

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL
ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y SU REPERCUSIÓN EN LOS SISTEMAS
PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Giovanni Grasso

Estudios de Derecho Penal Económico (eds. Arroyo Zapatero, Luis y
Tiedemann, Klaus)

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

Cuenca, 1994

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y SU REPERCUSIÓN EN LOS SISTEMAS PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS*

GIOVANNI GRASSO

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Catania*

1. Introducción

El tema de las relaciones entre ordenamiento comunitario y sistemas penales de los Estados miembros recibe atención creciente tanto por parte de las instituciones comunitarias como por parte de la doctrina.

Piénsese, por citar algunos ejemplos, en la creación de un grupo *ad hoc*, nacido de la cooperación política de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, encargado de estudiar precisamente el problema de la relación entre Derecho comunitario

* Traducción de Nicolás García Rivas.

y Derecho penal¹, o en la sentencia de el Tribunal de Justicia en el caso del maíz griego, o, en la atención que se presta nuevamente a la represión del fraude a las arcas comunitarias².

Por el contrario, la atención prestada hasta ahora a la repercusión ejercida sobre los sistemas penales nacionales mediante la protección, en el ámbito comunitario, de los derechos fundamentales ha sido más bien escasa e incluso marginal³.

Ciertamente, no puede sorprender tan escaso interés si se tiene en cuenta la parquedad de la jurisprudencia comunitaria sobre el tema; ahora bien, un examen más detenido permite vislumbrar fenómenos de gran interés que merecen ser analizados brevemente: por un lado, la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario contribuye a elevar el nivel de tutela de los Grundrechte en los sistemas penales nacionales y, por otro lado, posee una indudable —si bien reducida— capacidad para armonizar dichos sistemas.

El presente trabajo pretende, pues, describir brevemente la lenta evolución de la jurisprudencia comunitaria sobre derechos fundamentales y los resultados alcanzados, así como la influencia de los mismos sobre los sistemas penales nacionales.

Sin embargo, resulta obligada una aclaración terminológica previa: la expresión “derechos fundamentales” detenta un cierto margen de incerteza y ambigüedad. Con ella se expresa en definitiva la idea de que existen derechos individuales frente a los poderes públicos que éstos no pueden en modo alguno restringir; pero dicha exigencia se plasma en los diversos ordenamientos bajo formas distintas, de modo que no existe concordancia ni respecto a las posiciones subjetivas contenidas en dicha noción, ni en los medios a utilizar⁴.

El margen de incertidumbre se incrementa, además, ya que dicha expresión tiene progresivamente a acoger, junto a los derechos clásicos garantizadores de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad del individuo frente a ingerencias arbitrarias del Estado, los denominados “derechos sociales” (es decir, facultades del ciudadano para con-

¹ El grupo *ad hoc* ha concluido su tarea presentando un informe al efecto, al que se une el documento básico que guió los trabajos del grupo (Doc. 8859/91, de 23 de octubre de 1991). Al finalizar los mismos, el Consejo de Ministros de Justicia, en su reunión de 13 de noviembre de 1991, ha aprobado una resolución en la que invita al grupo *ad hoc* a proseguir su estudio “teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia en las causas pendientes y otros avances jurídicos oportunos”.

² Sentencia de 21 de septiembre de 1989, causa 68/1988, en Rec., 1989, pp. 2965 y ss. En opinión del Tribunal, los Estados miembros deben sancionar las infracciones al Derecho comunitario “en términos semejantes” a los previstos respecto de las mismas infracciones al Derecho nacional y de modo que garantice el carácter “efectivo, proporcional y disuasorio” de la tutela prevista.

³ Así, por ejemplo, el artículo 209.a) del Proyecto elaborado por la presidencia luxemburguesa (publicado en *Europe Documenti*, 5 de julio de 1991) dispone que “con el fin de combatir el fraude contra los intereses financieros de la Comunidad, los Estados miembros adoptarán las mismas medidas que se establezcan para luchar contra el fraude a sus propios intereses financieros”. Son asimismo dignas de mención las disposiciones anexas al Tratado “relativas a la cooperación en asuntos judiciales y de interior” (preceptos que, por otra parte, han sufrido modificaciones apreciables en los trabajos en curso bajo la presidencia holandesa).

⁴ Para una ampliación del tema, vid. Bernardi: *Principi di Diritto e Diritto penale europeo*, en “Anali dell’Università di Ferrara”, 1988, pp. 177 y ss.; Grasso: *Comunità Europee e Diritto penale*, Milán, 1989, pp. 57 y ss., 264-266; Riz: *Nuovi profili sul rapporto tra Diritto penale e Diritto comunitario*, en *Diritto comunitario e Diritto interno*, en “Quaderni di Consiglio Superiore della Magistratura”, 1988, núm. 11.

seguir prestaciones de variada índole por parte del Estado) y los derechos democráticos fundamentales, con el fin de garantizar una participación cada vez más intensa de los ciudadanos en la determinación de los intereses de la colectividad⁵.

2. La evolución de la jurisprudencia de la corte de Justicia en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al enfrentarse a finales de los años 50 con el problema de la protección comunitaria de los *Grundrechte* tutelados en las Constituciones (en todas las Constituciones) de los Estados miembros, negaba en principio cualquier tipo de apertura, afirmado rotundamente que en el ámbito comunitario sólo cabía reconocer y tutelar derechos subjetivos previstos en el Tratado o en el Derecho comunitario resultante⁶. Desde este prisma, la protección otorgada a los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario sería insuficiente y fragmentaria, al quedar limitada a los escasos supuestos expresamente previstos en la normativa comunitaria o implícitamente deducibles de ella. Algo de verdad hay en ello: así, la prohibición de discriminación entre ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea a causa de su nacionalidad aparece establecida en el artículo 7 del Tratado CEE y confirmada en otras disposiciones (arts. 40, 45, 79 y 85); así pues, dichas previsiones son expresión concreta de un principio general de igualdad, que es uno de los principios generales del Derecho comunitario y exige que “las situaciones iguales no sean tratadas de forma desigual, a menos que quepa justificar objetivamente una diferenciación”^{6 Bis}. Los artículos 48, 52 y 59 del Tratado CEE reconocen el derecho a la libre circulación de trabajadores y operadores económicos, ligado estrechamente a la libertad de elección y ejercicio de actividades profesionales (que constituye, ciertamente, un derecho fundamental)⁷.

Sin embargo, las citadas posiciones subjetivas —que pueden encuadrarse en la categoría de los derechos fundamentales⁸— no agotan, evidentemente, los derechos fundamentales necesitados de protección en el Derecho comunitario; las conclusiones a que llegó en su día el Tribunal, infravalorando el papel de aquéllos, contribuyeron a debilitar la legitimidad democrática de la Comunidad y favorecieron la aparición de posturas restrictivas frente a la autonomía del ordenamiento comunitario en las jurisdicciones nacionales más sensibles el problema de la tutela de los derechos fundamentales⁹.

⁵ Cfr. Sorrentino: *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, en “L'influenza del Diritto europeo sul Diritto italiano”, de Cappelletti y Pizzorusso, Milán, 1982, pp. 53 y ss.

⁶ En este sentido, Bernhardt: *Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità Europee*, en *Boletín de las Comunidades Europeas*, suplemento 2/76, pp. 26 y ss.

^{6 Bis} Cfr., por todos, Riedel: *Menschenrechte der dritten dimension*, en “EuGRZ”, 1989, pp. 9 y ss.; Weiler: “Methods of protection: Towards a second and third generation of protection”, en *Human rights and the European Community: Methods of protection*, a cargo de Cassese, Clapham y Weiler, Baden Baden, 1980, p. 555.

⁷ Sentencias de 4 de febrero de 1959, causa 1/1958 (*Stork*), en Rec., 1958-1959, pp. 4 y ss., y 15 de julio de 1960 (causas acumuladas 36, 37, 38 y 40/1959) *ibídem*, 1960, pp. 827 y ss.

⁸ Cfr. Capotorti: *Il Diritto comunitario non scritto*, en “Dir. Com. scambi Int.”, 1983, p. 50.

