subvenciones. Dannecker distingue, tomando en consideración el bien jurídico protegido y la conducta punible, dos modelos base de castigo: 1) el francés, belga y holandés y 2) el del resto de los países miembros.

Pues bien, en términos generales, en el primer caso no se requiere daño patrimonial, ni se admite la comisión por omisión. Además, el Derecho francés –a diferencia del belga y holandés– prevé para la tentativa la misma pena que la del delito consumado. Tampoco se exige –contrariamente al Derecho de los Países Bajos– un especial propósito de procurar un injusto provecho patrimonial. Por último, la legislación francesa no establece un tipo penal para el fraude de subvenciones y de contribuciones, los que se comprenden en el supuesto general de fraude.

Para el segundo modelo, se exige como elemento indispensable para la consumación, la producción de un daño patrimonial. Además, la tentativa no se equipara ala consumación. Se admite tanto la modalidad comisiva como omisiva. El autor debe obrar con el propósito de procurar, para sí o para otros, un provecho patrimonial injusto. En fin, las diferencias que se manifiestan en el plano jurídico-penal son notorias. Sin pretender extenderme en ejemplos que ilustren esta situación, basta señalar lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas –que son en definitiva los principales destinatarios de las normas comunitarias–; mientras Estados como Francia y Gran Bretaña disponen de penas criminales, en España y Grecia sólo son administrativas.

Estimo que la manutención de estos tratamientos punitivos desiguales, a la larga *puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que en el ámbito comunitario se quiera adoptar,* pues los Estados, ante el riesgo de que sus empresas puedan perder competitividad, al mantener una legislación penal más estricta que la de sus vecinos, optarán por una más flexible, si ello les permite una mayor participación en el mercado.[62] Además, se da la paradójica situación, como señala Nieto Martín, de que el posible infractor tiene la opción de elegir el Derecho Penal con que puede ser castigado.[63]

nacionalidad o a lo menos un acuerdo de reciprocidad. El TJCE determinó que tal exigencia afectaba el principio de no-discriminación. Además, señaló que si bien los Estados eran competentes en materia penal, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. *Dichas disposiciones legislativas no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de las personas a las que el Derecho comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario.* Creo que esta sentencia constituye un importante paso para lograr aproximaciones en la protección de los bienes comunitarios, pues, si bien se reconoce las facultades punitivas de cada Estado, es en definitiva el Derecho comunitario quien establece los parámetros. Un tratamiento punitivo diverso podría estimarse como violatorio del ordenamiento jurídico comunitario. Al respecto, cfr. Dannecker, "Armonizzazione...", p. 986; Zuleeg, "Der beitrag...", p. 762; Sevenster, "Criminal law...", p. 47.

(61) Dannecker, "Armonizzazione...", p. 966 y ss.

(62) Así también, Grasso, "La tutela penale degli interessi...", p. 385, donde señala que en el campo del Derecho Penal de la Economía, una marcada diferencia respecto al riesgo penal de los fenómenos criminales de idéntico desvalor puede constituir un fenómeno susceptible de distorsionar la competencia, pues se concede una ventaja a los operadores económicos ubicados en países que establecen sanciones más leves; Sgubbi, "Voce, diritto...", p. 1.228, quien apunta que la solución de confiar a cada uno de los Estados la represión penal de las infracciones a las reglas comunitarias, crea precisamente disparidades de tratamiento, lo que atenta contra la igualdad y no discriminación. Además, afecta la competitividad de las empresas, pues al resolverse el "riesgo penal" en un "riesgo comercial", la existencia de sanciones penales muy elevadas en un determinado Estado puede beneficiar a las empresas que residen en un Estado donde las sanciones sean leves o no existan, en un notable perjuicio a la competencia; Sevenster, "Criminal law...", p. 53-56, indica que esta situación puede llevar a un menor cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, ante el temor de colocar a sus empresas en una situación de desventaja. Esta autora también cita el caso *Hansen* (STJCE de 10.07.1990, as. C-326/88, Rec. 1990-7), en el cual el aceptarse la responsabilidad penal objetiva de los empresarios daneses del transporte los colocaría en una situación de desventaja frente a la competencia, aun cuando la ley danesa sea estimada por el TJCE acorde con la normativa comunitaria. Cabe destacar que la empresa Hansen & Son en sus alegaciones sostuvo precisamente la exposición a un mayor riesgo de sanción de las empresas danesas, al ser Dinamarca el único país de la UE que había instaurado el régimen de la responsabilidad penal objetiva, falseando con ello el juego de la competencia dentro del mercado común. El TJCE desestimó estos argumentos, sosteniendo que este tipo de responsabilidad corresponde con el régimen generalmente aplicado en Dinamarca conforme a su legislación en torno al ámbito laboral, amén de que en sí misma no implica una distorsión en las condiciones de competencia. Señala, asimismo, que las medidas sancionatorias adoptadas por dicho país aseguran la eficacia del Derecho comunitario (Reglamento n. 543/69, referido al tiempo de conducción). La multa impuesta, por tanto, responde al deber de lealtad que exige el art. 5, TCE, por lo que no puede ser estimada desproporcionada con relación al fin perseguido; asimismo, Zuleeg, "Der beitrag...", p. 766.

(63) Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 336.

4.2 Normas comunitarias y leyes penales en blanco

Vinculado con lo que acabo de exponer, aunque de forma indirecta, es lo referente a la utilización de las leyes penales en blanco, como método para sancionar la violación de reglamentos comunitarios.[64] Si bien podía pensarse, cuando se apuntó que no era posible aceptar la asimilación con normas provenientes del Derecho derivado, que esto también comprendía la prohibición del empleo de leyes penales en blanco. Es necesario enfatizar, sin embargo, que ello no es así. Lo que se impide, es que la norma comunitaria pueda significar una ampliación del ámbito del tipo penal, esto es, que regule aspectos estimados esenciales del tipo, por cuanto, como ya se dijo, se viola abiertamente el principio de legalidad. Cosa distinta es emplear, en la sanción de infracciones a reglamentos comunitarios, normas penales en blanco. En efecto, *como este tipo de normas contiene el núcleo esencial de la conducta, resulta indiferente que el complemento provenga de una disposición interna o supranacional.*[65]

Ahora bien, uno de los métodos que se puede emplear es el denominado "remisión dinámica". Consiste en que el legislador deja que sea otra instancia la que determine la norma que ha de complementar el tipo penal, correspondiéndole a éste sólo recoger el contenido de aquél que en cada momento se dicte. Empero, no resulta aconsejable, pues, si ya es discutible el empleo de las leyes penales en blanco, más lo sería recurrir a tales remisiones,[66] dadas las dificultades de conciliación con el mandato de determinación.[67] Hay que considerar, además, que

(64) Cfr. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 328-332; idem, "Ordenamiento...", p. 603-605; Grasso, *Comunidades...*, p. 308-312; Dannecker, "Armonizzazione...", p. 974-982; desde otra perspectiva, Silva Sánchez, "¿Competencia 'indirecta' de las comunidades autónomas en materia de derecho penal?". *La Ley*, 1993, t. 1, p. 964 y ss.

(65) Es preciso resaltar que la norma complementaria, que integra el tipo penal, no puede ser una directiva que goza de aplicación directa, pues en este caso, la norma no tiene un alcance horizontal, esto es, no puede generar obligaciones respecto de un particular, sino sólo derechos exigibles al Estado. En consecuencia, el que una directiva no transpuesta no puede suponer una agravación de la responsabilidad penal, le impide completar una norma penal en blanco. Vid. Vercher Noguera, "Directivas comunitarias y normas penales en blanco", *Actualidad Aranzadi*, 1996, n. 275, p. 2.

(66) Según Silva Sánchez, "¿Competencia...", p. 967, no sólo se vulnera el principio de reserva de ley y el mandato de determinación, sino también el principio de división de poderes, el principio democrático y por último, cuando corresponda, el principio federal.

(67) Dannecker, "Annonizzazione...", p. 981, apunta que la jurisprudencia alemana, tratándose de la ley del vino, ha declarado que se entendería violado el principio de legalidad (art. 103.2 de la ley fundamental) si el legislador sólo establece que las normas en blanco serán complementadas con el reglamento comunitario que esté en vigor. No se puede sancionar por insuficiente determinación, aun cuando el nuevo reglamento, no precisado en la norma nacional, coincida ampliamente su contenido con el anterior, ya no en vigor. Es necesario, entonces, a fin de respetar el principio en cuestión, que haya un procedimiento legislativo formal en que se precise los reglamentos.

si las leyes en blanco deben procurar que las normas de complemento sean de fácil localización, precisamente una de las características de la normativa comunitaria es su difícil ubicación.

Bajo estas circunstancias, resulta preferible recurrir a la llamada "remisión estática".[68] Aquí, es el legislador nacional el que precisa los reglamentos comunitarios que complementarán la norma en blanco. Lo anterior no quiere decir que los reglamentos comunitarios no tendrán efecto mientras así no lo disponga el legislador nacional, ya que ello llevaría a desconocer la aplicabilidad directa que le es tan propia. Lo fundamental es que no se ignore su carácter comunitario.

Ahora bien, la principal dificultad se plantea a la hora de lograr una adecuada coordinación entre ambas actividades legislativas, pues, muchas veces, la ágil gestión normativa comunitaria contrasta con la lentitud de los procedimientos nacionales, lo que provoca lagunas punitivas. En efecto, infracciones a reglamentos comunitarios quedan sin sanción, ya que no son oportunamente recogidos por las normas nacionales.

Otra técnica a la cual se podría recurrir son las "cláusulas de remisión inversa".[69] Aquí es el reglamento comunitario el que precisa las normas nacionales que le darán protección. Si bien también resulta un mecanismo adecuado, es más bien engorroso, pues supone que el legislador comunitario debe conocer todas las normas de los Estados miembros que digan relación con la disposición comunitaria.

4.3 Técnica de armonización

4.3.1 Fundamentos normativos

Ante los inconvenientes que presenta el empleo de la asimilación, hasta cierto punto *insalvables*, tratándose del Derecho derivado, y considerando la imperiosa necesidad de lograr una adecuada tutela para los intereses comunitarios, es que se ha estado recurriendo a la armonización. Esta técnica sí supone una actividad normativa del Estado miembro, como consecuencia de una disposición comunitaria que así lo establece. Por ahora, se puede decir en términos generales que con el objeto de que la tutela otorgada a los bienes jurídicos comunitarios sea similar entre los distintos Estados miembros, las instituciones de la UE dictan una norma procurando dicho objetivo, debiendo los países destinatarios crear las disposiciones necesarias para cumplir con el mandato comunitario.[70]

(68) Vid. Nieto Martín, Fraudes..., p. 331.

(69) Al respecto, vid. Bacigalupo, *Sanciones...*, p. 29-31; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 332.

(70) En general, cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 197 y ss.; idem, "Diritto penale dell'economia...", p.255 y ss.; idem, "L'incidenza del Diritto...", p. 83 y ss.; idem, "La tutela degli interessi...", p. 389 y ss.; idem, "Prospettive...", p. 109 y ss.; idem, "Profili penalistici nella normativa di attuazione della seconda direttiva CEE in materia societaria", *Il foro italiano,* 1986, V, p. 321 y ss.; idem, "L'armonizzazione e il

La principal distinción con la técnica precedente radica en que los Estados deben *actuar,* esto es, deben legislar cuando así se ha dispuesto por la normativa comunitaria, ya sea creando nuevos preceptos o también incrementando las sanciones ya existentes.[71]

Grasso, al analizar esta materia, hace una distinción terminológica. En efecto, las expresiones "armonización" o "aproximación" las emplea para referirse a aquellos casos en que la intervención comunitaria tiene lugar en áreas donde ya hay una normativa. En cambio, cuando lo que se procura es imponer una determinada normativa sancionatoria en una zona no especialmente regulada, prefiere hablar de "coordinación".[72]

Ahora bien, cabe preguntarse entonces, si la UE no cuenta con facultades de índole punitiva, *qué fundamentos normativos* la autorizan para exigir de los Estados que legislen penalmente.

