

FRAUDE DE LEY, ABUSO DE DERECHO Y NEGOCIO FICTICIO EN DERECHO
PENAL EUROPEO

Prof. Dr. Joachim Vogel

Universidad de Friburgo de Brisgovia

Estudios de Derecho penal económico.

Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 18)

Cuenca, 1994

<http://www.cienciaspenales.net>

FRAUDE DE LEY, ABUSO DE DERECHO Y NEGOCIO FICTICIO EN DERECHO PENAL EUROPEO*

DR. JOACHIM VOGEL

Universidad de Friburgo de Brisgovia

I.

Como es sabido, la política económica de la Comunidad Europea en diversos ámbitos —especialmente en el campo agrario— se lleva a efecto a través del medio de dirección indirecto, es decir, a través de subvenciones. Pero como TIEDEMANN ha evidenciado, toda política de subvención constituye un factor criminógeno de gran nivel¹. La posibilidad legal de obtener una prestación en base a criterios abstractos sin una inmediata contraprestación de acuerdo al mercado, contiene necesariamente el estímulo para originar artificialmente el cumplimiento de los criterios y aun para simular los hechos que satisfacen dichos criterios. Sobre ésto se presentan a continuación tres ejemplos, para cuya comprensión debe observarse lo siguiente: Como se sabe, la CE mantiene artificialmente para muchos productos agrarios un elevado nivel de precios, que está claramente por encima del precio del mercado mundial. Esto es logrado a través del pago de los llamados gravámenes a la importación (por la importación de productos baratos del mercado mun-

* Traducido por Manuel Abanto. Universidad San Marcos de Lima.

¹ *Subventionskriminalität*, 1974.

dial a la CE), mientras que por la exportación de productos caros de la CE a otros países se pagan los llamados reintegros a la exportación.

*Primer ejemplo: El caso de la exportación de la carne de vacuno*²

La exportación de cuartos “frescos o refrigerados” de carne de vaca de la CE se subvencionaba con reintegros a la exportación; eso no sucedía, por el contrario, con los cuartos de la carne de vaca congelada. La empresa G. descongeló cuartos de carne de vaca congelada, los exportó refrigerados a Checoslovaquia y solicitó y obtuvo por ello los reintegros a la exportación. Un dictamen dio como resultado que la calidad de los cuartos de carne de vaca congelados y luego descongelados objetivamente no es inferior a la de los frescos o refrigerados; sin embargo, el tráfico comercial consideraba a la carne antes congelada como de menor valor.

*Segundo ejemplo: El caso de la exportación alemana-suiza-italiana de cerdos*³

Según las disposiciones de la CE la exportación de cerdos vivos a países no pertenecientes a la CE era subvencionada con aproximadamente 100 marcos alemanes por cada 100 kg del peso de los cerdos vivos; mientras que para la importación de cerdos vivos de un país no perteneciente a la CE se tenía que pagar un monto de gravamen de solamente 60 marcos alemanes por cada 100 kg del peso de los cerdos vivos. De esto se aprovechó la empresa alemana F. que enviaba cerdos a Italia. Los cerdos fueron primeramente vendidos en Suiza a una empresa de Basilea. Por lo cual, la empresa F. obtuvo los reintegros a la exportación por la venta al “país consumidor” Suiza. Inmediatamente la empresa basiliense vendió los cerdos a los clientes italianos, para lo cual los gravámenes a la importación requeridos fueron pagados por la empresa F., que ganó de esta manera, en comparación con una venta directa a Italia, aproximadamente 40 marcos alemanes por cada 100 kg del peso en vida de los cerdos.

Tercer ejemplo: El caso de la exportación de puré de tomates

La exportación de puré de tomates a países no pertenecientes a la CE estaba subvencionada. La empresa italiana I. vendió supuestamente 100 toneladas de puré de tomates a una empresa turca T. y obtuvo por ello dichos reintegros a la exportación. Un muestreo dio por resultado que el 80% de los supuestos botes de puré de tomates estaban llenos de agua. Esto era conocido por la empresa T., la que solamente había pagado por 20 toneladas de puré de tomates.

En todos estos tres casos cabe preguntarse, sí los respectivos autores han obtenido subvenciones fraudulentamente. La decisión emocional de los casos se da en el tercero de la manera más fácil: Aquí parece tratarse de un claro caso de fraude en las subvenciones, porque se presentaba un negocio simulado o ficticio sobre 100 toneladas, cuando

² Tiedemann, ob. cit., p. 174 y ss.