⁹ Así, Bernhardt (nota 6), p. 50.

El primer signo de un radical cambio de posición aparece con la Sentencia *Stauder* en 1969. En ella se reconoce que los derechos fundamentales “forman parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal”¹⁰.

Posteriormente, en la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, el Tribunal enriquece esta primera alusión a los principios generales del Derecho mediante dos referencias importantes: la salvaguarda de tales derechos debe basarse “en la tradición constitucional común de los Estados miembros” y se garantiza “en el seno de la estructura y finalidades de la Comunidad”¹¹.

La evolución de la jurisprudencia de el Tribunal alcanza su culminación en la Sentencia *Nold*¹², en la que el sistema de protección de los derechos fundamentales se perfila completamente.

En primer lugar, ratifica el fundamento normativo de la misma, que radica en los “principios generales del Derecho” cuya observancia debe garantizar el Tribunal¹³.

Se alude a la tradición constitucional común de los Estados miembros, pero añadiéndose una afirmación que se interpreta habitualmente como expresión de un “estándar máximo” de tutela de los derechos fundamentales: el Tribunal “no puede admitir actuaciones incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en las Constituciones de dichos Estados”.

Por otra parte, junto a la tradición de las Constituciones nacionales, el Tribunal alude a una segunda fuente de “inspiración”: “los Tratados internacionales concertados, o a los que se han adherido, los Estados miembros pueden suministrar asimismo elementos a tener en cuenta en el ámbito del Derecho comunitario”.

Finalmente, se aclaran mejor los límites que el interés general impone a la satisfacción de ciertos derechos fundamentales, precisando que no puede restringirse en modo alguno “la esencia de los derechos mismos”.

En años posteriores, la jurisprudencia de el Tribunal, apoyada políticamente por una declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de las Comunidades adoptada en Luxemburgo el 5 de abril de 1977¹⁴, ha tenido oportunidad de enfrentarse cada vez con mayor frecuencia con los problemas relativos a los derechos fundamentales. Así, las conclusiones de el Tribunal en la Sentencia *Nold* se han visto confirmadas, si bien acentuando el papel atribuido a los Tratados internacionales en el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, situándolos, a partir de la Sentencia *National Panasonic*, en un lugar parejo al de la tradición constitucional común¹⁵; en

¹⁰ Sentencia de 12 de noviembre de 1969, causa 29/1969, en Rec., 1969, p. 425.

¹¹ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, causa 11/1970, en Rec., 1970, p. 1135.

¹² Sentencia de 14 de mayo de 1974, causa 4/1973, en Rec., 1974, pp. 506-507.

¹³ Sobre otros posibles fundamentos de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, vid. Bleckmann: *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaften and die Europäische Menschenrechtskonvention*, 1986, pp. 79 y ss.

¹⁴ La declaración común, cuya adopción fue sugerida por Bernhardt en el estudio encargado por la Comisión (nota 6), pp. 73 y ss., ha sido publicada en *Gazz. Uff. Com. Eur.*, C 103, 27 de abril de 1977, p. 1. Su brayan la importancia de dicha declaración Kutscher (nota 10), p. 43, y Pescatore: *Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, en “EuR”, 1979, p. 5.

¹⁵ Sentencia de 26 de junio de 1980, causa 366/1979 (*National Panasonic*), en Rec., 1980, pp. 2056-2058; cfr., asimismo, la sentencia de 15 de mayo de 1986, causa 222/1984 (*Johnston vs. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*), en Rec., 1986, pp. 1681-1683.

este orden de cosas, la Convención Europea de derechos del hombre y los Protocolos adicionales adquieren, así lo ha confirmado el Tribunal, “un especial significado”¹⁶.

En el terreno institucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario ha recibido consagración definitiva en el Preámbulo del Acta Única y en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989¹⁷. En aquél aparece una explícita, aunque vaga, alusión a los “derechos fundamentales” reconocidos en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros, en la Convención para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y en la Carta Social Europea.

En la Resolución de 12 de abril de 1989, el Parlamento Europeo adopta una “declaración de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales” que constituye un auténtico catálogo moderno de derechos, expresando la afinidad de las instituciones comunitarias y determinados valores fundamentales comunes; en ella, el Parlamento recuerda oportunamente que “el respeto a los derechos fundamentales constituye el presupuesto indispensable de la legitimidad comunitaria” y que, por otro lado, “la conclusión del mercado único, prevista para 1993, obliga a adoptar con urgencia una declaración de derechos y libertades garantizados por el Derecho comunitario”.

3. El papel de los Tratados internacionales

Pasando ahora a examinar por separado los dos parámetros a que se refiere el Tribunal de Justicia (los Tratados internacionales concertados, o a los que se han adherido, los Estados miembros y su tradición constitucional común), cabe decir que en la reciente jurisprudencia del Tribunal se mencionan cada vez con mayor frecuencia preceptos de la Convención Europea y de los Protocolos adicionales (v. gr., el art. 1 del Primer Protocolo, relativo al derecho de propiedad, en la Sentencia *Hauer*¹⁸; el art. 8 de la Convención, sobre el respeto a la vida privada y al domicilio, en la Sentencia *National Panasonic*¹⁹ y en la Sentencia *Hoechst*, al art. 7 de la Convención, referente al principio de irretroactividad de la norma penal, en la Sentencia *Kird*²⁰ y en la Sentencia *Fedesa*²¹, a los arts. 6 y 13 de la Convención, sobre el derecho de acción y jurisdicción, en la Sentencia *Johnston*²²).

¹⁶ Cfr., últimamente, Tribunal de Justicia, 17 de octubre de 1989, causa C 85/1987 (*Dow Benelux*), en Rec., 1989, p. 3156; Íd., 21 de septiembre de 1989, causas C 46/1987 y 227/1988 (*Hoechst*), en Rec., 1989, p. 2923.

¹⁷ La resolución del Parlamento ha sido publicada en *Gazz. Uff. Com. Europee*, C 120, 12 de abril de 1989, pp. 51 y ss.

¹⁸ Sentencia de 13 de diciembre de 1979, causa 44/1979, en Rec., 1979, p. 3727.

¹⁹ Cit. *supra*. nota 15.

²⁰ Cit. *supra*. nota 16.

²¹ Sentencia de 10 de julio de 1984, causa C 63/1983, en Rec., 1984, p. 2718.

²² Sentencia de 13 de noviembre de 1990, causa C 331/1988, aún no publicada en Recueil.

En virtud de dicha jurisprudencia, cabe concluir que las disposiciones de la Convención Europea, tal y como reconoce la Declaración Conjunta de 1977 citada, forman parte integrante del ordenamiento comunitario —mediante su transformación en principios generales del Derecho— y constituyen un “nivel mínimo” de tutela de los “*Grundrechte*”²³; por otro lado, hay que negar una participación directa de la Comunidad en la Convención, parigual a la establecida en relación con los Acuerdos del GATT²⁴: la relevancia de los principios materiales de la Convención Europea en el seno del ordenamiento comunitario aparece ligada, por tanto, a su transformación en “principios generales”, en cuanto expresión y síntesis del patrimonio jurídico-constitucional común de los Estados miembros²⁵.

Por otra parte, debe recordarse que la Comisión ha replanteado la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención de Derechos del Hombre en una comunicación dirigida al Consejo en octubre de 1990; se trata de una cuestión rechazada ya por la Comisión en 1979 mediante un memorándum al que el Consejo dio sólo respuestas dilatorias.

Posiblemente ahora la resolución sea distinta, bien porque la iniciativa se observa con especial interés por el Parlamento Europeo (véase la Resolución de 11 de julio de 1990)²⁶, bien porque los principios materiales de la Convención son ya parte integrante del ordenamiento comunitario.

La adhesión de las Comunidades a la Convención resultaría provechosa, además, tanto para evidenciar a sus ciudadanos el valor de los preceptos de la Convención, como para posibilitar un control externo (de parte de la Comisión y de el Tribunal Europea de Derechos Humanos) sobre el respeto de las instituciones comunitarias a los principios de la Convención²⁷.