Al respecto, Tiedemann apunta: "En vista de la falta de transferencia de competencias criminales a la CE por parte de los Estados miembros parece dudoso si la Comunidad tiene derecho de influencia directa sobre los ordenamientos jurídico-penales nacionales de los Estados miembros. La Comisión y el Consejo de Bruselas, sobre todo después del caso famoso 'Itco' o del maíz griego, sí se consideran legitimados para *armonizar* las legislaciones penales nacionales".[73]

Antes que nada, es necesario precisar que los caminos que puede seguir la UE en su búsqueda por una protección adecuada de los bienes comunitarios son fundamentalmente dos, a *través del Derecho internacional o por medio de los instrumentos del Derecho derivado.* Con respecto al primero, un claro ejemplo lo constituye el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las

coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 836 y ss; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 335 y ss.; idem, "Ordenamiento...", p. 631 y ss.; Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 241 y ss.; Sevenster, "Criminal law...", p. 35 y ss.; Pedrazzi, "Il ravvicinamento delle legislazioni penali nellambito della Comunità economica europea", *Prospettive per un Diritto Penale Europeo,* Padua, 1968, p. 461 y ss. Trabajo también publicado en *L'indice penale,* 1967, p. 325 y ss.; Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius punieindi...*", p. 630-632; Ferré Olivé, "Derecho penal y competencias...", p. 280 y ss.; Sgubbi, Voce diritto...", p. 1.228-1.229; Mateos Rodríguez-Arias, *Derecho penal y protección...*, p. 74-75; Fragòla y Atzori, *Prospettive per un Diritto Penale Europeo,* Padua, 1990, p. 85 y ss; Doc. 531/76, de 02.02.1977, exposición sobre relación entre Derecho comunitario y Derecho Penal, publicado en *Rivista di Diritto Europeo,* 1977, p. 195 y ss.

(71) Si bien es cierto que también la normativa comunitaria puede suponer un desincremento de la actividad punitiva en determinadas áreas, esto se examinará más adelante. En esta parte del trabajo, el análisis se centra en la utilización de técnicas como mecanismos tuteladores de intereses comunitarios.

(72) Grasso, *Comunidades...*, p. 217; idem, "Diritto penale dell'economia...", p. 255.

(73) Tiedemann, *Lecciones...*, p. 57.

CE.[74] Cuando la UE recurre a esta vía, se fundamenta en lo dispuesto en el título VI del TUE, que forma parte del llamado *pilar intergubernamental.* La principal ventaja que presenta esta variante es que se requiere un pronunciamiento de las autoridades legislativas de los Estados miembros, a fin de transformar en ley las disposiciones contenidas en el Tratado, con lo cual se respeta a cabalidad el principio de legalidad.[75] Ahora bien, esta importante ventaja también puede constituir su principal inconveniente, pues el que se otorgue una autonomía a los Estados para ratificar los contenidos del Tratado, puede dar pie a que éstos introduzcan reservas, o en el peor de los casos no lo ratifiquen, con lo cual todo el propósito armonizador que motivó el Tratado no tenga ningún destino. Asimismo, esta vía limita las competencias del TJCE.[76]

El otro camino para fundamentar normativamente la tarea armonizadora es *recurrir a las disposiciones que los propios Tratados señalan.* En efecto, en ellos es posible encontrar preceptos tanto genéricos como específicos, que permiten desarrollar dicha tarea. Ejemplo de los primeros lo constituyen los arts. 100, 100 A, 101 y 235, todos del TCE. Con respecto a los segundos, se pueden citar, entre otros, el art. 54.3 g), referente a las sociedades, art. 57.2, sobre protección de los trabajadores, y art. 70, relativo a circulación de capitales, todos también del TCE. En estos últimos casos, cuando normas del Tratado regulan sectores específicos, la intervención normativa dirigida a la armonización debe fundamentarse precisamente en aquellas disposiciones que así lo autorizan. Conforme a lo anterior, las normas generales citadas precedentemente sólo operarán subsidiariamente, en la medida que no haya una atribución expresa de competencia.[77]

El proceso armonizador es posible desarrollarlo mediante directivas o reglamentos. En términos amplios, se puede decir que cuando se recurre a normas que autorizan la armonización con carácter general se emplean directivas. En cambio, se utilizan reglamentos cuando la armonización se fundamenta en normas de autorización particular.[28] Por otro lado, cuando es un reglamento el que establece

(74) Publicado en el DOCE n.C 316, de 27.11.1995, p. 49 y ss.

(75) Si bien tratándose de directivas también debe haber una actividad normativa estatal, su utilización puede a veces presentar, como se verá, ciertas desavenencias con el principio de legalidad.

(76) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 338, 369; Grasso, "Prospettive...", p. 118, quien señala que si bien es cierto que recurrir a la vía del título VI trae aparejadas ciertas desventajas, como la exclusión de la competencia del TJCE y de la intervención del Parlamento europeo, nada impide que sea estimado como la *extrema ratio*, esto es, susceptible de ser utilizado cuando el recurso a los instrumentos propiamente comunitarios no se manifiesta como posible.

(77) Cfr. Pedrazzi, "Il ravvicinamento...", p. 466; Grasso, *Comunidades...*, p. 221; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 356.

(78) Cfr. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 353; Sevenster, "Criminal law...", p. 35, apunta que la diferencia entre directivas y reglamentos estaría en que las primeras son un instrumento de armonización utilizado en campos donde el objeto de las políticas *nacionales* es relativamente amplio. Los reglamentos, por su parte, son empleados cuando hay una

las sanciones que en el ámbito nacional deben aplicarse, éste no gozaría de aplicabilidad directa, pues debe intervenir el legislador nacional.[79]

Nuestra atención se centrará en aquellas disposiciones de ámbito general. Ahora bien, entre las normas señaladas, también resulta factible realizar una escala jerárquica,[80] de forma tal que, conforme al *procedimiento establecido y al grado de participación democrática,* es posible señalar que la disposición más adecuada para implementar la armonización de legislaciones penales la conforma el art. 100 A del TCE.[81] En efecto, esta disposición se remite al sistema previsto en el art. 189 B del TCE, esto es, al procedimiento de codecisión en el cual tiene una activa participación el Parlamento Europeo. De esta manera, se dota a las normas emanadas de un *componente democrático,* aspecto que, como se ha expuesto, constituye una de las carencias más notorias del ordenamiento comunitario. A continuación, podría emplearse el art. 100 del TCE, pues para la adopción de normas se requiere la unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento europeo y al Comité económico y social. Cosa similar sucede tratándose del art. 235 de TCE, con la excepción de que no se exige la consulta al Comité económico y social. Por último, al final de esta escala jerárquica que se ha trazado, se puede situar al art. 101 del TCE, en que es posible adoptar directivas con la mayoría cualificada del Consejo, a propuesta de la Comisión. Es fácil percibir lo inadecuado que resultaría fundamentar un proceso armonizador con disposiciones como ésta última, dadas las dificultades manifiestas que se presentarían a la hora de conciliar este método de creación normativa con el principio de legalidad.

4.3.2 Intentos armonizadores

Así, es posible citar como primeros intentos,[82] la primera directiva sobre materia societaria,[83] a fin de sancionar la violación de determinados deberes de publicidad. El anteproyecto de la segunda directiva –dentro de la esfera del Derecho Societario– si bien establecía sanciones penales para castigar ciertas conductas, en el texto definitivo sólo se limitó a señalar que los Estados debían disponer de sanciones apropiadas.[84]

exclusiva o una amplia competencia *comunitaria.* Ello explicaría por qué las pocas sanciones comunitarias se hallan en los reglamentos.

(79) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 222; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 327.

(80) Para este efecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 356-357.

(81) De hecho, el proceso armonizador de dos materias de gran importancia, como lo son el blanqueo de capitales y las operaciones con información privilegiada *(insider trading),* que serán analizadas más adelante, se fundamentó en el art. 100 A.

(82) Al respecto, vid. Sevenster, "Criminal law...", p. 35.

(83) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 216.

(84) Cfr. al respecto, Terradillos Basoco, *Delitos societarios. El derecho penal en las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE,* Madrid, 1987, p. 25-27;

También es posible citar el Reglamento 337/79, sobre organización del mercado vitivinícola,[85] pues en él se establecen sanciones y criterios para su determinación.[86]

Cabe destacar que la aplicación del Reglamento dio lugar a un interesante fallo del TJCE.[87] Alemania fue condenada por incumplir la obligación emanada del art. 5.° del TCE y del apart. 1 del art. 64 del Reglamento 337/79, al no hacer uso de las medidas coercitivas, dispuestas en el Derecho alemán, contra los productores que se habían negado a entregar el vino de mesa para la destilación obligatoria. En definitiva, se desestimaron las alegaciones germanas en cuanto a que el Derecho comunitario, en esta materia, no obligaba a recurrir a medidas coercitivas nacionales, amén de que el propio Reglamento establecía una sanción en caso de incumplimiento.

4.3.3 Directivas sobre insider trading y *blanqueo de capitales*

Las directivas relativas a operaciones con información privilegiada[88] (Directiva 592/89/CEE) y sobre el blanqueo de capitales[89] (Directiva 308/91/CEE) quizá constituyen los mejores ejemplos del empleo de la técnica de armonización.

En lo que concierne a la primera directiva, esto es, sobre *insider trading*,[90] se estimó necesaria su adopción, pues, como se señala en la propia exposición de motivos, "... las operaciones con información privilegiada, debido a que suponen ventajas para ciertos inversores, pueden deteriorar esta confianza y entorpecer así el buen funcionamiento del mercado". Más adelante, se enfatiza acerca de las importantes diferencias normativas que se presentan, lo que exige una acción coordinada al respecto, "considerando que en algunos Estados miembros no hay normativa que prohíba las operaciones con información privilegiada, y que entre las normativas existentes en los Estados miembros se observan importantes diferencias".

Grasso, *Comunidades...*, p. 216; idem, "Profili penalistici...", p. 321 y ss., en que analiza sus efectos en la legislación italiana; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 346.

(85) Publicado en el DOCE n. L 54, de 05.03.1979, p. 1 y ss. Es necesario también citar el Reglamento 822/87 (DOCE n. L 84, de 27.03.1987, p. 1 y ss), pues reúne las modificaciones hechas al Reglamento anterior.

(86) Dannecker, "Armonizzazione...", p. 979-982, apunta sobre las dificultades que ha planteado en Alemania el *Derecho Penal del vino* con relación al principio de legalidad (art. 103.2 de la Ley Fundamental); Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 347.

(87) Sentencia TJCE *Comisión c. Alemania,* de 10.07.1990, as. C-217/88, Rec. 1990-7.

(88) Publicado en el DOCE n. L 334, de 18.11.1989, p. 30 y ss.

(89) Publicado en el DOCE n. L 166, de 28.06.1991, p. 77 y ss.

(90) Cfr., entre otros, Seminara, "Aspectos problemáticos en materia de *insider trading"* (trad. Carlos Suárez González), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 523 y ss.; Foffani, "Tutela penal del mercado y abuso de la información privilegiada: la experiencia italiana" (trad. Blanca Mendoza Buergo), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor*

Como apunta Seminara, últimamente se ha observado una creciente necesidad de introducir componentes éticos en el mundo de los negocios ("ética de los negocios"). Precisamente por ello, no puede permanecer ajeno el disfrute abusivo en bolsa de información privilegiada. Lo anterior constituye un hecho reprobable tanto desde un punto de vista de la ética *de los* negocios –pues se utiliza una ventaja cognoscitiva derivada de una posición de desequilibrio entre las partes– como desde una perspectiva de la ética *en los* negocios –dado el abuso de información obtenida con otros fines o adquirida indebidamente–.[91]

¿Qué aspectos de la directiva merecen ser destacados? En primer lugar, el art. 1.º establece definiciones de lo que debe entenderse por información privilegiada[92] y por valores negociables. Importante esfuerzo, pues se pone el acento en la definición de elementos normativos del tipo.[93]

Por otro lado, es frecuente que las operaciones de iniciados afecten a distintos países. Es así que puede ocurrir que la compra y venta de títulos societarios tengan lugar de un país a otro, o que acciones sean cotizadas en distintas bolsas nacionales. De lo anterior se desprende la necesidad de superar las limitaciones que puede imponer el principio de territorialidad, si realmente se busca castigar los abusos que de tales conductas pueden surgir. Pues bien, la Directiva trata este punto en su art. 5.º,[94] de forma que, por ejemplo, las revelaciones que un residente de un Esta-

del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 501 y ss.; Otto, "El abuso de la información privilegiada como delito de peligro abstracto" (trad. Bernardo Feijoo Sánchez), *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 453 y ss.; Arroyo Zapatero, "El abuso de la información privilegiada en el derecho español vigente y en el proyecto de Código Penal", *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p.45 y ss. Trabajo publicado también en: *Estudios de derecho penal económico,* Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 61 y ss.; Hurtado Pozo, "El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo", *Hacio un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 411 y ss.; Giudicelli-Delage, "El delito de iniciados en el Derecho francés" (trad. Carmen Tomás-Valiente Lanuza), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 401 y ss.; López Barja de Quiroga, *"El insider trading", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 1993, p. 1.031 y ss.; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 348 y ss.

(91) Seminara, "Aspectos problemáticos...", p. 525-527.

(92) Art. 1, 1: "Información privilegiada: la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables o a uno o varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores".

(93) Asimismo, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 349.