³ Tiedemann, ob. cit., p. 121 y ss.

en realidad sólo se quería un negocio sobre 20 toneladas, sobre las cuales —y únicamente sobre ellas— recaía la subvención. Más complicados aparecen los casos primero y segundo. Expresado jurídicamente, el caso primero plantea el problema, sobre si bajo la denominación de cuartos de carne de vaca “frescos o refrigerados” también se puede comprender a aquéllos que, aunque bien están refrigerados, antes habían estado congelados. También el segundo caso puede ser entendido, a primera vista, como un problema de la interpretación, a saber, de la cuestión sobre si una “exportación” a un país no perteneciente a la CE presupone que la mercancía debe permanecer en ese país. Sin embargo, debe tenerse presente que en el segundo caso —a diferencia del tercero— el rodeo a través de Suiza era seriamente deseado, ya que, de otro modo, la ganancia que resulta de la diferencia entre un (elevado) reintegro a la exportación y un (bajo) gravamen a la importación no hubiera tenido lugar. También es digno de atención el hecho de que en el segundo caso la ganancia fue posibilitada gracias a que la CE —de manera incomprensible— “recompensaba” bien las exportaciones, mientras “castigaba” menos a las importaciones del mismo producto. Los casos primero y segundo tienen en común el que la regulación legal es contradictoria o contiene vacíos; de estas contradicciones y vacíos se aprovecharon conscientemente los autores.

Dicho de manera general, los casos plantean las siguientes cuestiones: ¿Puede un ciudadano invocar a la “letra de la ley” cuando su acción, comprendida literalmente, es legal, pero es contraria al fin de la ley y solamente más o menos “artificialmente” legal? O al revés: ¿Puede alguien reclamar un privilegio, si según la finalidad de éste, con seguridad no tiene derecho al privilegio, aunque satisface literalmente sus presupuestos? Se manifiesta así que la decisión sobre estas preguntas se encuentra en el campo de tensión entre el valor jurídico de la seguridad jurídica —y ésto significa la orientación al tenor literal de la ley— y el valor jurídico de la utilidad práctica —y ésto significa la orientación al fin de la ley—. Si se observan así las cosas, parece que, desde el punto de vista penal, donde (debido al principio *nullum crimen sine lege*) la seguridad jurídica particularmente tiene una gran importancia, resulta problemática una decisión en favor de la punibilidad.

En especial para el derecho comunitario que se examine aquí debe hacerse referencia a otro aspecto. Como muestra particularmente el primero caso —el caso de los cuartos de carne de vaca— las regulaciones que están elaboradas de manera especialmente exacta y casuística son muy susceptibles del abuso. Desde siempre y ahora también, la CE, siguiendo así la tradición jurídica francesa, tiene preferencia por una regulación caracterizada por una técnica exacta y casuística. En esa medida no debe sorprender que los “abusos” al Derecho comunitario sean realmente frecuentes. En el primer caso, la CE debió haber excluido expresamente de la subvención a los cuartos de carne refrigerados, que previamente habían estado congelados. Es interesante que el correspondiente reglamento fuera inmediatamente modificado en este sentido, tan pronto como fueron conocidas prácticas de exportación, como las del primer caso.

II.

Desde el punto de vista dogmático los mencionados casos plantean la cuestión del significado y relevancia penal del fraude de ley, abuso del derecho y de los negocios fic-

ticios (también llamados operaciones ficticias, actuaciones simuladas). Respecto a esto quisiera en primer lugar definir los correspondientes conceptos, dar otros ejemplos e indicar algunos problemas generales metodológicos.

En el sentido más estricto, “fraude de ley” significa una conducta, que tiende a evitar artificialmente al empleo de una norma prohibitiva o de una norma preceptiva. Para las normas preceptivas entran en consideración sobre todo, los preceptos de pagar impuestos y derechos de aduana. Un ejemplo práctico según un caso del Tribunal Supremo alemán del Reich⁴: La importación de caviar a Alemania estaba gravada con elevados aranceles, cuando el caviar estaba envasado en latas pequeñas, y con bajos aranceles, cuando lo estaba en grandes botes. El motivo de esa diferenciación era que el caviar envasado en latas pequeñas por lo general tiene una mejor calidad; la mayor tarifa arancelaria constituye objetivamente un impuesto a artículos de lujo. Para evadir la tasa elevada, un importador, poco antes de llegar a la frontera, llenó en botes grandes el caviar de gran valor envasado en latas pequeñas. El Tribunal del Reich consideró esto como un fraude de ley punible y condenó por defraudación de aduanas. Para las prohibiciones entran en consideración, sobre todo, las prohibiciones de exportación. Otro ejemplo igualmente según un caso del Tribunal del Reich⁵: Durante la primera guerra mundial estaba prohibido en Alemania, llevar zapatos “nuevos” al extranjero para venderlos allí. La acusada compró seis pares de zapatos en Alemania y los usó por corto tiempo o los gastó un poco, de tal manera que los zapatos ya no eran “nuevos”. Luego, conforme a lo planeado desde el principio, los zapatos fueron llevados al extranjero y vendidos. En este caso el Tribunal del Reich no admitió una penalización; puesto que los zapatos ya no eran “nuevos” según el sentido de la ley, no cabía imponer una pena por motivos jurídico-estatales.