4. La tradición constitucional común de los Estados miembros

Mayor incertidumbre presentan los resultados conseguidos acudiendo a la “tradición constitucional común”.

Un sector de la doctrina, partiendo de una afirmación contenida en la Sentencia *Nold*, considera que el Tribunal de Justicia ha acogido expresamente el principio del “estándar máximo” de tutela de los derechos fundamentales: en el ordenamiento comunitario hay que negar legitimidad a una actuación normativa o administrativa contraria a un derecho fundamental reconocido incluso en un solo sistema constitucional entre los Estados miembros²⁸.

²³ Cit. *supra*. nota 19.

²⁴ Sobre el tema, vid. por todos, Bleckemann (nota 13), pp. 1 y ss.; Klein: *Die materielle Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Europäische Gemeinschaftsrecht*, en *Grundrechtsschutz in Europa* (a cargo de Mosler, Bernhardt y Hilf), 1977, pp. 142-143; Pescatore (nota 14), pp. 6-7.

²⁵ Cfr. el Documento SEK(90)2087. Sobre el tema Hilf: *Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft*, en “EuR”, 1991, pp. 19 y ss.

²⁶ La resolución ha sido citada por Gaja: *Verso l'adesione della Comunità Europea alla Convenzione di Roma*, en *I diritti dell'uomo*, 1991, p. 13.

²⁷ Cfr. Gaja (nota 26), pp. 14-15.

²⁸ Así, Pescatore: “Replica”, en *Grundrechtsschutz* (nota 24), pp. 130-131. Vid., asimismo, Bernardi (nota 4), pp. 181 y ss.; Tosato “La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza del Tribunale delle Comunità Europee” en *Studi in onore di Gr. Sperduti*, Milán, 1984, pp. 734-735.

Sin embargo, dicha postura no parece aceptable, en general. En efecto, la misma se sitúa frente a la propia noción de “tradicción constitucional común” (que no es compatible con esa referencia al nivel de tutela de los derechos fundamentales en uno sólo de los Estados miembros).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, además, no aparece signo alguno de recepción de tal criterio: así, recientemente, en la Sentencia *Hoechst* niega la existencia de un derecho a la inviolabilidad de los locales comerciales de una empresa, basándose precisamente en las “diferencias irreductibles” existentes entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros “en cuanto a la naturaleza y gradación de la tutela de los locales comerciales frente a intervenciones de la autoridad pública”²⁹; en consecuencia, el Tribunal excluye implícitamente la necesidad de acoger en el ordenamiento comunitario la solución nacional que garantice la máxima protección a las posiciones jurídicas subjetivas implicadas.

Finalmente, hay que recordar que en la experiencia constitucional de los Estados la tutela de determinados intereses, como el derecho de propiedad o el de iniciativa económica, nace de una ponderación de éstos con intereses de carácter general (que a su vez pueden ser expresión de derechos fundamentales de terceros)³⁰. Aceptar en ciertos casos la opinión que maximiza la tutela otorgada al interés individual en perjuicio del interés general obstaculizaría la actividad de los órganos comunitarios hasta tal punto que resultaría incompatible precisamente con la tradición constitucional de algunos (o de la mayor parte) de los Estados miembros³¹.

Por el contrario, mediante la “teoría de la transferencia” cabe acoger en el ámbito comunitario un estándar mínimo de tutela de los derechos fundamentales. En virtud del principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* puede afirmarse que las limitaciones en materia de derechos fundamentales existentes en los sistemas constitucionales de los Estados miembros (o mejor, en algunos Estados miembros) vinculan igualmente a las instituciones comunitarias³²; en consecuencia, resulta inadmisibile cualquier actuación en el ámbito del sistema jurídico de las Comunidades Europeas incompatible con un derecho fundamental reconocido incluso en un solo Estado miembro.

Sin embargo, esta solución no parece aceptable, no sólo por las razones señaladas anteriormente que impiden acoger el criterio del estándar máximo de tutela, sino también porque no es totalmente exacto el presupuesto en que se fundamenta. En efecto, la previsión a nivel comunitario de un determinado estándar de tutela de los derechos fundamentales constituye una condición indispensable para que, en algunos países (sobre todo Alemania e Italia), sea constitucionalmente legítima la transferencia de ciertas competencias a las Comunidades Europeas; se señala a este respecto que disposiciones como el artículo 11 de la Constitución italiana (o el art. 24 del *Grundgesetz* de la República Federal Ale-

²⁹ La Sentencia *Hoechst* aparece citada en nota 16.

³⁰ Sorrentino (nota 5), pp. 61-63. Cfr., asimismo, Treschel: “Intervento”, en *Grundrechtsschutz* (nota 24), pp. 111-112; Mosler y Bernhardt: *Ergebnisse und Pwerspекtiven des Kolloquiums über Grundrechtsschutz in Europa*, ibídem, p. 217.

³¹ Grasso (nota 4), pp. 60-61.

³² En este sentido, por ejemplo, Tosato (nota 28), pp. 734-735; Bernardi (nota 4), pp. 182-183.

mana), no permiten un deterioro del “clima constitucional” motivado por la participación del Estado en una organización supranacional³³. Se requiere, pues, como ha señalado recientemente el *Bundesverfassungsgericht*, una protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario “sustancialmente semejante, en contenido y eficacia, a las garantías que a los mismos otorga el ordenamiento interno”³⁴.

Ello no significa, empero, que el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se corresponda literalmente con el vigente en los diversos Estados miembros; antes bien, cabe concluir que dicho nivel se alcance a través de las fuentes normativas comunitarias (entre las que se encuentran también los principios generales comunes a los Estados miembros). Si el nivel así asegurado no fuese suficiente, estaríamos ante un problema de control de constitucionalidad, que según la opinión del Tribunal Constitucional italiano, debería recaer sobre la ley de ratificación y ejecución de los Tratados comunitarios en orden a la “permanente compatibilidad” de los mismos con los principios fundamentales de la Constitución italiana³⁵.

El rechazo a una estricta acogida del criterio del estándar máximo de tutela de los derechos fundamentales, no debe llevar inexorablemente a acoger la solución contraria, que alude a una suerte de “mínimo común denominador” de las legislaciones nacionales, solución ésta que favorece la opción más tosca y menos garantista³⁶. Un análisis de la jurisprudencia de el Tribunal de Justicia y de las conclusiones de los abogados generales (que en este ámbito ostentan un especial interés), permite afirmar que la recepción de un derecho fundamental en el ordenamiento comunitario, basada en la “tradicición constitucional común” a los Estados miembros, aun no requiriendo su reconocimiento en las constituciones de todos ellos, exige en cualquier caso que el derecho fundamental en cuestión sea reconocido y tutelado en un número de Estados miembros suficiente como para poder afirmar que la protección de dicho derecho representa una “tendencia general” o una “postura dominante”³⁷ en el ámbito de los Estados miembros.

³³ Así, Tomuschat: *Commento all'articolo 24*, en *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 1981, pp. 46-47.

³⁴ BverfG, 22 de octubre de 1986, en *EuR*, 1987, pp. 51 y ss., con observaciones de Ipsen: *Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik*, ibídem, pp. 1 y ss. (publicado asimismo en *EuGRZ*, 1987, p. 10 con observaciones de Hilf: *Solange II: wie lange noch solange*, ibídem, pp. 1 y ss., y en *Rev. Trim. Droit. Eur.*, 1987, p. 537, con observaciones de V. Costantinesco: *Cour constitutionnelle allemande, droit fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien*, ibídem, pp. 545 y ss.). Posición mantenida igualmente por un sector de la doctrina italiana, cfr. por todos, Sorrentino (nota 5), pp. 52-53.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 1973, en “Giur. Cost.”, 1973, II, p. 2401; Íd., 5 de junio de 1984, núm. 170 en “Foro It.”, 1984, I, p. 2064 (con nota de Tizzano: *El Tribunal Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*), en “Giur. It.”, 1984, I, p. 1521 (con nota de Berri: *Composizione del contrasto tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*) y en “Dir. Com. scamb. Int.”, 1984, pp. 193 y ss. (con notas de Capelli: *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme CEE e leggi nazionali* y Donnarumma: *Sul controllo di compatibilità tra Diritto interno e Diritto comunitario*).