(94) Art. 5: "Cada Estado miembro aplicará las prohibiciones que establecen los artículos 2, 3 y 4 por lo menos a los actos que tengan lugar en su territorio, en la medida en que los valores afectados se admitan a negociación en un mercado de un Estado miembro. En cualquier caso, cada Estado miembro considerará que las transacciones se efectúan en

do miembro haga al de otro país miembro, respecto de acciones transadas en otro Estado de la UE, puedan ser sancionadas.[95]

Por último, merece mencionarse lo referente al régimen sancionatorio que la directiva exige a cada Estado miembro. Del tenor del art. 13[96] se desprende que los Estados tienen la suficiente libertad para decidir la vía que estimen más adecuada; *lo importante es que las sanciones sean lo suficientemente disuasorias y proporcionadas.* El camino adoptado en la directiva es el más apropiado, pues, como se verá, el detallar la naturaleza de la sanción puede entrar en conflicto con el principio de legalidad.

En España[97] esta materia es regulada en la Ley 24/88, de 28 de julio, del mercado de valores.[98] Pues bien, sin entrar en mayores detalles,[99] cabe destacar que en el art. 81, apart. 3, se define lo que debe entenderse por información privilegiada, texto que corresponde plenamente a lo dispuesto en el art. 1, apart. 1, de la directiva. En lo que respecta a las sanciones, se ha optado por la vía administrativa, conforme se desprende de los arts. 95 y ss. Ahora bien, el art. 96 establece que si las conductas de abuso de información privilegiada configuran algún ilícito penal, el procedimiento que se siga podrá quedas en suspenso hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial, y que una vez reanudado el expediente, se respetará la apreciación de los hechos que contenga aquel pronunciamiento, lo que evita cualquier infracción al principio *ne bis in idem.* Sin perjuicio de lo anterior, el CP de 1995, en su art. 285, castiga el abuso de la información privilegiada en el ámbito del mercado de valores. Lo que se pretende es proteger la transparencia del mercado bursátil. El tipo limita la calidad de autor a quien use información privilegiada obtenida con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial. Así también, establece como condición objetiva de punibilidad que el provecho o el perjuicio ocasionado sea superior a setenta y cinco millones de pesetas. Por último, cabe mencionar que para la persecución del delito se requiere, conforme al art. 287, la denuncia previa del ofendido, salvo cuando la comisión del delito afecte a una pluralidad de personas o a los intereses generales. Dadas las particularidades propias del delito, estas últimas circunstancias suelen estar presentes.

su territorio cuando se efectúen en un mercado, tal como se define en el artículo 1, apartado 2, *in fine,* situado en dicho territorio o que opere en él".

(95) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 350.

(96) Art. 13: "Cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en ejecución de la presente Directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar al respeto de tales disposiciones".

(97) Para conocer en este punto la realidad normativa italiana, cfr. Foffani, "Tutela penal del mercado...", p. 501 y ss.; Seminara, "Aspectos problemáticos...", p. 523 y ss.

(98) Publicada en el *BOE* de 29.07.1988.

(99) Al respecto, cfr. Arroyo Zapatero, "El abuso de información...", p. 45 y ss.; González Cussac, "El abuso de la información privilegiada", *Cuadernos de Política Criminal,* 1989, p. 119 y ss.

La directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales[100] obedece, como ya se hace presente en la exposición de motivos, a que tanto la libre circulación de capitales como la libre prestación de servicios posibilitan el blanqueo de capitales,[101] amén de que la escasa coordinación, que en este sentido se observa entre los Estados miembros, permite tal actividad. Así también, se señala que el blanqueo influye notablemente en el aumento de la delincuencia organizada, siendo una de sus manifestaciones más palpables el tráfico ilícito de estupefacientes. Por otro lado, se hace hincapié en que no basta luchar empleando sólo instrumentos punitivos, sino que, además, también le cabe al sistema financiero desarrollar una tarea eficaz en tal sentido, como puede ser, por ejemplo, establecer métodos de control interno o examinar con especial atención aquellas transacciones que pueden estar vinculadas al blanqueo.

Para poder precisar cuál es la esfera de aplicación de las normas que se analizan, es necesario efectuar ciertas distinciones. La operación de blanqueo de dinero[102] supone, en primer lugar, que se está ante un dinero negro, esto es, aquel dinero que no está sometido al control de la Hacienda pública y, por lo tanto, permanece ajeno al régimen fiscal de un país.[103] Ahora bien, este dinero negro necesita *blanquearse* para poder, en definitiva, ser disfrutado en actividades ordinarias; para ello será preciso, en palabras de Bajo Fernández,[104] que el sujeto poseedor del dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpore al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza. Esto último nos indica un aspecto que es necesario distinguir, y es que *no*

(100) Cfr., entre otros, De Faria Costa, "El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del derecho penal y de la política criminal)" (trad. Paz Arenas Rodrigáñez), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 655 y ss.; Gómez Iniesta, "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español", *Estudios de derecho penal económico,* Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 137; Consejo del Poder Judicial, "El encubrimiento, la recepción y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria", *Cuadernos de Derecho Judicial,* febr. 1994; Pardon. "Le blanchiment del l'argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit", *Revue du Droit Pénal et de Criminologie,* 1992, p. 740 y ss; Flick, "La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 1.255 y ss; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 351-353.

(101) Así, Grasso, "L'incidenza del diritto...", p. 82.

(102) Si bien es cierto que las expresiones "lavado de dinero" o "blanqueo de capitales" no son en rigor técnicas, pues provienen de las esferas criminales, no dejan de ser bastante ilustrativas. Además, han sido acogidas sin mayores cuestionamientos en distintos países. Así, por ejemplo, se habla de "riciclaggio del denaro", "money laundering", "blanchiment de l'argent" o "geldwäscherei".

(103) Cfr. al respecto, Bajo Fernández, "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 73 y ss.

(104) Bajo Fernández, "Derecho penal económico...", p. 74.

todo el dinero negro tiene un origen delictivo. En efecto, también puede acontecer que éste provenga de actividades lícitas, pero que sobre él se tomó la determinación de sustraerlo al control fiscal. Respecto de ésta última situación, otras serán las figuras penales que en la especie se configuren, así, por ejemplo, el art. 305 del CP.

Nuestra atención debe centrarse en aquellos casos en que el dinero *sí tiene un origen criminal,* pues son estas circunstancias las que han motivado la normativa comunitaria.

Como es sabido, este tipo de operaciones ha generado una creciente preocupación, no sólo por la inestabilidad que pueden ocasionar al sistema financiero, sino también por las actividades delictivas que hay detrás de ellas (drogas, terrorismo, tráfico de armas etc.). Es así que organismos internacionales como Naciones Unidas, a través de la Convención aprobada en Viena el 19.12.1988, o el Consejo de Europa, con el Convenio de Estrasburgo de 08.11.1990, ya se han pronunciado al respecto, reflejando con ello que ya se ha asumido como un problema internacional, y que por lo tanto, internacionales también deben ser las medidas que se adopten para combatirlo.

Ahora bien, en lo que dice relación con la Directiva, destacan los siguientes aspectos: en su art. 1, al igual que el relativo al *insider trading,* define algunos elementos normativos, como las entidades de crédito, y qué actividades se consideran como blanqueo de capitales. Respecto de ésta última, conviene señalar las referencias que se hacen a la tentativa y a formas de participación.[105] Así también, la posibilidad –bastante criticable, por cierto– de admitir la responsabilidad penal objetiva.[106] En todo caso, tal facultad que se otorga a los Estados miembros no debe extrañar, pues el TJCE, en la sentencia *Hansen,*[107] estimó este tipo de medida como compatible con el Derecho comunitario. Por otra parte, en el mismo art. 1 se establecen reglas a fin de superar las barreras que podría generar el principio de territorialidad,[108] dado el carácter eminentemente internacional que caracterizan este tipo de actividades.[109]

(105) Art. 1: "A efectos de la presente Directiva se entenderá por: –blanqueo de capitales: (...)– la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución".

(106) Art. 1: "... El conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades mencionadas en el presente guión podrán establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas".

(107) Vid. STJCE *Hansen,* cit. n. 62; asimismo, Tiedemann, "El derecho penal económico, p. 243-244.

(108) Art. 1: "... Hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero".

(109) Por cierto llama la atención –en forma positiva, claro.– que ya en el ámbito comunitario, esto es, a través de Directivas, se establezcan disposiciones que afecten uno de los

La Directiva también se pronuncia sobre un aspecto bastante delicado en este tipo de transacciones, a saber, el secreto bancario. En efecto, resulta claro que toda medida que se quiera adoptar en este ámbito, será ineficaz si no se puede investigar los movimientos bancarios, pues precisamente las organizaciones criminales se valen de esta reserva para efectuar sus operaciones de blanqueo.

Pero, por otro lado, se debe conciliar esta necesidad con el deber de las entidades de mantener la discreción respecto de las transacciones y movimientos que efectúen sus clientes.[110] Pues bien, conforme al art. 6, deben comunicar a las autoridades cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo, facilitando la información que sea necesaria, no pudiendo las entidades notificar al cliente sobre dicha entrega ni que se está realizando una investigación (art. 8). Por su parte, el art. 9[111] exime de responsabilidad a la entidad de crédito, institución financiera, como así también, al empleado o directivo de una institución que de buena fe revele información que pudiera estar vinculada al blanqueo. Se hecha en falta que la eximente no abarque, asimismo, a testigos que aporten información sobre operaciones de blanqueo de dinero.[112]

En lo que dice relación con las sanciones (art. 14), la Directiva sigue la misma línea establecida por la que regula la información privilegiada, esto es, dejar a los Estados la decisión sobre qué medidas sancionatorias estimen más adecuadas. En todo caso, debe tenerse presente que en la Exposición de Motivos se consideran *las medidas de carácter penal como la principal herramienta para combatir el blanqueo de capitales.*[113]

obstáculos más fuertes para lograr una adecuada tutela de los intereses comunitarios, como lo es el principio de territorialidad.

(110) En este punto Pardon, "Le blanchiment...", p. 755, hace presente que el hecho de examinar las transacciones de la clientela –contrario al principio bancario de no-ingerencia– y el de informar a las autoridades –contrario al deber de discreción profesional– violarían el art. 8.1 de la Convención de 1950. Empero, esta ingerencia debe ser autorizada en la medida que sea necesaria para la seguridad nacional, dentro del principio de proporcionalidad y subordinada a la condición de que la medida sea apropiada para los objetivos que se persiguen.

(111) Art. 9: "La revelación, de buena fe, de las informaciones contempladas en los artículos 6 y 7, por parte de un empleado o directivo de una entidad de crédito o de una institución financiera, a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuesta por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará para la entidad de crédito, la institución financiera, sus directivos y empleados, ningún tipo de responsabilidad".

(112) Así también, Gómez Iniesta, "Medidas internacionales...", p. 147.

(113) Conviene hacer presente que los Estados de la UE, aun siendo todos firmantes del Convenio de Viena de 1988, en el cual se establece que las sanciones para este tipo de conductas deben ser penales (vid. art. 3.1 b), respecto de la Directiva no han seguido el mismo camino. Sólo se explica como una manera de dejar en claro a la UE que los Estados no tolerarán una intromisión en sus facultades punitivas.

La normativa española trata esta materia en los arts. 301 a 304 del CP y en la Ley 19/93, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.[114] En lo que respecta a ésta última ley, que transpone la Directiva analizada, corresponde resaltar algunos aspectos. Su art. 1, en cuanto regula el ámbito de aplicación, sintoniza plenamente con las exigencias de la Directiva, pues abarca las operaciones no sólo vinculadas con las drogas, sino también con otra clase de organizaciones delictivas. Asimismo, la definición que se hace del blanqueo de capitales concuerda con la expresada en la norma comunitaria. Por su parte, el art. 2 señala los sujetos que quedan obligados por las disposiciones de la ley en cuestión, precisando el art. 3 cuáles son estas obligaciones; entre ellas, además de las ya señaladas en la Directiva, está la de colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. El art. 4 preceptúa sobre la eximente de responsabilidad que se examinó *supra*. Por último, cabe resaltar el capítulo II, que regula el régimen sancionador. La ley sólo dispone de sanciones administrativas, las que se clasifican en graves y muy graves,[115] facultándose al Consejo de Ministros, respecto de las muy graves, y al Ministro de Economía y Hacienda, de las graves, la imposición de éstas.

Las sanciones penales están dispuestas en el CP, art. 301 a 304. Sin entrar en mayores disquisiciones, aquí se sancionan especiales formas de favorecimiento. El art. 301.1, si bien en su primera parte queda claro su carácter eminentemente económico, ya no lo parece tanto al incluir a quien realice actos para ocultar el origen ilícito o ayude al partícipe a eludir las consecuencias legales de sus actos. En este último caso, la norma en cuestión podría entrar en colisión con el art. 451, que tipifica el encubrimiento, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

El párrafo final del art. 301.1 aumenta la pena si el origen de los bienes se relacione con el tráfico ilícito de drogas. Si bien la actual normativa, a diferencia de la anterior, comprende a otras actividades delictivas, aún se observa que, para el legislador, las vinculadas a las drogas merecen una mayor reprobación.