En un sentido más amplio pueden ser defraudados no solamente prohibiciones y preceptos, sino también normas permisivas y otras normas privilegiadoras. Esto ocurre cuando los hechos intencionalmente y contraproducentemente son dispuestos de tal manera que se configura el tipo de la norma permisiva o favorecedora; de allí se habla gráficamente de “atraer hacia sí mismo” la norma permisiva o favorecedora. En la metodología alemana esto se entiende como “captación subrepticia” de la norma permisiva o, en su caso, de la norma favorecedora. A esta categoría pertenecen los casos arriba mencionados de captación subrepticia de subvenciones.

En suma, son característicos del fraude de ley o de la captación subrepticia el efecto contraproducente y la “artificialidad” de la configuración de los hechos. El punto esencial de esa “artificialidad” es, según la doctrina alemana dominante, el “abuso de las posibilidades de configuración jurídica”. Con ello entra en juego el segundo concepto a examinar aquí, el del abuso del derecho. De acuerdo a la definición común, el abuso del derecho es la utilización inadecuada e inusual de un derecho, es decir, aquélla que traspasa las fronteras del uso habitual del derecho. Sin embargo, la doctrina del abuso del derecho se ve expuesta a la objeción de que el abuso de un derecho, en sentido literal, presupone la existencia del derecho. Una acción o está ajustada al derecho o no lo está; si está

⁴ RGSt 71, 135.

⁵ RG JW 1918, 451.

ajustada al derecho no puede el autor perder su derecho posteriormente debido a un “abuso”. El abuso del derecho quiere decir, pues, en realidad una limitación del derecho no establecida en el tipo de la norma autorizante; en la metodología alemana se denomina éste como la “teoría de la interior limitación”. En el ámbito que aquí nos interesa se discute casos de abuso del derecho, sobre todo, en el marco del aprovechamiento de autorizaciones. Por ejemplo: Mediante declaraciones falsas sobre la concentración de sustancias venenosas en sus aguas residuales la empresa F. obtuvo un orden efectivo de la autoridad de agua competente, por la cual se le permitía derivar diariamente 500 metros cúbicos de aguas residuales en un río. De esa manera fueron a parar al río considerablemente más sustancias venenosas que las permitidas por ley. Es importante observar que en este caso la empresa F. actúa completamente en concordancia con la autorización, pues la introducción de 500 metros cúbicos de aguas residuales está autorizada, y la cantidad del veneno introducido no ha pasado a formar parte de la autorización. Sin embargo, según una opinión que se está extendiendo en la ciencia y práctica jurídica alemana, la empresa F. no puede, en un proceso penal por contaminación de aguas (art. 324 del Código penal alemán), invocar a la autorización, puesto que ha engañado a la autoridad respecto a la concentración venenosa y se ha procurado así, subrepticamente, la autorización, y ha actuado haciendo abuso de su derecho.

Finalmente, la metodología alemana entiende bajo el concepto del negocio ficticio a todo negocio cuya realización realmente no es deseada, sino que sirve para ocultar la de otro negocio realmente querido. Aquí rige el principio de que los negocios ficticios (o, en su caso, las operaciones ficticias y las actuaciones simuladas) no son tomados en consideración, tampoco en el derecho penal. Un ejemplo: Según el derecho societario alemán, para la fundación de determinadas sociedades, debe acreditarse ante el tribunal registral el pago de un determinado capital mínimo. Una falsa afirmación en este sentido resulta punible. Sin embargo, no pocas veces sucede que el capital mínimo es pagado bajo la condición de que, inmediatamente después, ese capital le sea devuelto al depositante (por ejemplo, en calidad de préstamo de la sociedad). Aquí se presenta una simple operación ficticia, porque no se quiere, en realidad, que la sociedad pueda disponer del dinero. Por eso, de acuerdo con la opinión dominante, en estos casos la afirmación de que el capital mínimo ha sido pagado es falsa y punible.