³⁶ Cfr. Sasse: *Der Schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lücken*, en *Grundrechtsschutz* (nota 24), p. 57.

³⁷ Cfr. las conclusiones del Abogado General Mischo en la causa *Hoechst*, en *Rec.*, 1989, p. 2923. Resultan asimismo sumamente interesantes las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en la causa 155/1979 (*AM&S vs. Commissione*), en *Rec.*, 1981, p. 1650, pues en su opinión, para que un determinado principio sea reconocido en el ámbito comunitario, es preciso que el mismo sea “ampliamente reconocido” en los ordenamientos de los Estados miembros. Orientación que ha sido asumida sustancialmente por el Tribunal de Justicia en varias sentencias recientes (por ejemplo en los casos *Hoechst* y *Orkem*, citadas en nota 16).

Es menester, además, que la tutela del derecho fundamental en cuestión sea coherente con los fines y objetivos de las Comunidades³⁸; tal y como ha puesto de relieve atinadamente el Abogado General Sir Gordon Slynn, este último parámetro adquiere un papel decisivo a la hora de formular concretamente el principio jurídico (una vez aceptada su existencia): su formulación concreta debe ser la más afín con la estructura y fines de las Comunidades³⁹.

En consecuencia, se hace necesario acudir a una “*wertende Rechtsvergleichung*”, cuya conocida complejidad se incrementa por las diferencias entre los sistemas jurídico-constitucionales de los Estados miembros y por la imposibilidad de trasladar al sistema comunitario algunas garantías previstas en las legislaciones nacionales⁴⁰. Se perciben así los límites de un sistema de tutela de los “*Grundrechte*” confiados a la actividad pretoria de el Tribunal de Justicia; dicho sistema, si bien alcanza a impedir lesiones de derechos individuales por parte de las instituciones supranacionales en el caso concreto, no desempeña plenamente su función de “legitimación de la autoridad pública”, que exigiría una predeterminación más clara de las posiciones subjetivas individuales frente a las instituciones comunitarias⁴¹. Esta consideración proporciona una justificación precisa a las propuestas, tantas veces formuladas, de introducir en el sistema comunitario un auténtico catálogo de derechos fundamentales⁴² (mediante la modificación de los Tratados constitutivos o a través de un reglamento promulgado en virtud del artículo 235 del Tratado CEE⁴³), o adherir a las Comunidades Europeas propiamente dichas a la Convención Europea de Derechos del Hombre⁴⁴.

5. La tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros

Los derechos fundamentales, tanto los expresamente previstos en la normativa comunitaria como los tutelados en virtud de los “principios generales del Derecho” constituyen, pues, parte integrante del ordenamiento comunitario. Parece claro, entonces, que sobre la base del principio de supremacía del Derecho comunitario, los límites derivados de la tutela de los derechos fundamentales afectan no sólo a las instituciones de las Comunidades Europeas, sino también —en el ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios— al ordenamiento jurídico de los Estados miembros⁴⁵.

³⁸ Vid. Kutscher, “Der Schutz im Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften” en *Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1982, p. 46.

³⁹ En las conclusiones citadas en nota 37.

⁴⁰ Cfr. Sorrentino (nota 5), pp. 63-65.

⁴¹ Sasse (nota 36), pp. 53-54; Hilf (nota 29), pp. 21-22.

⁴² Propuestas formuladas, por ejemplo, por Kutscher (nota 38), pp. 53 y ss.; Sasse (nota 36), pp. 59-60; Sorrentino (nota 5), pp. 64-65; Hilf (nota 29), pp. 22 y ss.

⁴³ Sobre las posturas adoptadas recientemente por el Parlamento Europeo, *Die Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12 april 1989*, en “EuGrz”, 1989, pp. 185 y ss.; Hilf (nota 25), pp. 19 y ss.

⁴⁴ Sobre esta reciente propuesta de la Comisión, cfr. los comentarios de Gaja (nota 26), p. 13.

⁴⁵ Cfr. las atinadas conclusiones del Abogado General Trabucchi en la causa 118/1975 (Watson e Belmann), en Rec., 1976, p. 1205. En el mismo sentido, en la doctrina, Bleckmann (nota 13), pp. 75-76; Capelli: *I principi generali come fonte di Diritto*, en “Dir. Com. scambi Int.”, 1986, pp. 551 y ss.; Riz (nota 4), pp. 87 y ss.; Grasso (nota 4), pp. 264 y ss.; Tosato (nota 28), p. 740; Bernadi (nota 4), pp. 185-186; Gaja: *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, en “Riv. Dir. Int.”, 1988, pp. 586 y ss.

A este respecto, parece demasiado limitativa la opinión manifestada últimamente según la cual los derechos fundamentales adquieren relevancia para el legislador nacional sólo si éste adopta medidas de ejecución del Derecho comunitario⁴⁶, es decir, en lo que aquí interesa, cuando el legislador nacional intervenga para sancionar penalmente transgresiones de la normativa comunitaria.

En efecto, al analizar los casos en que la jurisprudencia comunitaria se apoya en los derechos fundamentales para limitar la actividad sancionadora del legislador nacional aparecen otro tipo de situaciones en que opera dicho límite. En primer lugar, cuando el legislador estatal interviene para proteger determinados intereses nacionales, adoptando por ejemplo mecanismos de control y sancionando penalmente su transgresión, interfiriendo así el ejercicio de libertades reconocidas por la normativa comunitaria; en estos supuestos, el Tribunal de Justicia, apoyándose en el principio de no discriminación⁴⁷ o en el de proporcionalidad (concebido como expresión de un derecho fundamental y que, en cualquier caso, se haya ligado al ejercicio de tal derecho⁴⁸) determina los límites operativos de las disposiciones sancionadoras nacionales⁴⁹.

En segundo lugar, cuando, habiéndose transferido competencias en favor de las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria permite, con carácter provisional, una actividad derogatoria por parte del legislador nacional⁵⁰; ahora bien, en tal caso la normativa nacional no puede adoptar medidas incompatibles con los derechos fundamentales cuya observancia pretende garantizar el Tribunal.

La conclusión a que se llega tras este rápido análisis es que el principio de primacía del Derecho comunitario limita, aún indirectamente, la libertad de actuación del legislador nacional en todos los sectores afectados por la normativa comunitaria, incluso en lo referente al reconocimiento y protección de derechos fundamentales (en virtud de una competencia otorgada a las instituciones comunitarias en los Tratados constitutivos); en otras palabras, en el área afectada, las decisiones del legislador nacional no pueden oponerse a derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el ámbito comunitario⁵¹. En este principio se apoya expresamente el Tribunal de Justicia en el caso *Cinéteque e Demirel*⁵², rechazando toda potestad de controlar la compatibilidad “de una normativa nacional ajena al ámbito del Derecho comunitario” con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el mismo.

⁴⁶ Hilf, *Der Rang der Euroäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Redit*, en *Eutwicklung der Mensrechte innerhalb der Staaten des Europa rates*, Heidelberg, 1987, pp. 34-35.

⁴⁷ Vid. *infra* el apartado 7.c).

⁴⁸ Vid. *infra* el apartado 7.b).

⁴⁹ Cfr. las conclusiones del Abogado General Trabucchi, cit. en nota 49, pp. 1205-1206.

⁵⁰ Este es precisamente el caso analizado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de julio de 1984, cit. en nota 21.

⁵¹ Cfr. Grasso (nota 4), pp. 265-266.

⁵² Sentencia de 11 de julio de 1985, causas 60 y 61/1984 (*Cineteque*), en Rec., 1985, p. 2618, y 30 de septiembre de 1987, causa 12/1986 (*Demirel vs. Comune di Schwäbisch Gmund*), en Rec., 1987, p. 3754. Vid. asimismo últimamente, Tribunal de Justicia, 13 de julio de 1989 (*Wachauf*), en Rec., 1989, pp. 2639-2640.