Para terminar, el art. 304 sanciona la provocación, conspiración y proposición, lo que refleja el mayor desvalor de este tipo de delitos.

4.3.4 Ventajas y límites que presenta esta técnica

La técnica que se analiza ofrece mayores ventajas que la asimilación en pos de una mejor tutela de los intereses comunitarios, aunque para ello se requiere, claro

(114) Publicada en el *BOE* de 29.12. 1993.

(115) Si bien existen conductas, como el incumplimiento del deber de comunicar aquellas operaciones que puedan relacionarse con el blanqueo –que son sancionadas como infracción muy grave– dadas las circunstancias, nada impide que puedan ser calificadas a título de dolo eventual.

está, *un mayor esfuerzo normativo, tanto de las instituciones comunitarias como de los propios Estados miembros*. El que se deba legislar a partir de lo que "ordene" la UE y según un basamento mínimo, permite asegurar un tratamiento *punitivo más o menos* homogéneo. Además, el que se requiera la actividad legislativa de los Estados para llevar a cabo el proceso armonizador, posibilita, en principio, la superación de conflictos que en el ámbito del principio de legalidad se pueden presentar. Recalco lo de *en principio,* pues, como luego se expondrá, es necesario observar ciertos parámetros a fin de no vulnerarlo.

El que las normas comunitarias se pronuncien sobre las conductas a sancionar y ofrezcan definiciones de los elementos normativos que pueden conformar el tipo penal, constituye un importante antecedente sobre el cual construir el proceso armonizador, sobre todo si se tiene en cuenta que éstas otorgan un mínimo denominador; nada impide, por tanto, que los Estados puedan establecer disposiciones más severas.[116] Claro ejemplo de lo anterior lo conforman las dos directivas analizadas *supra*.[117] Bajo estos presupuestos no me parece se pueda menoscabar el principio de legalidad.[118]

Otra cosa es que las normas comunitarias dispongan acerca de la naturaleza de las sanciones, esto es, *si deben o no ser ésta penales.* Ya se vio en las directivas analizadas, que no hubo un pronunciamiento expreso y que, en definitiva, se dejaba a los Estados el determinar qué tipo de sanciones aplicar. Pero, *¿pueden las normas comunitarias obligar a los Estados a sancionar penalmente sin con ello violentar el principio de legalidad?* La posición de la doctrina en este punto es divergente. Así, por un lado,[119] se argumenta que ello es posible, esto es, que resulta legítimo imponer a los Estados criterios de determinación la opción sancionadora. Si bien la UE no cuenta con una competencia punitiva, sí cuenta con facultades normativas para procurar una armonización, si estima que las diferencias en los sistemas penales pueden incidir negativamente en el funcionamiento de la Comunidad. Por otro lado, se señala que el principio de legalidad bajo ninguna circunstancia se vería afectado, pues necesariamente debe haber una intervención del legislador nacional. Como señala Grasso,[120] el problema de la mayor o menor flexibilidad no debe plantearse en cuanto a si la UE puede o no exigir que se sancione penalmente –está claro que sí, según el autor– sino que, dadas las diferencias que pueden existir en la Parte general, no resulta conveniente una rigurosa determinación en el *quantum* de las penas.

(116) En este sentido, Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 633; idem, *Fraudes...*, p. 354.

(117) Vid., por ejemplo, el art. 6 de la Directiva sobre información privilegiada.

(118) Para este efecto, conveniente sería que el proceso armonizador se fundamentara en normas como el art. 100 A, TCE, pues indudablemente mayores objeciones se presentarían si el proceso se cimienta en normas como el art. 101, TCE.

(119) Entre otros, Grasso, *Comunidades...*, p. 217-220; idem, "La tutela degli interessi", p. 389-391; Pedrazzi, "Il ravvicinamento...", p. 476-477; Cuerda Riezo, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 631.

(120) Grasso, *Comunidades...*, p. 219.

Otra posición doctrinaria[121] discrepa con los planteamientos recién expuestos. En efecto, se señala que el obligar a los Parlamentos nacionales a establecer sanciones penales *vulneraría el principio de legalidad* en especial el de reserva de ley. El que una directiva disponga que debe sancionarse penalmente, supone una intromisión en las tareas que son propias de los Parlamentos nacionales. Equivaldría a que el Ejecutivo nacional (Consejo en el ámbito comunitario) creara tipos penales, afectando las funciones que le corresponden –dentro de un régimen democrático– al Parlamento. En definitiva, el que se pueda decidir acerca de la naturaleza de la sanción a imponer, es el margen de discrecionalidad mínimo que sólo compete al Congreso, y su menoscabo alteraría el principio de legalidad.

A mayor abundamiento,[122] la jurisprudencia del TJCE, al pronunciarse sobre el art. 5 del TCE, ha señalado que lo importante es que la sanción sea lo suficientemente eficaz,[123] sin indicar cuál debe ser su naturaleza. Por último, debe considerarse que tal flexibilidad permitiría conciliar el interés comunitario de sancionar eficazmente con los principios propios de la Parte general de cada Estado. Así, por citar un ejemplo, no todos los países sancionan penalmente a las personas jurídicas; es fácil percibir, entonces, los problemas de armonización que se presentarían si una directiva se pronuncia en este sentido.[124]

Es cierto que en estricto rigor, no parece que existan impedimentos para que una directiva disponga que los Estados deben sancionar penalmente determinadas conductas, pues el principio de legalidad estaría salvaguardado en la medida que se requiere la intervención legislativa de cada Estado. Empero, conforme al actual estado de desarrollo del Derecho comunitario, no resulta posible sostener la aseveración anterior, esto es, que el principio de legalidad no se vería lesionado. Si, como es sabido, por un lado tenemos que el principio tiene un *componente democrático*[125] que no es posible desatender, y por otro, que una de las carencias más notables de las instituciones comunitarias legiferantes es su falta de legitimidad democrática, resulta entonces difícil de aceptar que cuando una disposición comunitaria –incluso cuando emana del procedimiento "más democrático", como lo es el del art. 100 A– ordena a los Estados que deben castigar penalmente una deter-

(121) Así, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 362-366.

(122) Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 363.

(123) Vid. STJCE *Comisión c. Grecia,* cit. n. 33; STJCE *Hansen,* cit. n. 62; asimismo, vid. Sevenster, "Criminal law...", p. 50-51.

(124) En todo caso, sobre este punto, el TJCE ha resuelto que el art. 5 del TCE no puede obligar a un Estado miembro a introducir en su Derecho un régimen penal específico, tal como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. STJCE *Vandevenne y otros* de 02.10.1991, as. C-7/90, Rec. 1991-8/1.

(125) Al respecto, Silva Sánchez, *Aproximación...*, p. 252-253, señala que la dimensión política del principio de legalidad se refiere precisamente a la vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos. Tiene por objeto fundamental atender a la *legitimación democrática* de las disposiciones definitorias de los delitos y de las penas.

minada conducta, ello no sea visto como una clara violación del principio de legalidad. No debe olvidarse que normas como las directivas constituyen instrumentos del Derecho de integración; por lo tanto, lo que en el ámbito comunitario se disponga *debe* reflejarse en cada uno de los ordenamientos. Si bien es cierto que la técnica de armonización supone la actividad normativa de los Parlamentos nacionales, hay que considerar que éstos sólo actuarían para *transformar en ley* lo que otras instituciones –las comunitarias– ya decidieron.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente una característica del Derecho comunitario muy importante, vinculada al principio de primacía, y es que sus normas producen un "efecto dique", esto es, que ya transpuestas en las legislaciones nacionales no pueden ser posteriormente modificadas ni derogadas. Este efecto también es conocido como el de "petrificación legislativa".[126] Es evidente que, bajo estos parámetros, la participación del Parlamento se ve disminuida; más aún lo estaría, si se le priva de la facultad de determinar qué conductas son o no merecedoras de pena. Además, se estaría abiertamente dotando a las instituciones comunitarias de una potestad punitiva, pues de ellas dependería si un comportamiento deja o no de ser punible.

Las circunstancias expuestas, a saber, el "déficit democrático" y la "petrificación legislativa", hacen recomendable, cuando se emplea el procedimiento de armonización, que las normas comunitarias sólo se pronuncien sobre un mínimo, esto es, sobre cuáles son los objetivos a alcanzar, dejando que los Estados determinen el régimen sancionatorio que estimen más adecuado y eficaz. Las Directivas sobre información privilegiada y blanqueo de capitales conforman un buen ejemplo al respecto.[127] Lo anterior no quiere en todo caso significar que la técnica analizada no sea perfectible y que no se pueda alcanzar mayores niveles de armonización, pero, para ello, sería recomendable, antes que nada, superar la deficiencia democrática de que adolece el sistema legislativo comunitario. *Mientras se mantenga el Derecho comunitario en el estado en que actualmente se halla, el método en cuestión debe respetar los baremos expuestos precedentemente.*

5. Potestad sancionatoria comunitaria

5.1 Naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias

Ya se ha visto que para tutelar intereses comunitarios, es necesario recurrir a las legislaciones penales nacionales, sobre todo si se quiere obtener una mayor

(126) Vid. Nieto Martín, "Ordenamiento...", p. 633; idem, *Fraudes...*, p. 358.

(127) Al respecto, Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 242, señala, al tratar las Directivas en comento: "Lo cual significa que a la armonización le queda vedado tan sólo la determinación de la sanción, mas puede extenderse a la determinación de las prohibiciones y los mandatos, ya se encuentren éstos, como ocurre en el Derecho Penal accesorio, separados de la norma sancionatoria o se integren en el tipo penal, como

protección. Sin embargo, es preciso resaltar que las CE cuentan con su propia potestad sancionatoria. En efecto, si bien no disponen de competencias penales, sí están dotadas de competencias para establecer sanciones administrativas pecuniarias.

Es así que en el TCECA es posible encontrar una serie de disposiciones que confieren a la Comisión la facultad de imponer sanciones pecuniarias. Es posible citar, entre otros, los arts. 47, 50.3, 58.4, 65.5 y 66.6 Además, el art. 95, que autoriza a la Comisión a tomar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos del Tratado, le confiere también la facultad de establecer sanciones. Por su parte, el TCEEA no dispone de sanciones pecuniarias, según se desprende del art. 83. Conforme a este precepto, los castigos –aplicables tanto a personas físicas como a empresas– podrán consistir en amonestaciones o supresión de ventajas especiales.

El TCE, en cambio, no instituye por sí mismo ninguna sanción, sino que, conforme al art. 87, se remite a reglamentos o directivas para el establecimiento de multas y medidas coercitivas, a fin de garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los arts. 85 y 86. Disposiciones estas últimas que tienen por objeto, en general, impedir aquellas prácticas de las empresas que puedan alterar la libre competencia.

El mandato del art. 87 se materializó en el Reglamento 17/62 del Consejo.[128] Si bien con posterioridad se han dictado otros textos normativos, éste constituye el principal cuerpo sancionador.[129]

En cuanto a la naturaleza jurídica de estas sanciones, han sido las propias disposiciones comunitarias las que se han preocupado de precisar –ya sea en forma expresa o implícitamente– su desvinculación del Derecho Penal.[130] Si bien el interés de las autoridades comunitarias por resaltar esta demarcación es un argu-

sucede con los tipos del StGB. Con otras palabras, y simplificando los términos: la carencia de competencia comunitaria para adoptar 'directivas penales' no se refiere al Derecho Penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales".

(128) Publicado en el DOCE n. L 204, de 21.02.1962.

(129) En este sentido, Isaac, *Manual de derecho comunitario general,* Barcelona, 1995, p. 239; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 59.