Así pues, el fraude de ley, el abuso del derecho y el negocio ficticio (y, en su caso, la operación ficticia respectivamente la actuación simulada) se caracterizan metodológicamente por que los hechos son alterados de manera artificial o no deseados realmente, de suerte que sobrevienen determinadas consecuencias jurídicas, o se da la apariencia de que las consecuencias jurídicas van a sobrevenir. Por lo tanto, se trata inicialmente de manipulaciones en los hechos⁶. Hablando metodológicamente sólo hay dos caminos para eliminar las indeseadas consecuencias jurídicas de tal manipulación de los hechos: O bien los hechos reales pero manipulados se reutilizan por otros irreales pero apropiados, no abusivos o realmente queridos; en este caso la solución se efectúa mediante una rectifi-

⁶ Sobre este aspecto, Tiedemann, ob. cit., p. 339.

cación de la determinación de hechos. Este camino es seguido en casos de negocios ficticios: no se toman por base los hechos aparentes, sea los no deseados, sino los realmente queridos. En el ejemplo del pago ficticio de capital, entonces, se toma por base el no-pago, como lo realmente querido. O, de otra manera, se corrige la norma teleológicamente, es decir, en caso de fraude de ley, mediante aplicación analógica en última instancia de la correspondiente prohibición o del correspondiente precepto, y, en el caso de la captación subrepticia o del abuso del derecho, mediante la llamada reducción teleológica de la norma otorgante o autorizante. En tal medida resulta controvertido, si el fraude de ley, y la correspondiente captación subrepticia, tiene una significación independiente frente a la analogía o a la reducción teleológica. En particular, según una observación de TIEDEMANN, entenderse la reducción teleológica como “analogía en sentido inverso” —restricción del tenor literal de una norma jurídica otorgante o autorizante más allá del núcleo conceptual que corresponde a cada caso—. Un ejemplo: En el segundo caso de fraude de CE —el caso de la exportación de cerdos— la norma jurídica otorgante “para la exportación de cerdos a Suiza se concede reintegros a la exportación” es completada en su tenor literal por la cláusula “a no ser que se pretenda continuar la venta a Italia”.

Una última observación metodológica: Según la opinión dominante en el derecho público (y también en el derecho penal) alemán sólo pueden ser relevantes jurídicamente los fraudes a la ley, abusos del derecho y operaciones ficticias, cuando existe la intención de defraudar o abusar, o la intención de ocultar otro negocio. Es entonces el elemento de la contradicción consciente a la finalidad de la ley, el que hace que nos resulten tan chocantes los supuestos casos citados. Anticipándonos a la apreciación penal, parece natural la objeción de que aquí entra en juego un dudoso elemento de la actitud interna. Sin embargo, no es de ninguna manera extraño al derecho penal definir al injusto como conducta contraria a la norma también en base a intenciones, como por ejemplo en el hurto o en la estafa.

III.

Ahora bien, cabe preguntarse sí y en qué medida pueden ser comprendidos penalmente el fraude de ley, el abuso del derecho y el negocio ficticio (y en su caso, la actuación simulada). Para ésto deben distinguirse dos cuestiones diferentes. Primero: ¿Pueden las acciones en fraude de ley, las acciones en abuso de derecho y las acciones ficticias ser comprendidas por las Leyes penales defraudadas o, correspondientemente, por aquéllas de las que abusivamente se ha hecho uso? Y segundo: ¿En qué medida es posible una criminalización expresa del fraude de ley, del abuso de derecho y de las acciones aparentes —por ejemplo, mediante “cláusulas de fraude de ley”— expresamente establecidas, penalmente o (en caso de leyes penales en blanco) extrapenalmente?