Baste añadir que, frente al despliegue del principio de supremacía, la legislación nacional no ofrece una resistencia superior a la de otras ramas del ordenamiento; de ahí que los límites surgidos de la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, aparezcan igualmente en los sistemas penales de los Estados miembros.

Al analizar la repercusión que ejerce la protección de los derechos fundamentales en la esfera comunitaria sobre los sistemas punitivos nacionales, es oportuno realizar una *summa divisio*, distinguiendo los efectos que se producen sobre preceptos penales nacionales (esto es, sobre el contenido y ámbito de aplicación de los tipos penales) de los relativos a las sanciones (permaneciendo invariable el supuesto de hecho) y, en fin, de los que afectan a los principios o la regulación del proceso penal.

6. La influencia sobre las infracciones previstas en los sistemas penales de los Estados miembros

Como se ha señalado, la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario puede incidir de varios modos sobre la aplicación de ciertos preceptos penales nacionales.

a) En primer lugar, este fenómeno se manifiesta respecto de derechos fundamentales relativos a la libre circulación de trabajadores y operadores económicos y a la libre elección y ejercicio de profesión, creados directamente por los Tratados y la normativa comunitaria.

El ejercicio de tales derechos (que en el plano punitivo representan una auténtica causa de justificación) puede entrar en colisión con determinadas disposiciones nacionales y, en consecuencia, bien en virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario, bien por aplicación del principio general contemplado en el artículo 51 del Código Penal italiano, paralizará la aplicación de las mismas⁵³. Por otra parte, dichas normas penales no quedan por ello “caducadas”, sino que continuarán aplicándose a aquellos supuestos no justificados por el ejercicio de las libertades introducidas por la normativa comunitaria⁵⁴.

Como es fácil observar, se trata del modo de operar clásico de las causas de justificación, que excluyen la antijuricidad penal de un hecho típico, sin modificar el contenido de la incriminación.

Ejemplo notable de ello, en el que ha operado este tipo de efectos desde la normativa comunitaria es el caso *Auer*, estudiado por el Tribunal de Justicia⁵⁵.

El señor Auer, austriaco de origen y posteriormente (en 1961) nacionalizado ciudadano francés, había alcanzado la licenciatura en veterinaria y la habilitación para el ejer-

⁵³ Al artículo 51 se remite Pedrazzi: “L’influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano”, en *L’influenza* (nota 5), pp. 622-623; Lanzi: *La scriminante dell’articolo 51 del Codice Penale e le libertà costituzionali*, Milán, 1983, pp. 93 y ss.

⁵⁴ Pedrazzi (nota 58), pp. 622-625; Grasso (nota 4), pp. 269 y ss. En contra, Riz: *Diritto penale e Diritto comunitario*, Padova, 1984, pp. 162-163.

⁵⁵ STJ de 22 de septiembre de 1983, causa 271/1982 (*Auer*), en Rec., 1983, pp. 2739 y ss.; vid. asimismo STJ de 15 de diciembre de 1983, causa 5/1983 (*Rienks*), en Rec., 1983, pp. 4243 y ss. (ambas Sentencias aparecen publicadas en *Dir. Com. scambi Int.*, 1984, pp. 133 y ss.).

cicio de la profesión en Parma; pese a serle denegada la inscripción en el Colegio de Veterinarios, comenzó a ejercer la profesión en la ciudad de Mulhouse, siendo procesado en varias ocasiones por el delito de intrusismo⁵⁶.

El 18 de diciembre de 1978, el Consejo de la Comunidad Europea aprobaba dos Directivas (78/1026/CEE y 78/1027/CEE) concernientes al reconocimiento recíproco del título de veterinario y a la coordinación de las normas nacionales sobre ejercicio de dicha profesión, respectivamente.

Procesado de nuevo por hechos posteriores a la finalización del período de ejecución de ambas Directivas (20 de diciembre de 1980), el señor Auer alegó que en virtud de las mismas, debía serle reconocido en Francia el derecho de ejercer la profesión de veterinario. Mientras el Juez de primera instancia rechazaba la alegación, condenándole, el Tribunal de Apelación de Colmar consultó a el Tribunal de Justicia si representaba una restricción de la libertad de afincamiento reconocida en los artículos 52 y 57 del Tratado de Roma el hecho de exigir a una persona ya habilitada en otro Estado miembro para el ejercicio de la profesión veterinaria la inscripción en el Colegio profesional (prevista en el Derecho interno), como presupuesto para el ejercicio e la misma. A ello respondió el Tribunal que para el ciudadano de un Estado miembro, habilitado para ejercer la veterinaria en otro Estado miembro, las Directivas creaban “el derecho a practicar dicha profesión en el primer Estado desde el 20 de diciembre de 1980” y que “la falta de inscripción en el Colegio nacional de veterinarios no puede impedir el ejercicio de la profesión, ni dar pie al procesamiento por un delito de intrusismo, ya que la inscripción misma fue rechazada infringiendo el Derecho comunitario”.

En virtud de la decisión de los jueces comunitarios, el Tribunal de Apelación de Colmar sobreseyó el caso mediante Sentencia de 8 de marzo de 1984.

A idéntica conclusión llega, en un caso parecido, el Juez de Primera Instancia de Lodi, que absuelve al procesado por intrusismo con la fórmula: “el hecho no constituye delito”, considerando que de la normativa comunitaria (y especialmente del art. 52 del Tratado CEE y de las Directivas núms. 78/1026 y 78/1027) se deriva “su derecho al libre ejercicio de la veterinaria en Italia”⁵⁷.

b) Es posible, por el contrario, que la norma penal nacional se revele incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario.

Así, en dos sentencias de 16 de abril de 1978 (casos *Comisión contra República de Irlanda y Shonemberg*), el Tribunal de Justicia establece que la regulación contenida en dos Decretos promulgados en 1977 por el Ministro de pesca irlandés (y dotada de protección penal) es contraria al principio de igualdad de tratamiento garantizado por el artículo 7 del Tratado CEE y por el artículo 2 del Reglamento 101/76 a los barcos de pesca que enarbolan bandera de cualquier Estado miembro⁵⁸. La consecuencia de dicha in-

⁵⁶ En el curso de uno de los citados procesos, el Tribunal de Apelación de Colmar sometió al Tribunal de Justicia una primera cuestión prejudicial a la que dio respuesta el Tribunal por sentencia de 7 de febrero de 1979 (causa 136/1978), en Rec., 1979, p. 437, señalando que en el momento en que tuvo lugar el hecho aún no había precluido el plazo para la ejecución de la Directiva citada en el texto.

⁵⁷ Citada por Biancarelli y Maidani: “L’incidence du Droit communautaire sur le Droit penal des États membres”, en *Rev. Science Crim.*, 1984, p. 239.