(130) Así, por ejemplo, art. 15 del Reglamento 17/62. Además, para Sgubbi, "Voce diritto...", p. 1.225, del art. 83 del TCEEA también se puede llegar a la misma conclusión, pues las sanciones allí contenidas tienen un enfoque civil, dado que éstas se presentan como una privación en detrimento del contraventor. Por su parte, Grasso, *Comunidades...*, p. 87, argumenta, para corroborar el carácter no-penal de las sanciones, que el art. 192 del TCE, al exigir, por un lado, que las decisiones de la Comisión o el Consejo, que imponen obligaciones pecuniarias a personas distintas de los Estados, sean títulos ejecutivos, y por otro, que la ejecución forzosa se rija por las normas de procedimiento civil de los Estados en que se lleve a cabo, refleja la intención de impedir el establecimiento de sanciones distintas a las pecuniarias. A mayor abundamiento, si para la ejecución se exige la aplicación de normas civiles, se imposibilita hablar siquiera de sanciones penales.

mento muy importante para fijar la naturaleza extrapenal de las sanciones comunitarias, no debe olvidarse que la principal distinción proviene de que éstas son impuestas por una autoridad administrativa, como lo es la Comisión.[131] Amén de lo anterior, hay autores que fundamentan el carácter no penal de las sanciones en que éstas no dan lugar a antecedentes penales, como así también, que en caso de incumplimiento del pago no se transforman en penas privativas de libertad.[132]

Aun cuando la posición dominante en la doctrina es la expuesta, han surgido voces, principalmente francesas, argumentando que el estimar a las sanciones pecuniarias comunitarias como no-penales es sólo *una ficción jurídica*.[133] En efecto, la afirmación del art. 15 del Reglamento 17/62 acerca del carácter no-penal de las multas proviene de una ficción, pues los Estados no quieren sentar el precedente de una transferencia de sus potestades represivas. Sin embargo, estas sanciones, que son impuestas para castigar y no para reparar, responden más bien a la definición de pena. La multa es aplicada por una institución pública, en el ejercicio de sus atribuciones y no en el marco de una relación privada con una empresa.[134]

En definitiva, las multas son *materialmente* penales, *aunque formalmente* no se haya reconocido así.[135]

Estas discrepancias acerca de la verdadera naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias traen a colación la siempre difusa distinción entre las infracciones administrativas y las penales. Sin entrar en mayores profundidades,[136] pues desborda el objeto de este trabajo, es necesario conocer cuáles son los parámetros que permitirían trazar una línea divisoria más o menos clara entre uno y otro injusto.

(131) Así, Grasso, *Comunidades...*, p. 87; idem, "Verso un diritto...", p. 632; Nieto Martín, Fraudes..., p. 96; Bricola, "Alcune osservazioni...", p. 216.

(132) Entre otros, Grasso, *Comunidades...*, p. 87; Bricola, "Alcune osservazzioni...", p. 216.

(133) En este sentido, Legros, quien al intervenir en el seminario "Droit et Vie des Affaires", publicado en *Revue du Droit Pénal et de Criminologie,* 1968-1969, p. 815, señala: "Si el reglamento 17 ha previsto que no se trata de una sanción penal, lo hace en virtud de una ficción, que debe haber sido querida para no ofender a los países en donde se considera que las personas morales no pueden delinquir, y para no crear una excepción demasiado enfática al principio de territorialidad del Derecho Penal"; asimismo, Lombois, *Droit pénal international,* Toulouse, 1971, p. 172-173.

(134) Lombois, *Droit pénal...*, p. 172.

(135) Lombois, *Droit pénal...*, p. 173.

(136) Al respecto, cfr. entre otros, Torio López, "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría,* Madrid, 1991, t. III, p. 2.529 y ss.; Quintero Olivares, "La autotutela, los limites del poder sancionador de la Administración pública y los principios sancionadores del derecho penal", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia,* n. 1.608 a 1.610, 1991, p. 4.217 y ss.; Paliero, "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica" (trad. C. Suárez González), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 469 y ss; idem, "Il 'diritto eale-amministrativo': profili comparatistici", *Rivista Trimestrale di Diritto Publico,* 1980, l.254y ss.; Parada Vásquez, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", *Revista de la Administración Pública,* 1972, p. 41 y ss.; Polaino Navarrete, "Delimitaciones jurídicas del sistema punitivo: derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador", *Criminalidad actual y derecho penal,* Colección: Estudios Criminológicos, Córdoba, 1988, p. 47 y ss.; Dolcini, "Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1987, p. 777 y ss.; Dolcini y Paliero, "L'illecito amministrativo neil ordenamiento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1980, p. 1.134 y ss.; Delmas-Marty, "I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1987, p. 731 y ss.; Mattes, *Problemas de derecho penal administrativo* (trad. J. M. Rodríguez Devesa), Jaén, 1979, quien hace un estudio sobre la evolución histórica y el Derecho comparado; Nieto García, *Derecho administrativo sancionador,* Madrid, 1993.

El punto no es fácil de dilucidar, pues las diferencias no se presentarían en un orden cualitativo ni cuantitativo,[137] sino más bien serían, como ha puesto de relieve Torío López,[138] de carácter valorativo. Es decir, la distinción entre ambas formas de injusto supone, previamente, una apreciación estimativa, a fin de determinar si el injusto determinado es merecedor de una sanción penal o sólo de una sanción administrativa.[139]

Para Torío López el recurrir al procedimiento valorativo presupone "un conocimiento cuidadoso de la materia que venga en consideración (por ej., infracciones tributarias, infracciones de tráfico, infracciones sociales, urbanísticas, ecológicas etc.). La descripción rigurosa, el conocimiento de las propiedades materiales del comportamiento, de su dirección de ataque, de su contradicción con la conciencia ético-social etc., son presupuestos indispensables de la ulterior valoración jurídica. Las propiedades y naturaleza de las cosas no son indiferentes axiológicamente. La naturaleza del interés atacado puede ser determinante de la decisión político-jurídica".[140]

Conforme al método valorativo, es posible señalar que existen ámbitos o zonas que nunca pueden ser consideradas como infracciones administrativas. En

(137) Cobo Del Rosal y Vives Antón. *Derecho penal. Parte general,* 3. ed., Valencia, 1991, p. 45-46, hacen una breve exposición de las distintas teorías diferenciadoras.

(138) Torío López. "Injusto penal...", p. 2.539; En contra, Jescheck, Tratado..., I, p. 81, para quien las diferencias serían sólo de orden cuantitativo.

(139) Cfr. Amelung. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin" (trad. J. M. Silva Sánchez), en: Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales,* Madrid, 1991, p. 98-99, quien construye grupos de casos para determinar cuando recurrir a medios jurídico-penales en vez de reacciones propias del Derecho Administrativo; para Paliero, "La sanción administrativa...", p. 475, el único elemento seguro de diferenciación entre sanción criminal y sanción administrativa es que, respecto de esta última, falta la estigmatización, es decir, la degradación del condenado hajo el aspecto ético-social.

(140) Torío López. "Injusto penal...", p. 2.541.

efecto, para Jakobs,[141] la infracción de las normas que conforman el ámbito central o nuclear, sólo puede ser estimada como infracción penal, esto es, cuando se ataca a bienes estimados centrales o capitales, esto sólo puede ser calificado como delito o, en su caso, atípico, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así, se corre el grave riesgo de desplazar inadecuadamente partes que son estimadas imprescindibles para la identidad de la sociedad.[142]

Estos ámbitos o zonas, respecto de los cuales sólo cabe la protección penal, deben tener como referencia la persona humana. Es decir, como afirma Silva Sánchez,[143] no pueden incriminarse modalidades de ataque a bienes que no redunden en peligro grave para los individuos. Es necesario evitar la creciente tendencia de incriminar los llamados "delitos de víctima difusa", en los que más bien se expresan objetivos de organización política, económica y social, y en los que lejanamente se afecta al individuo.[144]

Justamente en estos casos, cuando lo que se busca es precisamente regular ámbitos sectoriales –como el tráfico vial o la competencia– en donde no hay una referencia a la persona como ser individual, es preferible recurrir a las infracciones administrativas. Como esta vía pretende disciplinar y organizar actividades sectoriales, nada impide, entonces, adelantar la barrera protectora, de forma que se castiguen conductas que sólo puedan poner en peligro el buen funcionamiento de estas actividades. Cuestión esta última bastante discutible, si se recurriera a mecanismos jurídico-penales.

Precisamente, las sanciones pecuniarias comunitarias responden a las características propias de las sanciones administrativas.[145] En efecto, el Derecho sancionador comunitario está centrado fundamentalmente en el adecuado funcionamiento de la competencia; las sanciones se dirigen en ese sentido, como lo ilustran, por ejemplo, los arts. 85 y 86 del TCE.

(141) Jakobs. *Derecho penal. Parte general* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, p. 66.

(142) Jakobs. *Tratado...*, p. 67, pone como ejemplo la tentativa de homicidio en caso menos grave. Si bien puede estimarse como un caso de bagatela, debe relacionarse éste en el contexto normativo que se mueve, y es en el de las normas pertenecientes al ámbito central. Por tanto, si esta conducta se castiga, sólo lo será como delito, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así –estimándola en el mismo nivel de la emisión de ruidos molestos– desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central.

(143) Silva Sánchez. *Aproximación...*, p. 292.

(144) Silva Sánchez. *Aproximación...*, p. 291, quien agrega que aquello no significa evitar la protección penal de los llamados bienes universales, como la Administración Pública o de Justicia, las instituciones económicas etc., pero es necesario, para ello, concebir dichos bienes en un sentido *instrumental* respecto de la persona humana.

(145) Al respecto, vid. Vervaele, "Poderes sancionadores de y en la Comunidad europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?" (trad. J. Bengoetxea), *Revista Vasca de Administración Pública,* n. 37, 1993, p. 167 y ss.

Ahora bien, el ordenamiento comunitario, al emplear sanciones administrativas, ha obligado al TJCE –a falta de reglas escritas– a desarrollar una serie de garantías propias de la Parte general del Derecho Penal, como lo son el principio de legalidad y el de culpabilidad.[146] Hay que indicar que la labor realizada por el TJCE en este sentido, se corresponde, además, con los principios ya desarrollados tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por los Tribunales Constitucionales alemanes, italianos y españoles, y asimismo, con las leyes de contravenciones de Alemania, Italia y Portugal.[147] El TJCE tiene muy presente que una ausencia de garantías puede generar conflictos en el ámbito constitucional con los Estados miembros, y es por ello que intenta que estas *garantías constitucionales* se vean expresadas en el ordenamiento comunitario.

Por otro lado, cabe resaltar que al, procurar el Tribunal de Luxemburgo desarrollar un Derecho comunitario garantístico, ha obligado a que los Estados reflejen en sus ordenamientos tales reglas. Así ocurrió en Francia, la que se vio forzada a reconocer el principio de culpabilidad en su Derecho aduanero.[148]

En este sentido, Nieto García apunta: "Con esta elaboración analítica ('química') del Derecho Administrativo sancionador de la Comunidad Europea se está produciendo una curiosa transmisión del pensamiento jurídico a través de los flexibles vasos comunicantes de la Jurisprudencia. Tal como acaba de decirse, *los principios más generalizados en alguno de los Estados miembros pasan a la Comunidad Europea por el canal de su Tribunal de Justicia, y desde allí se produce un ejecto de retroalimentación, puesto que vuelven a los ordenamientos jurídicos de los demás Estados ya con el marchamo del Derecho comunitario,* progresando con ello la homogeneización de todos los Derechos".[149]

5.2 *Principios del Derecho sancionador comunitario*

A continuación, expondré en sus aspectos más esenciales, cuáles son las reglas fundamentales que componen esta Parte general del Derecho sancionador comunitario.[150]

(146) Grasso, *Comunidades...*, p. 92, señala que los ilícitos comunitarios podrían parangonarse, en lo referente a su naturaleza jurídica, con el *Ordnungswidrigkeiten* del Derecho alemán o con el Derecho Penal Administrativo italiano. Ambos ordenamientos han desarrollado una Parte general muy similar a la del Derecho Penal, como también ocurre en el Derecho portugués.

(147) En este sentido, Tiedemann, "El derecbo penal económico", p. 246.

(148) Resulta contradictorio que en el caso *Hansen*, el TJCE no haya puesto reparos en los supuestos de responsabilidad objetiva que contempla la legislación danesa.

(149) Nieto García, *Derecho administrativo...*, p. 93.

(150) Para mayor detalle, cfr. entre otros, el completo trabajo de Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 123 y ss; asimismo, Tiedemann, "Reglas y garantías de la Comunidad europea en materia penal administrativa" (trad. R. de Vicente Martínez), *Estudios de derecho pe-*

5.2.1 Principio de legalidad

Aunque nadie puede discutir la importancia de este principio en un Estado de Derecho y el papel que juega en materia penal, la cuestión surge, en cambio, tratándose del Derecho comunitario, dadas las particularidades que este ordenamiento tiene.

Al respecto, es necesario subrayar que este principio es plenamente valorado en el ámbito comunitario; cabe considerar que tanto los ordenamientos nacionales de los Estados miembros –que reconocen este principio al tratar sus infracciones y sanciones administrativas– como el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[151] suponen una obligación para el ordenamiento comunitario en cuanto a su reconocimiento.

Ahora bien, aun cuando desde su vertiente formal el principio encuentra dificultades de contenido, dada la carencia de legitimidad democrática del "legislador comunitario", esta dificultad podría mitigarse empleando el procedimiento del art. 189 B del TCE, pues a través de éste, el Parlamento europeo tiene activa participación.[152] En todo caso, este aspecto, como se ha resaltado *supra,* constituye una tarea pendiente para la UE.