En cuanto a la primera pregunta, hablando metodológicamente, se presenta aquí el problema del principio de la pena jurídico-estatal *nullum crimen sine lege*, y en especial el de la prohibición de la analogía. Para la metodología alemana predominante, el principio *nullum crimen sine lege* prohíbe una interpretación que vaya más allá del “posible sentido literal”. En todo caso esta prohibición tiene validez en el ámbito del tipo legal, es decir, de la materia de prohibición y del precepto. Por el contrario, resulta discutible, sí y

en qué medida el principio *nullum crimen sine lege* rige en el campo de las causas de justificación. De acuerdo con la opinión dominante hasta ahora, no es de aplicación aquí; sin embargo, en la literatura se extiende la opinión de que el principio *nullum crimen sine lege* es en lo esencial aplicable, aunque presenta exigencias menos estrictas que en el campo del tipo legal. Es por eso que la opinión predominante en Alemania considera en principio permitida la restricción de las causas de justificación mediante la noción del abuso del derecho. Esto significa especialmente que las autorizaciones obtenidas fraudulentamente son inefectivas, e incluso también sin que exista una regulación legal sobre el abuso del derecho en este caso, tal como ya se ha proyectado en el Derecho alemán.

No obstante, el problema del principio *nullum crimen sine lege* se presenta con toda su agudeza en el campo del tipo legal. Pero aquí hay que reflexionar primeramente, sobre si —tal como se ha observado en el segundo y tercer caso en materia de fraudes a la CE— las operaciones en fraude de ley y ficticias en todo caso pueden ser comprendidas penalmente sin mayores inconvenientes, aún cuando pueden ser entendidas a través de una permitida interpretación extensiva y teleológica. No existe principio alguno, según el cual en el derecho penal se debe necesariamente interpretar de manera restrictiva (o incluso también de manera más restrictiva que en otras áreas del derecho). Como se ha dicho, los límites entre la interpretación permisible extensiva y la analogía inadmisibles se trazan a través del “sentido literal todavía posible”. Aquí hay que tener presente que ese “posible sentido literal” no se orienta simple al significado coloquial, sino que, más bien, hay también un predominante sentido literal orientado a lo jurídico. De ahí que no existan, en particular, mayores dificultades, para comprender penalmente las operaciones ficticias. Si un tipo penal se remite a negocios civiles como, por ejemplo, comisiones, una comisión efectuada sólo ficticiamente, que es civilmente ineficaz, puede, sin más, no ser considerada a efectos penales, como una comisión⁷. Claro que, a la inversa, este componente jurídico del sentido literal, puede también conducir a la imposibilidad de una solución del problema del fraude de ley mediante la interpretación. Esto lo comprueba un caso resuelto por el Tribunal federal alemán⁸, el cual trataba sobre la subvención de inversiones realizadas después de una fecha señalada; para esta realización resultaba determinante el “encargo”, es decir, el contrato de venta civil sobre el bien de inversión. El autor había disuelto el contrato de compra válidamente, y lo había vuelto a celebrar después de dicha fecha, a fin de poder gozar de la subvención. Aquí queda descartada la posibilidad de que, a través de la interpretación, se llegue a afirmar que el “verdadero” encargo ya había sido efectuado antes de la fecha señalada⁹, precisamente debido al significado jurídico de la palabra “encargo”. Por otro lado, una interpretación según la llamada consideración “económica” o “de hecho” en ámbitos no normados jurídicamente puede servir para comprender las acciones ficticias, fraudulentas de ley o que abusan del derecho. A modo de ejemplo, se podría argumentar en el segundo caso mencionado al principio —el caso

⁷ Sobre esta problemática, Tiedemann, *GmbH-Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, parágrafo 84 Rdnrm., p. 27 y ss.

⁸ BGHSt 32, 256.

⁹ Vid. Lenckner, StGB, 23.^a ed., 1988, parágrafo 264, Rdnr. 46; a.A. BGH, ob. cit.

de la exportación de Alemania a Italia a través de Suiza— que, haciendo uso de una consideración “económica” o “de hecho”, se habría tratado de un negocio germano-italiano, entonces en el interior de la CE, respecto del cual no pueden concederse reintegros a la exportación.

Sin embargo, aparte de una posible interpretación extensiva, el fraude y el abuso de un tipo penal son en general impunes debido a la prohibición de la analogía. Esto lo ha expresado con toda claridad el Tribunal alemán del Reich en el caso antes mencionado de la exportación de zapatos: “Quien defrauda a una Ley penal, es decir, no realiza su tipo, no puede ser penado desde la Ley, aun cuando ha intentado alcanzar los fines a los que la Ley quiere hacer frente.” Por supuesto que a esta declaración —correcta en sentido general— se le tiene que hacer una importante limitación. Puede ocurrir que el tipo penal proteja un “efecto de la regulación” fuera del ámbito penal¹⁰. En este caso el derecho penal admite la regulación extrapenal según el resultado o “efecto” de ésta. Un importante ejemplo de ello es la ajeneidad en el hurto. Cuando una cosa es ajena, es decir, pertenece a otro, se siguen plenamente las reglas civiles sobre propiedad. Cuando la propiedad de la cosa se trasmite al autor, pero esa apropiación es jurídicamente inválida debido a que una ley prohibitiva ha sido defraudada, la cosa permanece ajena para el autor y constituye, con ello, un objeto susceptible de ser hurtado. De esto se derivan significativas consecuencias para el derecho penal tributario y de subvenciones: Si se entiende que los respectivos tipos penales están dirigidos a proteger “efectos de regulación” fiscales y, correspondientemente, de subvenciones, entonces resulta inofensiva la utilización del concepto de fraude de ley en el ámbito de derecho penal.