⁵⁸ Se trata de las Sentencias de 16 de febrero de 1978, causa 61/1977, en Rec., 1978, pp. 417 y ss. y de 16 de febrero de 1978, causa 88/1977, *ibídem*, p. 490.

compatibilidad entre una normativa penal nacional y un principio con rango de derecho fundamental en el ámbito comunitario (en este caso el principio de igualdad) es que la regulación penal en cuestión deviene inaplicable⁵⁹.

c) Por último, el reconocimiento y tutela de derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario puede determinar una limitación del campo de aplicación de algunos preceptos penales nacionales. En efecto, numerosas sentencias de el Tribunal de Justicia subrayan la operatividad del principio de irretroactividad de la norma penal en el ordenamiento comunitario; un principio que representa, al decir del Tribunal, un auténtico derecho fundamental y que está destinado a operar, evidentemente, en los sistemas penales nacionales (a falta de tal sistema en la Comunidad)⁶⁰. Así, por ejemplo, en el caso *Kirk* el Tribunal da aplicación al principio de irretroactividad en una situación normativa bastante complicada, que cabe resumir como sigue. El artículo 2.7 del Reglamento 101/1976 del Consejo CEE establecía como principio que todo Estado miembro garantizaba a los barcos con bandera de cualquier Estado perteneciente a la Comunidad y matriculado en territorio de ésta, paridad de condiciones de acceso y disfrute de los fondos marinos sobre los que el Estado miembro ostenta soberanía o jurisdicción. El artículo 100, n. 1 del Acta de Adhesión de 1972 establecía una derogación de esta regla, quedando autorizados los Estados miembros —hasta el 31 de diciembre de 1982— a limitar la actividad pesquera de ciudadanos de otros Estados miembros, en aguas sujetas a su soberanía o jurisdicción en un límite establecido, en principio, en las 6 millas marinas; por otro lado, según el artículo 103 del Acta de Adhesión, el Consejo debería examinar antes del 31 de diciembre de 1982 las disposiciones que sustituirán el régimen vigente hasta tal fecha. Sin embargo, el Consejo de las Comunidades Europeas no lograba aprobar en plazo la nueva regulación y hasta el 25 de enero de 1983 no aprueba el Reglamento 170/1983 que instaura un régimen jurídico comunitario de conservación y gestión de recursos pesqueros; el artículo 6, n. 1 de este Reglamento autoriza, con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 1983, el mantenimiento en vigor durante 10 años del régimen derogatorio previsto en el artículo 100 del Acta de Adhesión, ampliando la zona costera de 6 a 12 millas.

En el caso que nos ocupa, los jueces ingleses debían juzgar un hecho cometido en el período comprendido entre el 1 y el 25 de enero de 1983 (exactamente el 6 de enero); y así, mientras el Tribunal de *North Shield* imponía al Capitán Kirk (comandante de un barco danés descubierto mientras pescaba en la zona prohibida) una multa de 30.000 libras esterlinas, el Tribunal de Newcastle-upon-Tyne (tribunal de apelación) consideró necesario someter a el Tribunal de Justicia la cuestión concerniente a la compatibilidad entre el régimen penal británico y la normativa comunitaria aludida.

El Tribunal, acogiendo la tesis sostenida por la defensa del capitán Kirk, afirma ante todo que “el principio de irretroactividad de la norma penal es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, reconocido en el artículo 7 de la Convención Europea Derechos Humanos como un derecho fundamental, incluido entre los principios cuya observancia debe garantizar el Tribunal”.

⁵⁹ En la Sentencia *Schonenberg* el Tribunal ha advertido que “resulta incompatible con el Derecho comunitario una sanción penal infligida en aplicación de una disposición legal manifiestamente contraria al Derecho comunitario”.

⁶⁰ Sentencia de 10 de julio de 1984, cit., en nota 21.

A partir de esta premisa, el Tribunal concluye que la retroactividad prevista en el artículo 6, n. 1 del Reglamento 170/1983 “no puede, en ningún caso, justificar a posteriori medidas estatales con carácter penal que conlleven sanciones por un hecho que, en rigor, no era punible en el momento de su comisión”; según el Tribunal, dicha situación (impunidad en el momento de la comisión del hecho) se había producido en el caso que nos ocupa, ya que la normativa interna del Reino Unido en el período 1-25 de enero de 1983 era contraria a lo dispuesto en el Derecho comunitario⁶¹.

El valor del principio de irretroactividad de la norma penal es corroborado últimamente en la Sentencia *Fedesa*; también en este caso, el Tribunal considera que el artículo 10 de la Directiva 88/146, al prever la aplicación retroactiva de sus propias disposiciones, “no puede interpretarse en el sentido de imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas contrarias al Derecho comunitario y, en particular, al principio de irretroactividad de una norma penal”⁶².

El Tribunal tiene presente dicho principio igualmente al trazar la relación entre Directiva y Derecho interno. En su opinión, el principio en virtud del cual los preceptos de la Directiva deben servir de base para interpretar la correspondiente normativa interna⁶³, halla su límite en el ámbito punitivo, en los principios de certeza del Derecho y de no retroactividad⁶⁴; en definitiva, hay que rechazar que una Directiva no ejecutada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo, mediante la interpretación de preceptos penales preexistentes⁶⁵.

7. La influencia sobre las sanciones previstas en los sistemas penales de los Estados miembros

La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario ejerce una influencia notable, asimismo, sobre las sanciones adoptadas en los sistemas punitivos nacionales.

El fenómeno se manifiesta en particular en aquellos casos en que la normativa comunitaria, al reconocer al individuo una determinada libertad (con categoría de derecho fundamental), confiere explícita o implícitamente a los Estados miembros la posibilidad de intervenir en amparo de intereses nacionales; con ello se permite al Estado miembro introducir medidas de control e imponer ciertos deberes añadidos, limitando de alguna manera el ejercicio del derecho en cuestión⁶⁶.

⁶¹ Sobre las conclusiones del Tribunal en la causa Kirk, vid. Bernardi (nota 4), pp. 193-194; Foster: “The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, 1987, pp. 258-259.

⁶² Sentencia de 13 de noviembre de 1990, cit. en nota 22.

⁶³ Cfr. STJ de 8 de octubre de 1987, causa 80/1986 (*Kolpinghuis Nijmegen BV*), en Rec., 1987, pp.3986-3987.

⁶⁴ STJ cit. nota 73.

⁶⁵ Cfr. las conclusiones del Abogado General Mischo en la causa 80/1986, cit., en Rec., 1987, pp. 3979-3980. Para un análisis de la orientación de la jurisprudencia comunitaria, cfr. Bonichot: “Droit communautaire et Droit penal”, en *Rev. Sc. Crim.*, 1988, pp. 587-588.

⁶⁶ Barav: “La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanction des États membres”, en *Rev. Trim. Droit Eur.*, 1977, pp. 723 y ss.; Mari: “Quelques réflexions sur la ‘misure excessive’ de la sanction pénal par rapport au droit communautaire”, en *Droit communautaire et Droit penal*, Milán-Bruselas, 1981, pp. 15 y ss.; Tizzano: *Droit communautaire et Droit penal*, ibidem, pp. 268-269.

Así, en materia de libre circulación de personas, las legislaciones de los Estados miembros exigen casi siempre que los ciudadanos comunitarios, poseedores incluso de permiso de residencia, notifiquen su presencia a la autoridad competente del Estado en que se encuentran; se trata de una exigencia admitida expresamente por el artículo 8, n. 2 de la Directiva 68/360, relativa a la supresión de restricciones de circulación y residencia de trabajadores de los Estados miembros y de sus familias en territorio de la Comunidad, e igualmente por el artículo 4, n. 2 de la Directiva 73/148, sobre supresión de las mismas restricciones en lo referente a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios⁶⁷. Del mismo modo, la normativa comunitaria (v. gr., los arts. 2-4 de la Directiva 68/360) permite que los Estados miembros exijan a los ciudadanos de otro Estado miembro que entra en su territorio, como requisito para ejercer los derechos reconocidos en el Tratado CEE, estar en posesión del pasaporte o tarjeta de identidad no caducada y proveerle del “permiso de residencia”⁶⁸.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia, aun considerando legítima la adopción de determinadas medidas de control y la imposición de ciertos deberes a quienes se benefician de las libertades reconocidas en la normativa comunitaria, ha confeccionado una serie de límites respecto a la naturaleza, gravedad y criterio de determinación de las sanciones previstas en caso de inobservancia de las restricciones establecidas en la normativa nacional⁶⁹.

a) El primero de ellos, establecido por el Tribunal en materia de libertad de residencia, consiste en lo siguiente: la sanción por infracción de prescripciones sobre ejercicio de un derecho reconocido por la normativa comunitaria no puede tener tal entidad que suponga la negación del derecho mismo⁷⁰.

Así, en materia de libre circulación de personas, el Tribunal llega a afirmar que entre las sanciones previstas por incumplimiento de la obligación de notificar a la autoridad competente del Estado huésped la entrada en su territorio, o por incumplimiento de las formalidades exigidas para comprobar el derecho de residencia, no puede incluirse la ex-

⁶⁷ STJ de 7 de julio de 1976, causa 118/1975 (*Watson y Belman*), en Rec., 1976, pp. 1197-1198.