En lo que dice relación a la vertiente material, esto es, al mandato de determinación, cabe considerar que en su aplicación se encuentran algunas dificultades. En efecto, por un lado, los propios Derechos nacionales exhiben, en este orden, cierta flexibilidad, tratándose de ilícitos de orden administrativo;[153] así, por ejemplo, en Alemania se acepta que el grado de determinación sea menor tratándose de sanciones menos graves. Unido a esta situación nada satisfactoria, se debe considerar que el propio ordenamiento comunitario emplea términos no muy precisos, como *abuso de posición dominante, ataques análogos, práctica concer-*

nal económico, Arroyo Zapatero y Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 255 y ss.; idem, "El derecho penal económico...", p. 246 y ss.; idem, "Lecciones...", p. 76 y ss.; Dannecker, "Sanciones y principios de la Parte general del derecho de la competencia en las Comunidades europeas" (trad. J. A. Lascuráin Sánchez), *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann,* Madrid, 1995, p. 545 y ss.; Grasso, *Comunidades...*, p. 126 y ss.

(151) Art. 7: "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales al Derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

(152) Así también, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 124.

(153) Cfr. Grasso, *Comunidades...*, p. 131; Tiedemann, "Reglas y garantias...", p. 259; Paliero, "Il diritto penale...", p. 1.284.

tada etc.[154] A este respecto, se puede citar el asunto *Hoffmann-La Roche*,[155] pues en él se planteó que la indeterminación de los términos empleados por el art. 86 del TCE, como *explotación abusiva oposición dominante,* no podían fundamentar la imposición de una multa, ya que se transgredía el art. 7 del Convenio de 1950, norma que forma parte de ordenamiento comunitario. El TJCE rechazó tales argumentos, señalando que las empresas, conforme al Reglamento 17/62, han contado con la posibilidad de obtener aclaraciones en tomo a la aplicación del art. 86.

Las instituciones comunitarias, como la Comisión o el propio TJCE, en cierta manera concientes de que las disposiciones comunitarias adolecen de una falta de determinación, han recurrido a una serie de pautas a fin de hacer frente a tal situación.[156] Así, por ejemplo, establecer en un principio multas simbólicas, respecto de aquellas conductas cuya sanción sea una novedad. Otro mecanismo es que la Comisión dirija recomendaciones a las empresas a fin de que cesen en la infracción.

En lo que respecta al principio de irretroactividad –uno de los corolarios fundamentales del principio de legalidad–, éste siempre ha encontrado reconocimiento en la normativa comunitaria. En efecto, ya desde los albores de las CE ha sido contemplado como principio general de Derecho comunitario, según ya se aprecia en el asunto *Bosch*.[157] Así también, en la sentencia *Regina/Kirk*,[158] en la cual el TJCE expresamente afirma: "El principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, consagrado por el artículo 7 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que forman parte integrante de los principios generales de Derecho cuya observancia la Corte debe asegurar".

Al igual que el principio anterior, la prohibición de analogía también encuentra eco en el ordenamiento comunitario. Es así, como señala Grasso,[159] que para las

(154) Como indica Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 126, esta indeterminación en los conceptos no es una característica exclusiva del Derecho comunitario, sino que es común en las legislaciones que regulan la competencia, dada la capacidad de los agentes de crear nuevos medios no previstos en las legislaciones.

(155) Sentencia TJCE *Hoffmann-La Roche* de 13.02.1979, as. 85/76, Rec. 1979-1.

(156) Sobre este aspecto, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 128-130.

(157) Sentencia TJCE *Bosch* de 06.04.1962, as. 13/61, Rec. 1962.

(158) Sentencia TJCE *Regina/Kirk* de 10.07.1984, as. 63/83, Rec. 1984-7; asimismo, la sentencia TJCE *Kolpinghuis Nijmegen BV* de 08.10.1987, as. 80/86, Rec. 1987-9, la que señala: "... esta obligación está limitada por los principios generales de Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de la seguridad jurídica y de la irretroactividad. Por consiguiente, una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan"; en la Sentencia TJCE *Fedesa,* cit. n. 36, se afirma que, si bien puede admitirse excepcionalmente la retroactividad de las leyes extrapenales, ello no está permitido en el ámbito de lo penal.

(159) Grasso. *Comunidades...*, p. 131.

eventuales lagunas en la previsión de las conductas ilícitas no puede recurrirse al método analógico. Sólo cabe sancionar las prácticas graves y claramente prohibidas.[160]

5.2.2 *Causas de justificación*

Su análisis debe realizarse en un doble aspecto, a saber, desde la propia normativa comunitaria, y por otro lado, considerando aquellas que están establecidas en los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros.

En lo que dice relación al primero, cabe señalar que el art. 85.3 del TCE regula una serie de conductas, que si bien están prohibidas, bajo determinadas circunstancias son permitidas. En efecto, dicho artículo, que en general prohíbe las prácticas que pueden afectar la competencia, las autoriza en la medida que "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante". Además, no se debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, y que el acuerdo no ofrezca a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos. Ahora bien, para lo anterior es necesario que la Comisión autorice el acuerdo, debiendo, por ello, ser notificada. Por tanto, no es posible la imposición de multas por actuaciones posteriores a la notificación y anteriores a la determinación de la Comisión.

Considerando que las circunstancias previstas en el art. 85.3 están supeditadas, en definitiva, a una notificación previa, se hace suponer que más que una causa de justificación, constituyen una condición que excluye la punibilidad, pues las notificaciones, y por lo tanto la supresión de la multa, se han establecido para que el control que la Comisión ejerce sobre los acuerdos sea más eficaz.[161]

Ahora bien, la duda surge si concurriendo alguna de las circunstancias del art. 85.3 y no mediando notificación, es posible invocar tales acuerdos como causas de justificación. Al parecer no. La notificación –para el posterior pronunciamiento de la Comisión– se presentaría como requisito indispensable, para que lo dispuesto en el artículo en cuestión tenga algún efecto.

En lo referente a las causas de justificación genéricas, éstas han sido invocadas ante el TJCE. En efecto, como se examinará a continuación, causas como la legítima defensa y el estado de necesidad son plenamente válidas en el ordenamiento comunitario. Si bien es ésta última la que encuentra un mayor espacio para su invocación, hay que recalcar que no siempre tienen una buena recepción.

Es así que, con respecto al estado de necesidad –conforme a los pronunciamientos del TJCE–, es posible delinear cuáles son los elementos para su

(160) Vid. Tiedemann. "El derecho penal económico...", p. 247.

(161) Asimismo, Grasso. *Comunidades...*, p. 147-148.

configuración: a) presencia de un peligro grave, que amenace seriamente la existencia de la empresa; b) que no haya sido creado por ésta; c) infracción de la norma comunitaria sea el único medio para garantizar la supervivencia de la empresa.[162]

Ha sido por aplicación del art. 58 del TCECA, cuando mayores veces se ha invocado la presente causa. En efecto, conforme a dicho artículo, se establecen cuotas de producción, cuando se está ante períodos de contracción de la demanda. El exceso por parte de alguna empresa es castigado con multas. Precisamente, son en estas etapas de crisis cuando las empresas invocan la situación de necesidad para justificar su exceso en el régimen de cuotas. Empero, el TJCE ha sido bastante cauto en estos casos, pues justamente lo que pretende el TCECA al regular las cuotas, es garantizar la supervivencia de todo un sector productivo, más que de una sola empresa.[163]

Como señala Dannecker, "El Tribunal de Justicia considera al respecto que se dañaría seriamente la regulación de las cuotas de producción si cada empresa pudiera eludir las restricciones bajo la invocación de un estado de necesidad a causa de serias dificultades económicas y rebasar a su arbitrio la cuota de producción que se le ha atribuido. La reacción en cadena que provocaría conduciría al desmoronamiento del sistema. En la participación en el tráfico económico rige el principio de que las dificultades económicas que tienen su causa en los peligros generales del mercado no pueden ser trasladadas a un tercero o a la generalidad bajo la invocación de un estado de necesidad. (...) Sólo peligros que existen fuera del mercado pueden conducir a una justificación".[164]

En cuanto a la legítima defensa, su esfera de aplicación es más bien reducida, por lo que resulta improbable su configuración. Se pueden citar dos sentencias del TJCE que se han pronunciado al respecto, *Acciaie di Modena* y *Valsabbia*,[165] aunque en ambas se rechazó la concurrencia de la causa. Es así que, en el primer asunto, el Tribunal apuntó que la legítima defensa supone la realización de una actividad necesaria para eludir el peligro que amenaza al sujeto que actúa; además, la amenaza debe ser directa, el peligro inminente y que no exista otro medio lícito para eludirlo. En el asunto *Valsabbia,* en cambio, se habló de un ataque ilegítimo y no de una simple amenaza de peligro.

Generalmente se argumenta, para no admitir su configuración, que siempre está la vía de denunciar ante los organismos de la UE –que dice relación con el tercero de los requisitos–, las agresiones ilegítimas, como lo son, por ejemplo, las prácticas de *dumping*.

(162) Al respecto, cfr. Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 555; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 183; Grasso, *Comunidades...*, p. 149-150.

(163) Vid. Grasso. *Comunidades...*, p. 151; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 184.

(164) Dannecker. "Sanciones y principios...", p. 555-556.

(165) Sentencias TJCE *Acciarie di Modena* de 12.07. 1962, as. 16/61, Rec. 1962; *Valsabbia* de 18.03.1980, as. 154/78 y otros, Rec. 1980-2.

5.2.3 *Principio de culpabilidad*

Si bien en el Derecho Penal *stricto sensu* constituye un requisito indispensable de imputación, en el Derecho Administrativo su concurrencia no parece tan clara. En efecto, en el Derecho comparado, sólo algunas legislaciones de los Estados miembros –como las de Alemania, Italia, Portugal y España– exigen la culpabilidad como condición esencial para la imposición de una sanción administrativa. En cambio, en países como el Reino Unido, Dinamarca o Grecia, se admite la responsabilidad objetiva.[166]

Por lo tanto, no es de extrañar que en el ámbito comunitario haya cierta confusión y que el principio no esté lo suficientemente consolidado.

Si bien en el ámbito de aplicación de las multas que establece el TCE, es necesaria la concurrencia de dolo o imprudencia,[167] lo anterior no aparece tan claro tratándose del TCECA. Así pues, en lo que se refiere a las sanciones que impone dicho tratado, tras un período de cierta incertidumbre, se ha estado imponiendo la noción de exigir la concurrencia de este principio.[168] En este sentido, se puede citar el asunto *Thissen*,[169] pues en él se planteó, precisamente, la necesidad de que debe concurrir la culpabilidad para la imposición de la sanción, como se desprende de las conclusiones del Abogado general Verloren Van Themaat.[170] Aun cuando el TJCE en definitiva condenó a la empresa, rechazando

(166) Vid. Tiedemann. "Reglas y garantías...", p. 264-265, que apunta que el principio *nulla poena sine culpa* se halla menos afianzado en los ordenamientos nacionales que el principio de legalidad.

(167) El art. 15 del Reglamento 17/62 exige que la infracción sea cometida deliberadamente o por negligencia.

(168) Así, entre otros, Tiedemann, 'Reglas y garantías...", p. 266.

(169) STJCE *Thissen* de 16.11.1983, as. 188/82, Rec. 1983-5.