Con respecto a la segunda cuestión: El legislador puede criminalizar también una conducta fraudulenta de ley, abusiva del derecho o sólo ficticiamente legal, mediante cláusulas expresas de fraude de ley o abuso del derecho. Nuevamente se tiene que distinguir aquí entre dos constataciones de casos: Por una parte el legislador puede agregar inmediatamente al código penal una cláusula de fraude de ley o de abuso del derecho. Un buen ejemplo de ello es el artículo 38, párrafo primero, núm. 11 de la ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia, la cual dice: “(Comete una infracción administrativa quien) pronuncia recomendaciones que provocan un fraude de prohibiciones establecidas en esta ley... mediante iguales conductas.” Por otro lado puede el legislador incorporar cláusulas extrapenales de fraude de ley o abuso del derecho en casos de leyes penales en blanco en sentido amplio, que se refieran a regulaciones extrapenales. Un ejemplo de ello se encuentra en el artículo 4 de la ley alemana de subvenciones, la cual en resumen dice: “Las operaciones ficticias y los hechos simulados no tienen trascendencia para las subvenciones... Se excluye la concesión de una subvención, cuando en relación a la subvención solicitada se realiza un negocio jurídico o una acción abusando de las posibilidades jurídicas de realización. Constituye un abuso cuando alguien utiliza una posibilidad jurídica de realización en manera impropia y al fin de obtener una subvención, aunque ésto contradice el fin de la subvención.” Esta regla podría ser de gran importancia para la acción de estafa en las subvenciones según el derecho alemán, ésto es, para el

¹⁰ Vid. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, pp. 4-72.

engaño sobre “hechos relevantes de la subvención”. De manera parecida los artículos 41 y 42 de la ley tributaria alemana dicen: “No son de consideración para la tributación las operaciones ficticias y los hechos simulados... La Ley tributaria no puede ser evadida mediante el abuso de posibilidades jurídicas de realización...” También aquí cabe preguntar si estas disposiciones tienen alguna significación para la acción de defraudar al fisco (art. 370 de la ley tributaria alemana), ésto es, para la acción punible de la declaración incorrecta de hechos relevantes fiscalmente y el resultado de la acción, es decir la evasión fiscal (o la obtención injustificada de ventajas).

Metódicamente hablando, el problema de tales cláusulas expresas de fraude de ley (que tienen que ser contempladas como cláusulas generales) es un problema de la certeza del tipo legal y del alcance de la prohibición de la analogía como prohibición al legislador de facultar al juez para la utilización analógica de normas penales. Con ello una cláusula completamente general con un contenido como el siguiente: “Quien defraudare o hiciera uso abusivo de leyes penales o de leyes tomadas en referencia por aquellas, será penado de acuerdo con tales leyes”, deberá contradecir el principio de certeza (*nullum crimen sine lege certa*). Por otro lado la criminalización de acciones típicas, expresamente señaladas como fraude de ley y abuso del derecho es posible sin ninguna duda, sin contradecir al principio *nullum crimen sine lege*. Un buen ejemplo se encuentra en el artículo 85, párrafo primero, letra e) del Tratado de constitución de la CEE (en concordancia con el artículo 15 del Reglamento de la CEE núm. 15), según el cual constituye una infracción administrativa contra la competencia el condicionar un contrato a que la otra parte contratante asuma prestaciones que no guardan relación con el objeto del contrato, ni objetivamente ni de acuerdo con los usos de comercio. Quedan en los límites aquí las llamadas “cláusulas de fraude de ley específicas del área”, como las del mencionado artículo 4, párrafo 2 de la ley alemana de subvenciones y de los mencionados artículos 41 y 42 de la ley tributaria alemana. Siguiendo consecuentemente la noción antes mencionada del “efecto de regulación”, tales cláusulas no presentan inconvenientes penalmente siempre que precisamente constituyan un efecto de regulación de tal índole, el cual solamente ha sido tomado en referencia por el correspondiente tipo penal. Es en este sentido que el Tribunal federal¹¹ y el Tribunal constitucional alemán¹² han admitido la aplicación en derecho penal de las cláusulas de fraude de ley y operaciones ficticias en los mencionados artículos 41 y 42 de la ley tributaria alemana.