⁶⁸ STJ de 14 de julio de 1979, causa 8/1977 (*Sagulo, Brenca y Bakouche*), en Rec., 1977, pp. 1503-1504; íd. de 3 de julio de 1980, causa 157/1979 (*Regina vs. Pieck*), ibídem, 1980, pp. 2186-2187.

⁶⁹ Aunque no puede ser analizado aquí, existe otro límite que se manifiesta respecto a aquellas sanciones cuyo contenido incide directamente sobre libertades reconocidas en el Tratado; es decir, las medidas de expulsión o destierro o aquellas otras mediante las cuales se prohíbe a un sujeto la residencia en una parte del territorio de un Estado miembro. En relación con ello, los artículos 48 y 56 del Tratado CEE prevén expresa y respectivamente que la libertad de circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento de prestatarios de servicios pueden limitarse por razones de “orden público” o “seguridad pública”. Por otro lado, la libertad de los Estados miembros encuentra un primer límite en la Directiva núm. 64/221, de 25 de febrero de 1964, relativa a “coordinación de procedimientos especiales relativos al traslado y estancia de extranjeros justificados por motivos de orden público o de seguridad o sanidad públicas” (la directiva en particular prevé que las eventuales medidas que restrinjan el derecho de estancia de los interesados se basen en su “comportamiento personal”, sin que puedan tener como fundamento exclusivo una anterior condena penal). El Tribunal de Justicia ha elaborado otros límites a la discrecionalidad de los Estados miembros, recurriendo sobre todo a los principios de racionalidad, proporcionalidad y no discriminación. Sobre el tema, vid. Grasso (nota 4), pp. 310 y ss.

⁷⁰ Pedrazzi: “Droit communautaire et Droit penal”, en *Droit communautaire* (nota 66), pp. 78 y ss.; Grasso (nota 4), pp. 319-320.

pulsión: esta medida constituye, en opinión de el Tribunal, “la negación del derecho... otorgado y garantizado por el Tratado”⁷¹.

b) El segundo límite se deriva del principio de proporcionalidad, de la necesaria comparación entre la finalidad perseguida por la intervención pública y los medios empleados, lo que resulta esencial en un Estado de Derecho⁷², debiendo irradiar igualmente al ordenamiento comunitario⁷³.

En efecto, dicho principio, que es considerado con frecuencia expresión de un auténtico derecho fundamental⁷⁴, tiene más bien la función de garantizar la esencia de los derechos fundamentales, evitando su menoscabo por agresiones injustificadas y desproporcionadas: en otras palabras, el principio de proporcionalidad sirve para asegurar la actualización y la efectividad de posiciones subjetivas calificables como derechos fundamentales⁷⁵. En el ordenamiento comunitario, el principio de proporcionalidad se fundamenta en los principios generales comunes a los Estados miembros en virtud del artículo 215 del Tratado CEE⁷⁶, o bien se apoya en una serie de disposiciones contenidas en los Tratados, en las cuales encuentra aquél exacta, (aún limitada), expresión⁷⁷; sea cual fuere su fundamento, el principio de proporcionalidad constituye uno de los principios generales no descritos del Derecho comunitario⁷⁸.

En estos últimos tiempos, y basándose precisamente en el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia ha configurado una serie de límites a la discrecionalidad de los Estados miembros en materia de sanciones, cuando el tenor del precepto colisione con la normativa comunitaria y, en particular, con alguna de las libertades allí reconocidas⁷⁹.

⁷¹ SSTJ de 3 de julio de 1980, cit. *supra* nota 73, p. 2187; íd. de 7 de julio de 1976, *supra* nota 72, p. 1198. En la sentencia de 8 de abril de 1976, causa 48/1975 (*Royer*), en Rec., 1976, pp. 512-513, el Tribunal de Justicia ha afirmado la ilegitimidad de la expulsión como sanción por la inobservancia de “las formalidades legales relativas a la entrada, traslado y estancia de extranjeros” en base a una argumentación distinta: a juicio del Tribunal, la inobservancia de dichas formalidades no podría considerarse realmente lesiva del orden o la seguridad públicos, de modo que no estaría justificado recurrir al procedimiento de expulsión.

⁷² Cfr., por ejemplo, Tribunal Constitucional Federal alemán, 25 de febrero de 1975 en *BverfGE*, 39, 1975, pp. 45-47.

⁷³ Cfr. STJ de 24 de septiembre de 1985, causa 181/84 (*The Quenn, ex parte E.D. & F. Man (Sugar) Ltd c/IBAP*), en Rec., 1985, 2897 ss., que declara inválido lo dispuesto en un reglamento comunitario por vulnerar el principio de proporcionalidad; en opinión del Tribunal, “una norma comunitaria qu98e distingue entre un deber principal cuyo cumplimiento se exige para conseguir la finalidad perseguida y un deber secundario de naturaleza básicamente administrativa, no puede sancionar con idéntico rigor el incumplimiento de ambos deberes sin vulnerar el principio de proporcionalidad”. Sobre la aplicación de dicho principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, v. De Salvia, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour des droits de l'homme*, en Dir. com. scambi int. 1978, p. 463.

⁷⁴ Cfr. las conclusiones del Abogado General Capotorti en la causa 114/76 (*Bela-Mhle c/ Grows-Farm*) en Rec., 1977, p. 1232.

⁷⁵ Cfr. Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit em Recht der Europäischen Gemeinschaften, en Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, p. 94.

⁷⁶ En este sentido, Capelli, *I principi generali come fonte di diritto*, en Dir. com. scambi int. 1986, p. 546 ss.

⁷⁷ Kutscher, *Zum Grundsatz*, cit. pp. 91-92.

⁷⁸ Cfr. las conclusiones del Abogado General Capotorti en la causa “Adoui et Courmaile”, en Rec., 1982, p. 1720

⁷⁹ Ampliamente MARI (nota 66), p. 159 y ss.; Grasso (nota 4), p. 320 y ss.

En primer lugar, el Tribunal considera incompatible con el principio de proporcionalidad la actividad sancionadora siempre que, por su alcance, se revele innecesaria respecto a los objetivos perseguidos. Conviene recordar aquí que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional de la República Federal Alemana, generadoras de las construcciones y aplicaciones más significativas del principio de proporcionalidad, enjuician a través del mismo, antes que nada, la necesidad de la intervención estatal (limitativa de derechos fundamentales) en relación con los objetivos que se persiguen; incluso se ha llegado a afirmar que el principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye como corolarios indispensables los principios de idoneidad, necesidad y proporción en sentido estricto⁸⁰.

Se trata de un principio que puede ir referido a la propia introducción de una medida de control, pero que puede concernir también únicamente la naturaleza o la gravedad de la sanción: cuando ésta supere los límites de la estricta necesidad se convierte en un obstáculo ilegítimo a las libertades reconocidas en el Tratado.

Por otro lado, el Tribunal ha indicado que las sanciones no pueden ser desproporcionadas respecto a la naturaleza o gravedad de la infracción: una sanción desproporcionada se convierte, efectivamente, en una interferencia excesiva de la libertad reconocida en el Tratado y, por ello, también en este caso en un obstáculo ilegítimo al ejercicio de dicha libertad⁸¹.

Este criterio —de por sí bastante genérico— ha sido concretado por el Tribunal mediante una valoración del papel que el interés tutelado por las disposiciones sancionadoras nacionales desempeña en la escala de valores protegidos por el ordenamiento interno, a la luz de la influencia que sobre la misma ejerce la normativa comunitaria y, en especial, el reconocimiento de ciertas libertades fundamentales⁸².