(170) En sus conclusiones sobre el asunto *Thissen,* el Abogado general señala: "El texto de las disposiciones citadas del tratado CECA no indica si una culpa o propósito deliberado son siempre necesarios para poder imponer una multa y tampoco resulta que sea un obstáculo la ausencia de culpa. Solamente el artículo 65, § 5, menciona expresamente una condición de culpa, mientras que en los artículos 47, § 3, y 66 puede deducirse esta condición de los comportamientos que se describen allí. Para las disposiciones en materia de competencia del TCEE, esta condición se formula explícitamente en el artículo 15 del Reglamento 17/62. Teniendo en cuenta el hecho de que en la mayoría de los Estados miembros se aplica el principio 'nulla poena sine culpa', como el demandante lo ha expuesto con detalle a la audiencia, este adagio debe también valer, según nosotros, para las multas previstas en las disposiciones CECA que hemos citado. Nosotros reenviamos igualmente esta tema al artículo de J. J. Jescheck, "Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften", *Zeitschirft für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,* vol. 65 (1953), p. 510, y a R. Winkler, *Die Rechtsnatur der Geldbusse im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirschaftsgemeinschaft,* Tübingen, 1971, p. 87 y ss. La misma Comisión ha reconocido que si las multas tienen un carácter penal, el principio citado es aplicable".

las alegaciones de la Comisión –en cuanto a que las multas sólo dependen de la trasgresión de las cuotas de producción–, redujo la cuantía de las multas a niveles muy bajos, considerando para ello componentes subjetivos. De lo anterior, se desprendería en este ámbito un reconocimiento por parte del TJCE del principio de culpabilidad.[171]

Sin embargo, decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias hacen dudar si efectivamente el principio de culpabilidad es asumido plenamente en el ámbito comunitario. Así pues, en el caso *Hansen,* el TJCE no estimó contrario al Derecho comunitario el régimen de responsabilidad objetiva que contempla la legislación danesa. Por otro lado, la Directiva sobre blanqueo de capitales autoriza a los Estados miembros a implantar un sistema de responsabilidad objetiva.[172]

Un aspecto digno de atención es que, muchas veces, tanto la Comisión como el TJCE, al fundamentar sus resoluciones, no distinguen entre conductas dolosas o imprudentes a la hora de imponer las sanciones, basta que los delitos hayan sido cometidos "a menos por negligencia". El propio Reglamento 17/62 incurre en este error, pues señala que las infracciones deben cometerse deliberadamente o por negligencia, sin precisar una u otra modalidad. Esta es una situación que no se puede seguir sosteniendo, ya que en la determinación de la sanción se debe diferenciar si la acción ha sido dolosa o sólo imprudente. Además, el sistema sancionador comunitario admite que determinadas infracciones sólo pueden ser cometidas con dolo, así por ejemplo, el art. 47 del TCECA, que sanciona a las empresas que suministran conscientemente información falsa.[173]

5.2.4 *Autoría y participación*

Si se considera que las empresas son los destinatarios de la mayor parte de las normas comunitarias –así, los arts. 85 y 86 del TCE, que además exigen abuso de posición dominante–, al restringirse el círculo de autores, la naturaleza de estas infracciones comunitarias presentarían las características propias de los delitos especiales.[174] El problema que se presenta entonces es, ¿qué sucede con la participación?, ¿es posible castigar a empresas que han colaborado en acuerdos prohibidos, pero que no forman parte de él? Estimo que no. La normativa comunitaria nada ha previsto al respecto, por lo que sólo debiera sancionarse a aquellas empresas que realicen los comportamientos prohibidos. Actuar en sentido contrario violentaría el principio de legalidad.

Precisamente, así lo ha expuesto Dannecker: "Contra la aplicación de normas de prohibición del Derecho de la Competencia a las acciones de participación

(171) Así, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 558.

(172) Vid. supra, n. 106.

(173) Vid. al respecto, Grasso, *Comunidades...*, p. 140; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 192.

(174) En este sentido, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 549; Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 252.

existen objeciones desde la perspectiva del Estado de Derecho. Ya el tenor literal habla en contra de la punibilidad de la participación, y este obstáculo no puede ser superado a través de la interpretación sin colisionar con el principio de legalidad. Con ello se plantea la cuestión de la delimitación entre autoría y participación. Esta demarcación, normalmente difícil, se facilita por el hecho de que los delitos de competencia son delitos especiales. De ahí que sea decisivo determinar con más precisión la condición de los deberes. Únicamente las empresas que sean competidores, oferentes o demandantes en el mercado en cuestión, o que adopten cláusulas complementarias limitadoras de la competencia, son empresas en el sentido del art. 85, TCEE".[175]

Ahora bien, si es la empresa la destinataria de la norma comunitaria, importante será, entonces, precisar cuáles son los elementos que la individualizan.

En el Derecho comunitario, tanto originario como derivado, no se hallan definidos por lo que será necesario recurrir a las precisiones, que para este efecto haya realizado el TJCE. En un primer momento, los factores determinantes de una empresa eran la independencia jurídica y la participación en la vida económica. Más tarde, el concepto fue derivando hacia uno más amplio, de manera que pudieran comprenderse las llamadas *unidades económicas*.[176] Tal construcción ha permitido imputar las infracciones cometidas por una sociedad a otra, en la medida que entre ellas exista una relación de dependencia. En efecto, las características fundamentales de las unidades económicas son que existe una sociedad matriz que posee todo o casi todo el capital de una sociedad filial, de forma que aquélla puede influir decididamente sobre las políticas a seguir por la filial.[177] Así, el TJCE en el asunto *ICIc. Comisión*[178] ha señalado que la circunstancia de poseer la sociedad filial una personalidad jurídica diferente a la matriz, no es suficiente para excluir la responsabilidad de ésta por la conducta de aquélla. Además agrega que, aun siendo una sociedad con personalidad jurídica distinta, no determina autónomamente su comportamiento, sino que sigue las directrices que le ordena la matriz. Por último, concluye que la relación existente entre la sociedad filial con la matriz permite aseverar que ambas conforman una unidad económica.

(175) Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 551-552; asimismo, Tiedemann, "El derecho penal económico...", p. 252- 253, apunta que en el Derecho comunitario no existe ninguna cláusula de extensión de la punibilidad, como sí se contempla en el art. 14, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG). Además, señala: "De *lege* lata hoy en el Derecho comunitario al no existir una declaración expresa al respecto, y ser más conforme con el Estado de Derecho un concepto restrictivo de autor, es dudosa la sanción de aquellas personas que no realizan el tipo"; en contra, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 215, quien sostiene que el Derecho comunitario admite un concepto unitario de autor y que es el mismo adoptado por el art. 14, OWiG.

(176) Vid. al respecto, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 549.

(177) Para mayor detalle sobre el concepto de unidad económica, vid. Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 216-225.

(178) Sentencia TJCE *ICI c. Comisión* de 14.07.1972, as. 48/69, Rec. 1972.

Lo determinante debe ser, entonces, para responsabilizar a la matriz, no si esta posee el capital de la filial, sino *el ejercicio efectivo de una dirección que realiza la sociedad principal sobre la controlada*.[179]

Cabe señalar, por último, que la circunstancia de que en Derecho comunitario se emplee el término empresa, en vez de persona jurídica, puede haber ayudado, dada su cierta indeterminación, a una mayor eficacia. En todo caso, tampoco es lo óptimo, pues indudablemente plantea problemas de seguridad jurídica.[180]

6. Efectos negativos del Derecho comunitario sobre los ordenamientos penales nacionales

6.1 Introducción

Supra se explicó de qué manera la actividad legislativa comunitaria podía importar un incremento de la normativa penal de los Estados miembros. Pues bien, así como ejerce una influencia positiva, también lo puede hacer en sentido inverso, esto es, las disposiciones comunitarias pueden obligar a los Estados a despenalizar determinadas conductas. En efecto, el desarrollo de la UE ha supuesto también un aumento de las esferas de libertad, lo que conlleva a considerar lícitos determinados comportamientos que antes no eran estimados así. Los países miembros que no son, por supuesto, ajenos a esta situación, deben adecuar sus legislaciones en esta nueva dirección que impone el Derecho comunitario.

Cuerda Riezu llama *obligatio non puniendi* a esta nueva exigencia que recae sobre los Estados miembros. Esta adecuación que deben hacer de su legislación penal, es otra manifestación de que los países de la UE han perdido parte de su autonomía en materia penal, pues ya no son libres de elegir las conductas que desean incriminar.[181]

En esta nueva tarea, además del poder legislativo, juegan un papel importante –quizá mayor aún– los tribunales de justicia nacionales, pues muchas veces son ellos, a través de sus pronunciamientos, los que *deben* dejar de aplicar las normas penales nacionales cuando éstas son estimadas contrarias al ordenamiento comunitario. Aquí hay, pues, una muestra palpable de la primacía del Derecho comunitario, de la que no se puede sustraer tampoco el Derecho Penal.

Así también, la jurisprudencia del TJCE tiene una participación importante en esta *nueva* influencia del ordenamiento comunitario, y no sólo a través de las sentencias. En efecto, el TCE establece el procedimiento de las cuestiones

(179) Vid. Grasso, *Comunidades...*, p. 136.

(180) Así también, Dannecker, "Sanciones y principios...", p. 550; Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 216.

(181) Cuerda Riezu, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 626.

prejudiciales, regulado en el art. 177,[182] que constituye una importante fuente de interpretación del Derecho comunitario, y de aplicación uniforme. En términos generales,[183] se puede decir que a través de este mecanismo el juez nacional, cuando surge una cuestión de Derecho comunitario, puede recurrir al TJCE[184] a fin de obtener de éste la correcta interpretación de una norma. Estas cuestiones no tienen por objeto resolver el problema de fondo, sino que configurar un medio de comunicación de los jueces nacionales con el Tribunal de Luxemburgo, de forma que permita una adecuada aplicación del Derecho comunitario.[185] Es el juez nacional el que resuelve el asunto, tomando como referencia *obligada* las indicaciones del Tribunal europeo. En definitiva, es el juzgador interno quien debe decidir si la norma nacional es o no contraria al ordenamiento comunitario, pero en su determinación estará obligado a lo que haya decidido el TJCE. De no ser así, se estimará como infracción al Derecho comunitario, atribuible al Estado, aplicándose lo dispuesto en los arts. 169 a 171 del TCE.

Interesante me parece citar aquí el asunto *Pretore di Saló c. X*,[186] pues en él se establecieron algunos fundamentos de como deben entenderse las cuestiones prejudiciales. Es así, pues, que el juez nacional puede, en cualquier momento del juicio, recurrir de prejudicialidad, aunque el inculpado no sea conocido y por tanto no pueda defenderse, ya que la cuestión no es un procedimiento contradictorio,

(182) Así también, los arts. 41, TCECA y 150, TCEEA, aunque el primero sólo se refiere a la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo.

(183) Para mayor detalle, cfr. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Madrid, 1987, p. 280 y ss.; Isaac, *Manual...*, p. 334 y ss.

(184) Por regla general, el juez nacional no tiene que recurrir al TJCE para aplicar e interpretar el Derecho comunitario. Si estima que una norma nacional es contraria, debe sin más no aplicarla. Sin embargo, existe un caso en que obligatoriamente se debe recurrir al TJCE, y es cuando la cuestión se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. Vid. la última parte del art. 177, TCE.

(185) La jurisprudencia francesa ha elaborado, para su Derecho interno, la teoría del "acto claro", esto es, que el juez ante quien se plantea una excepción prejudicial, está obligado a elevarla al órgano competente sólo cuando exista una auténtica dificultad de interpretación o validez. Si el sentido del acto es claro, el juez lo puede aplicar inmediatamente. Al respecto, vid. Isaac, *Manual...*, p. 350. En este sentido, Mangas Martín, *Derecho comunitario...*, p. 287, indica que el juez nacional no está obligado a plantear la cuestión, si la aplicación del Derecho comunitario aparece con tal evidencia que no da lugar a duda razonable. Si el juez considera, para un nuevo litigio, idónea una sentencia adoptada conforme a la interpretación del TJCE, puede aplicarla, no siendo necesario plantear la cuestión prejudicial. Del carácter obligatorio de una decisión prejudicial deriva una autoridad general, no absoluta, respecto de otro asunto sobre el que no existe duda razonable acerca de la aplicación de la norma comunitaria. Lo anterior no impide, claro está, recurrir al TJCE si, en ese nuevo litigio, se derivan cuestiones de interpretación no suficientemente aclaradas.

(186) Sentencia TJCE *Pretore di Saló c. X* de 11.06.1987, as. 14/86, Rec. 1987-6.

sino sólo interpretativo. Es el juez interno el único llamado a decidir el momento más conveniente para plantearla. Además, nada impide que éste vuelva a recurrir al TJCE, si se presentan nuevas cuestiones de Derecho, o también cuando –y si las circunstancias del proceso lo justifican– sean identificados los acusados, de manera que se garantice así el derecho de defensa.[187]

Las partes en un juicio no pueden directamente plantear la cuestión prejudicial, esta tarea sólo le corresponde al juez nacional. Sin embargo, en el supuesto de que un Tribunal nacional se negare cuando corresponda recurrir, tal actitud podría estimarse violatoria del Derecho comunitario, y dar lugar, a instancias de la Comisión, a un procedimiento que imponga, según el art. 171 del TCE, una serie de sanciones para el Estado infractor.

A continuación, se examinará de qué manera se pueden resolver los conflictos que se presentan *cuando una norma penal nacional contradice lo dispuesto en el ordenamiento comunitario*. Cabe apuntar que las diferencias que se pueden presentar, no sólo nacerían de la directa relación entre norma penal nacional y norma comunitaria, sino también puede acontecer que la disposición europea regule materias extrapenales, que a su vez también son normadas en el Derecho Penal. En este último caso, la incidencia que la normativa comunitaria pueda ejercer sobre sectores extrapenales, también recaerá en las disposiciones penales.[188]

Es preciso resaltar que la influencia negativa del Derecho comunitario no se limita sólo en el ámbito de tipo, sino también se la ejerce sobre las sanciones. En efecto, el TJCE ha considerado, en diversos fallos,[189] que se viola el principio de proporcionalidad cuando el legislador nacional, pudiendo elegir medios menos gravosos en la tutela de un determinado bien, no lo hace. La posición del Tribunal europeo ha permitido ir fortaleciendo la condición de *ultima ratio* del Derecho Penal.