Para concluir esta parte, dos observaciones aún respecto al merecimiento de la pena en las conductas de fraude de ley y abuso del derecho. Tales conductas no son, en principio, por sí mismas punibles, sino solamente cuando además el autor comete engaños sobre circunstancias que fundamentan el fraude de ley o el abuso del derecho, sea expresamente, sea tácitamente, o a través de la omisión contraria al deber de una aclaración preceptuada. Luego la intención de defraudar a la ley o de abusar del derecho es, además, necesaria. El autor tiene pues que haber querido conscientemente contrariar los fines de

¹¹ BGH wistra 1982, 108 con anotaciones de Jobski.

¹² BVerfG wistra 1991, 175 (176 Sp).

la ley; un error sobre ésto excluye el merecimiento de la pena y —dogmáticamente hablando— el dolo y la punibilidad ¹³.

IV.

Después de haber puesto de relieve reflexiones teóricas y de haber hecho una aproximación al ordenamiento jurídico alemán, me voy a referir a partir de aquí al tratamiento que se da al fraude de ley, al abuso del derecho y a las operaciones ficticias en algunas legislaciones europeas.

Previamente debe tenerse presente que los ordenamientos *civiles* europeos conocen sin excepciones las figuras jurídicas del fraude de ley, del abuso del derecho y de las operaciones ficticias. A modo de ejemplo quisiera señalar las regulaciones en los artículos 5 al 4, y 7 al 2 del Código civil español, donde dice: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” y “La ley no ampara el abuso del derecho... Todo acto o omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Mucho menos uniforme se presenta la situación en el derecho penal y financiero de los países miembros de la CE. Hasta donde se puede ver, la jurisprudencia francesa ¹⁴ sí reconoce la irrelevancia penal y extrapenal de las operaciones ficticias; la “*entreprise de façade*” no tiene relevancia jurídica. De esta forma —debe recordarse aquí: sobre todo mediante una reinterpretación de los hechos manipulados— pueden comprenderse también aquellos casos que representan, objetivamente y tal como se entiende en Alemania, casos de abuso del derecho y fraude de ley. El derecho financiero y administrativo francés también conoce la figura jurídica del *abus de droit*. Sin embargo, por ejemplo, la práctica de derecho financiero francés solamente hace intervenir en tales casos a un “comité consultatif de abus de droit”, cuya decisión, la que además sólo lleva a una inversión de la carga de la prueba, no tiene fuerza vinculante para los tribunales. Descontando el caso especial del “abus de qualité vraie”, los casos de fraude de ley —especial para las subvenciones de la CE— no son punibles según el derecho francés, y a lo sumo pueden ser comprendidos recurriendo a un amplio concepto de la operación ficticia.

Análogamente el derecho belga conoce la irrelevancia penal de “actes simulés”, cuya comunicación escrita (con el fin de obtener una subvención) representa “*faux intellectuels*” y fundamenta la punibilidad por estafa ¹⁵.

¹³ Compárese Tiedemann, *Fraude de ley*, en “HWiSt”, 1986.

¹⁴ Compárese Tiedemann, en *LK*, 10.ª ed., p. 1978 y ss., parágrafo 264 Rdnr. 90.

¹⁵ Cour de cassation, 12 de diciembre de 1927, Ps. 1928, I 45.

En el derecho danés se reconoce igualmente la irrelevancia penal de la operación ficticia. Por el contrario, los tribunales daneses —especialmente en el campo del derecho (penal) tributario— no han desarrollado una jurisprudencia general del fraude de ley. Por lo demás, la problemática del fraude de ley es solucionada en parte aquí mediante la figura jurídica de la “reality of tax law” —o sea de la mencionada consideración económica—. Sin embargo, resulta interesante un caso del año 1976¹⁶. Aquí se trataba de que un alemán quería adquirir una propiedad danesa, lo cual estaba penado, si el adquirente no vive o vivía en Dinamarca. Por eso, el alemán encargó a un danés como “testaferro”, que comprara la propiedad. El danés se convirtió así en propietario, pero sin poder usar para sí la propiedad usada por el alemán. El tribunal fundamentó aquí la pena en que el alemán habría defraudado la ley danesa mediante la intercalación del testaferro; el danés castigado había sido cómplice.

Por último, es de destacar la regulación en el artículo 177a de la ley holandesa sobre comercio exterior y derechos arancelarios. Allí se sanciona con multa administrativa, y en el caso de dolo con pena, cuando alguien consigue una exoneración de aranceles a la importación y, no obstante, utiliza a continuación los bienes importados en una forma tal que contradice la finalidad de la exoneración.

V.

Resumiendo puede sostenerse pues que también la irrelevancia penal de las operaciones ficticias forma parte de todos los ordenamientos jurídicos europeos examinados. En esa medida existe un principio jurídico general europeo que comprende casos como el tercer supuesto antes mencionado (exportación de puré de tomates). En cambio falta un tratamiento penal unitario de los casos de fraude de ley o captación subrepticia y del abuso del derecho, es decir, de los casos primero y segundo antes mencionados. Mientras algunos estados operan aquí con un concepto amplio de operación ficticia, otros rechazan totalmente el reconocimiento del fraude de ley y abuso del derecho por razones del principio *nullum crimen sine lege*, o conocen parcialmente regulaciones especiales configuradas de manera muy variada.

De aquí se deriva un gran problema para la protección penal de los medios de subvención europeos. Por razones de competencia, la validez de una subvención concedida en virtud del derecho comunitario puede, a saber, ser juzgada ya en el marco de un proceso penal nacional solamente según el derecho comunitario y según los principios jurídicos comunes de los ordenamientos jurídicos de los países pertenecientes a la CE. Por ejemplo, en el derecho alemán, el cual también protege las subvenciones comunitarias mediante el tipo legal de la estafa en las subvenciones (art. 264 CP) no es de aplicación a dichas subvenciones la cláusula de fraude de ley del artículo 4, párrafo segundo de la ley de subvenciones, porque ésta no representa un concepto común de la CE¹⁷. La legalidad de

¹⁶ High Court for the Western District, Ugeskrift for Retsvaesen 1976, 846.

¹⁷ LK-Tiedemann, ob. cit., párrafo 264, Rdnr. 90 m.w.N.

una subvención concedida en virtud del derecho comunitario tendría que ser, más bien, dilucidada ante el Tribunal Europeo, por la vía del procedimiento del incidente prejudicial, de conformidad con el artículo 177 del tratado de constitución de CEE. Sin embargo, el Tribunal Europeo hasta ahora no ha manifestado, que esté dispuesto a reconocer un principio general del fraude de ley o del abuso del derecho, el que —como se ha demostrado— tampoco existe¹⁸.

Por consiguiente, de *lege ferenda* se tiene que aprobar la propuesta de TIEDEMANN, realizada también en múltiples recomendaciones y en el informe Guermeur del año 1987 sobre la protección de subvenciones agrarias de la CE¹⁹. Según ésta, solamente la introducción de una cláusula expresa de fraude de ley, siguiendo el ejemplo del artículo 4, párrafo segundo de la ley alemana de subvenciones, puede garantizar la protección efectiva de los medios financieros de la CE en agrupaciones de supuestos como los antes mencionados primero y segundo. Tal artículo tendría fuerza vinculante también en el proceso penal nacional. Esto resulta, por un lado, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, según la cual se tiene que emplear en el proceso penal nacional una regulación europea en toda su totalidad y sin modificar su contenido extrapenal²⁰. Por otro lado, de la en el momento actual frecuentemente citada sentencia del Tribunal Europeo en el “escándalo griego del maíz”²¹ se deriva que los medios financieros europeos tienen que ser protegidos de manera efectiva —y esto significa también que deben ser protegidos contra acciones en fraude de ley y abusivas—. Y finalmente, como ya se ha demostrado, bajo el punto de vista de la protección de un “efecto de regulación” no se presentan inconvenientes que provengan del principio *nullum crimen sine lege* para aplicar una cláusula europea de fraude de ley en el derecho penal nacional.

¹⁸ Sobre fraude de ley y abuso de derecho en las decisiones de la comisión, compárese Dannecker/Fischer-Fritsch, *Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis*, 1989, pp. 256, 264 y ss., 290 y 304.

¹⁹ Documento del Parlamento A 2-251/86.

²⁰ EuGH Rs 238/84, Slg. 1986, 795 (805 y ss.).

²¹ EuGH Rs 68/88, “EuZW” 1990, 99 con anotaciones de Tiedemann.