6.2 Cómo se resuelven las incompatibilidades entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal nacional

Las características fundamentales del Derecho comunitario, especialmente las que dicen relación a la aplicabilidad directa y a su primacía sobre los ordenamientos

(187) También en esta sentencia se reitera que una directiva no transpuesta no puede generar efectos horizontales. Se reafirma lo ya dicho en la sentencia TJCE *Marshall* de 26.02.1986, as. 152/84, Rec. 1986-2.

(188) Al respecto, cfr. Grasso, "Diritto penale dell'economia...", p. 228; Valiante, "Norme comunitarie e diritto penale. La qualifica di pubblico ufficiale", *Rivista di Diritto Europeo*, 1993, p. 109.

(189) Ejemplo paradigmático lo constituye la Sentencia TJCE *Donckerwolcke* de 15.12.1976, as. 21/76, Rec. 1976. En ella se estimó que las sanciones impuestas por el Derecho Aduanero francés resultaban excesivamente gravosas –por tanto, desproporcionadas– considerando el bien que se protegía.

nacionales, cumplen aquí un papel primordial a la hora de determinar si una disposición penal interna contradice o no los mandatos comunitarios.[190]

Nieto Martín[191] indica que, para que pueda tener lugar esta influencia negativa, es preciso que se den dos condiciones, a saber, que la norma penal nacional afecte al Derecho comunitario, perjudicando los fines que pretende la Comunidad, y además, que la incompatibilidad se presente con una norma comunitaria dotada de aplicabilidad directa y que goce de efecto directo. Es este último tipo de normas el que mayores conflictos plantea, pues se introduce en el ordenamiento nacional, sin que se requiera un acto normativo interno que así lo disponga, pudiendo, además, invocarse directamente ante los Tribunales de Justicia, en la medida que reúnan los requisitos pertinentes.

Cabe agregar, además, que esta influencia negativa también se presenta tratándose de normas comunitarias no directamente aplicables (directivas ya transpuestas), en la medida que sean incompatibles con una norma interna dictada con posterioridad.

Ahora bien, conflictos mayores no se generan tratándose de normas comunitarias –ya sean directamente aplicables, o en su caso, directivas transpuestas– dictadas a continuación de la norma interna, pues ésta se entiende derogada, conforme a las reglas clásicas de sucesión de normas. El problema viene dado, cuando la norma nacional es posterior a la disposición comunitaria, siendo ambas incompatibles. Es al juez interno al que le cabe resolver este conflicto –pudiendo para ello plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE–, pues no sólo debe garantizar el cumplimiento del Derecho nacional, sino también le incumbe hacer respetar los mandatos del Derecho comunitario. Bajo estas condiciones, y conforme al principio de primacía, no le cabe más que inclinarse en favor de este último ordenamiento, inaplicando la normativa nacional.[192]

El punto por dilucidar ahora es saber de qué manera él juez resuelve él conflicto, una vez que ya ha constatado la incompatibilidad entre ambos ordenamientos.

Al respecto, se pueden citar dos posiciones para calificar el comportamiento de quien actúa conforme a la norma comunitaria. Una, es estimar que realiza una conducta atípica, y la otra, que concurre una causa de justificación, más concretamente la establecida en el art. 20.7 del CP, esto es, el que obra en ejercicio legítimo de un derecho.

(190) Pese a los intentos de sustraer el Derecho Penal de la esfera de influencia del ordenamiento comunitario, el TJCE desde la sentencia *Sail* (STJCE de 21.03.1972, as. 82/71, Rec. 1972) ha sido enfático en señalar que la eficacia de la normativa supranacional no varía en función del sector del ordenamiento nacional sobre el que recae.

(191) Nieto Martín, "Algunas formas...", p. 398.

(192) Para el TJCE no basta con inaplicar la norma interna contraria, sino que los Estados tienen la obligación de derogarla o modificarla. Está claro que esta tarea no le corresponde al juez, quien sólo debe desestimar la norma interna contraria, lo que constituye una "garantía mínima" para salvaguardar los derechos que emanan de la norma comunitaria.

Respecto de la segunda, que se podría decir que es la tradicional,[193] pero no por ello la más adecuada, cabe señalar lo siguiente: se argumenta que existen supuestos en los que la norma penal nacional puede mantener su validez, en la medida que ésta no sea contraria en sí al Derecho comunitario.[194] Ahora bien, como del ordenamiento comunitario emanan derechos subjetivos, el ejercicio legítimo de éstos por su titular puede ser invocado como una causa de justificación (art. 20.7 del CP). Dicho en otros términos, el precepto interno mantendrá su vigencia, y por tanto, podrá ser plenamente aplicado, respecto de aquellos que no sean titulares de los derechos subjetivos que emanan del ordenamiento supranacional.

En este sentido, Grasso apunta: "El primer modo de manifestarse la influencia de la normativa comunitaria sobre la esfera de aplicación de los preceptos incluidos en los sistemas penales nacionales es la creación de causas de justificación. Conviene recordar a este respecto que tanto el Tratado constitutivo de la CEE como la normativa comunitaria derivada han introducido ciertos derechos de libertad –derecho a la libre circulación y residencia de trabajadores comunitarios, derecho al libre establecimiento de prestadores de servicios, condicionado en algunos casos a la aprobación, mediante directivas, de la normativa de desarrollo– cuyo ejercicio puede entrar en conflicto con disposiciones penales nacionales. Evidentemente, en tales supuestos el ejercicio del derecho reconocido en la normativa paralizará la aplicación de las mismas, bien en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario, bien acudiendo al principio general contenido en el art. 51, CP;[195] ahora bien, dichas normas no 'decaen' por ello en su vigor, siendo aplicables a aquellos supuestos no justificados por el ejercicio de las libertades introducidas por la normativa comunitaria".[196]

(193) Así, entre otros, Grasso. *Comunidades...*, p. 287 y ss.; idem, "La protección de los derechos...", p. 303. En todo caso, admite la atipicidad en determinados supuestos; Pedrazzi, "Droit communautaire...", p. 57; Bacigalupo, *Sanciones...*, p. 82-83; Martos Núñez, *Derecho penal...*, p. 224.

(194) Existen autores que, aun admitiendo la solución de la causa de justificación, sostienen que en determinados casos, cuando existe incompatibilidad total entre ambas normas, es posible hablar de atipicidad. Vid. al respecto, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 290.

(195) El art. 51 del CP italiano establece la causa de justificación del ejercicio de un derecho.

(196) Grasso, *Comunidades...*, p. 287-288. Además, cita como ejemplo la sentencia TJCE *Auer* de 22.09.1983, as. 271/82, Rec. 1983-4. El señor Auer, austríaco nacionalizado francés, fue condenado por los tribunales franceses por el delito de intrusismo, pues no se encontraba inscrito para ejercer como veterinario. Cabe agregar que su inscripción le había sido negada, pues obtuvo su título en Italia. El TJCE afirmó que al negarse su inscripción se transgredió el Derecho comunitario, pues la libertad de establecimiento se encuentra establecida en el art. 52 del TCE, amén de existir directivas relativas al reconocimiento de títulos. Este sería, según Grasso, un caso típico de causa de justificación, pues de la normativa comunitaria emana un derecho subjetivo, el de ejercer una profesión, lo que impedirá configurar el tipo de intrusismo, el que sí se aplicará bajo otras circunstancias.

Para otra parte de la doctrina,[197] a la cual me adscribo, se deben reconducir todos los casos de colisión por la vía de la atipicidad, pues es laque más se adecua con las particularidades propias del Derecho comunitario. En efecto, no debe olvidarse que el ordenamiento comunitario es un Derecho de integración y que ha de regir el principio de primacía. Se debe tener presente, además, que el legislador comunitario, al tener competencia absoluta sobre ciertas materias, impide a los legisladores nacionales un pronunciamiento al respecto. Por lo tanto, cuando de una norma comunitaria se desprende que una determinada conducta es lícita, y como ésta se *integra* al ordenamiento nacional, al juez interno no le cabe más que aplicarla, pues es, en definitiva, la única norma vigente. El seguir sosteniendo que la conducta, aunque típica, está justificada, *supone una doble valoración* que no corresponde, pues el juzgador nacional, para estimarla típica, debe aplicar el ordenamiento nacional, cuando en realidad sólo cabe recurrir al comunitario, que en la especie *es el único llamado a pronunciarse.*

A mismo tiempo, esta vía permite evitar innecesarios trámites procesales, ya que el declarar atípica la conducta puede tener lugar al momento de estimar inadmisible la querella. Cosa que no ocurre con la otra solución, pues lo usual será considerar configurada la causa de justificación en fases más avanzadas del proceso.

Creo, además, que esta solución se aviene más con la postura del TJCE, en cuanto a considerar que en casos de incompatibilidad no basta con la inaplicabilidad de la norma nacional, sino que los Estados deben derogarla o modificarla. En efecto, el TJCE está dejando en claro a los Estados miembros que, en caso de colisión, la única disposición aplicable es la comunitaria, y que el mantener la normativa nacional contraria se podría estimar como infracción al Derecho comunitario. Por lo tanto, si la sola manutención atenta contra el ordenamiento supranacional, más lo será aplicarla en un juicio, aunque luego se considere justificada la conducta.

Un caso interesante de considerar es el que tiene lugar cuando se está ante una directiva que es incompatible con una norma penal interna, pero, *por no haber transcurrido el plazo de transposición, aún no produce sus efectos.* En estricto rigor, la ley nacional es la única que se debe invocar, aunque, por otro lado, es necesario considerar que, una vez transcurrido el plazo, dejará de aplicarse.

El TJCE ha tomado en consideración este aspecto y ha resuelto que el juez nacional puede interpretar las normas de su Derecho a la luz de la directiva, aun cuando no haya transcurrido el plazo de adaptación.[198] Conforme a lo anterior,

(197) Así, entre otros, Nieto Martín, *Fraudes...*, p. 291; idem, "Algunas formas...", p. 400-401.

(198) Así, por ejemplo, se resuelve en la sent. *Kolpinghuis Nijmegen BV,* cit. n. 158: "La cuestión de si las disposiciones de una directiva pueden invocarse, como tales, ante un órgano jurisdiccional nacional sólo se plantea si el Estado miembro de que se trate no ha adaptado el ordenamiento nacional a la directiva dentro del plazo, o si ha hecho una interpretación incorrecta. Teniendo en cuenta las respuestas negativas dadas a las dos primeras cuestiones, las soluciones que allí se apuntan no serían, sin embargo, distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación nacional aún no hubiese expirado en la fecha correspondiente. Respecto a la tercera cuestión, relativa a los limites que el Derecho comunitario puede imponer a la obligación o a la facultad del Juez nacional de interpretar las normas de su Derecho nacional a la luz de la directiva, este problema no se plantea de distinta manera en función de que el plazo de adaptación haya expirado o no.

Procede, por lo tanto, responder a la cuarta cuestión prejudicial que las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiese expirado en la fecha correspondiente".

creo que es posible decidir la cuestión recurriendo al *concepto de la adecuación social.*[199] En efecto, el legislador comunitario ha valorado una determinada conducta, estimando que ésta debe dejar de ser considerada como ilícita. Por su parte, el juez interno puede recurrir a la adecuación social como criterio de interpretación. Precisamente, estas valoraciones que se efectúan en el ámbito comunitario no le pueden ser indiferentes, debiendo interpretar el tipo conforme a la directiva. Lo anterior se traduce, en definitiva, *en restringir el alcance de los tipos,* excluyendo aquellos comportamientos que se estiman socialmente adecuados. Adecuación que, en este caso, proviene de una norma jurídica, que tarde o temprano producirá plenos efectos en la normativa nacional.[200]

Ha sido la voluntad del legislador comunitario la que ha determinado que ciertas conductas *deban ser exceptuadas del tipo penal, por considerarse adecuadas a la vida social.*

Si bien, una de las principales críticas que se dirigen a la teoría de la adecuación social, es que apela a criterios relativamente inseguros, como la costumbre o los usos sociales, en este caso, el juez se remite a una norma jurídica, lo que otorga mayor seguridad. Es una *fundamentación normativa,* la que determina qué conductas deben ser estimadas adecuadas a la vida social y por lo tanto ser excluidas del tipo penal.

(199) Sobre este concepto, cfr., entre otros, Mir Puig, *Derecho penal, Parte general,* 4. ed., Barcelona, 1996, p. 523-526; Jescheck, *Tratado...*, I, p. 341-344.

(200) En este mismo sentido, Nieto Martín, "Algunas formas...", p. 405.