Así, en la sentencia pronunciada en el caso *Watson*, el Tribunal de Justicia señala que “ante la inobservancia del deber de notificación impuesto a los extranjeros, las autoridades nacionales poseen facultad para imponer sanciones de gravedad equiparable a las previstas para infracciones semejantes en el derecho interno”⁸³. Aún más incisiva se muestra el Tribunal en el caso *Pieck*: ante el incumplimiento de lo exigido en materia de permisos de residencia, los Estados miembros pueden prever “sanciones penales análogas a las establecidas para infracciones menores por el Derecho nacional”; en consecuencia, cabría excluir para tales casos sanciones privativas de libertad⁸⁴.

c) Un tercer límite al poder discrecional de los Estados miembros en el campo sancionador puede trazarse invocando el principio de no discriminación (al que debe reconocerse, como se dijo, rango de derecho fundamental). Se trata de un principio cuya aplicación aparece ligada con frecuencia a la utilización del principio de proporcionalidad⁸⁵:

⁸⁰ Vid. sobre el tema Röss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht*, en *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1984, p. 11 y ss.

⁸¹ Cfr. por ejemplo, SSTJ, 3.7.1980, cit. supra nota 78; 25.2.1988, causa 299/86 (*Drexel*), en “Boll trib.” 1988, p. 1577 y ss.

⁸² Ampliamente Grasso (nota 4), p. 323.

⁸³ STJ, 7.7.1976, cit. supra nota 77.

⁸⁴ STJ, 3.7.1980, cit. supra nota 78.

⁸⁵ Cfr. las consideraciones de De Salvia (nota 73), p. 465.

el carácter excesivo y desproporcionado de una medida de control y de la correspondiente sanción, y en consecuencia la aparición de un obstáculo ilegítimo al ejercicio de un derecho reconocido por la normativa comunitaria, puede provenir precisamente de la adopción por el legislador de un Estado miembro de sanciones más graves frente a ciudadanos de otros Estados miembros que frente a sus propios ciudadanos (por la misma infracción u otra análoga) ⁸⁶.

La invocación del principio de no discriminación opera sobre todo en el sector de la libre circulación de personas. En sus conclusiones al caso *Royer*, el abogado general Mayras ha señalado que “el Derecho comunitario no prohíbe ciertamente que los Estados miembros garanticen, mediante sanciones adecuadas en caso de incumplimiento, el respeto a las normas sobre policía de extranjeros”, añadiendo sin embargo que, si se tiene en cuenta el principio de no discriminación enunciado en los artículos 7 y 48 del Tratado, tales sanciones no pueden ser más graves que las previstas respecto a los ciudadanos nacionales que no respeten las formalidades administrativas exigidas ante un cambio de residencia” ⁸⁷. En una línea parecida, el abogado general Reischl, en el caso *Sagulo*, afirma que en virtud del principio de no discriminación, sería ilegítimo que un Estado miembro sancionase más gravemente la infracción cometida por un ciudadano de otro Estado miembro, titular de un permiso de residencia pero que carezca del documento de identidad más gravemente, que idéntica infracción cometida por un ciudadano propio ⁸⁸. Respecto a este último caso, el Tribunal de Justicia considera no obstante inapropiada la invocación del principio de no discriminación; en efecto, la normativa comunitaria en materia de libre circulación impone a los ciudadanos de un Estado miembro que entren o permanezcan en otro distinto ciertas obligaciones específicas (como estar en posesión de un documento de identidad, de modo que no es posible una total equiparación de esos sujetos con los ciudadanos del Estado huésped (en algunos Estados miembros no existe una obligación general de poseer un documento de identidad) ⁸⁹.

También en esta línea, el abogado general Trabucchi, en el caso *Watson*, considera que el deber del ciudadano de inscribirse en el Registro Civil no es comparable a la obligación que tiene el ciudadano de otro Estado miembro, titular del derecho a la libre circulación y la libre residencia, de informar a una autoridad policial del Estado huésped de su propia presencia en su territorio; en efecto, se trata de dos obligaciones distintas cuyo control está confiado a órganos diversos (la autoridad municipal encargada del Registro Civil, en el primer caso, y la autoridad policial, en el segundo), lo que legitima que su inobservancia conlleve sanciones dispares ⁹⁰.

Ahora bien, si en estos últimos casos no parece apropiada la invocación del principio de no discriminación, ello no excluye que el mismo se erija en límite a la discrecio-

⁸⁶ Cfr. las conclusiones del Abogado Genral Trabucchi en la causa *Watson y Belman*, en “Rec.”, 1976, p. 1207

⁸⁷ En *Rec.*, 1976, p. 523.

⁸⁸ En *Rec.*, 1977, p. 1512/1513.

⁸⁹ STJ 14.7.1977, cit. supra nota 78, pp. 1506/1507.

⁹⁰ En *Rec.*, 1976, p. 1208.

nalidad de los Estados miembros a la hora de seleccionar los tipos y la gravedad de las sanciones aplicables a ciertas infracciones. En efecto, en él se apoya el Tribunal en el caso Rutitli para sostener la ilegitimidad de una prohibición de residencia limitada a una parte del territorio respecto de un ciudadano comunitario que es titular del derecho a la libre circulación⁹¹.

Al susodicho principio hace referencia también el Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de mercancías (materia ésta que no interesa directamente)^{91 Bis}.

d) Tratamos de valorar ahora qué consecuencias se derivan para los jueces nacionales en caso de discrepancia entre las sanciones previstas en el Derecho penal nacional y los derechos fundamentales reconocidos en la Comunidad.

En este sentido, debe realizarse la oportuna diferenciación entre las distintas situaciones en que tal incompatibilidad puede tener lugar.

Es posible, en primer término, que la misma se plantee respecto a sanciones que presentan un carácter accesorio, sea cual fuere el *nomen iuris* empleado en los respectivos sistemas penales; ya se trate de medidas de seguridad, penas accesorias o cualquier tipo de sanciones que siguen una condena penal, el dato relevante es que las mismas se añaden a una pena principal.

En tal caso, la incompatibilidad con el Derecho comunitario debe comportar la inaplicabilidad de dichas sanciones, sin que quepa excluir, no obstante, la aplicación de la correspondiente figura delictiva; así, en lo que se refiere al ordenamiento italiano, la eventual inaplicación de la medida de seguridad de expulsión no puede implicar la del tipo delictivo a que aparece ligada la misma.

Es posible que, por el contrario, la incompatibilidad con los principios del sistema comunitario afecte a la pena principal (en su naturaleza o en su gradación) pero que, no obstante, mediante la utilización del poder discrecional reconocido al Juez sea posible reconducir la sanción a niveles compatibles con el Derecho comunitario. A una situación semejante alude el Tribunal de Justicia en la Sentencia del caso *Sagulo*, en la que se afirma que “cuando un Estado miembro no haya adaptado su propia legislación a las exigencias impuestas en esa materia por el Derecho comunitario, el Juez nacional deberá hacer uso de la libre valoración que le es propia con el fin de acceder a la aplicación de una pena adecuada a la naturaleza y objetivos de las normas comunitarias cuya infracción se pretende reprimir”⁹². En supuestos de esta clase, debe considerarse que el poder discrecional del Juez resulta afectado por la necesidad de respetar los límites que el Derecho comunitario impone al legislador nacional en materia sancionadora. Un ejemplo viene dado por lo dispuesto en el artículo 142 (ya derogado) TULPS (y por los artículos 261 y ss. del Reglamento que lo desarrolla), que obligaba a los extranjeros a notificar a la autoridad policial su presencia en territorio nacional en un plazo de tres días desde su entrada en Italia, obligación cuya inobservancia se castigaba indistintamente con pena de arresto hasta seis meses o multa de hasta 40.000 liras; si se considera, como lo ha hecho el Tribunal de

⁹¹ STJ 28.10.1975, causa 36/75 (*Rutitli c/Ministre de l'Interieur*), en “Rec”., 1975, p. 1234/1235.

^{91 Bis} Vid. por ejemplo STJ 30.11.1977, causa 52/77 (*Cayrol c/Rivoira*), en “Rec”., 1977, p. 2280/2282.

⁹² STJ 14.7.1977, cit. supra nota 78. Sobre el tema, vid. las consideraciones de Pedrazzi (nota 70), p.

Justicia en los casos *Watson* y *Pieck*, que la pena privativa de libertad resulta excesiva y desproporcionada respecto a la gravedad de la infracción cometida por ciudadanos comunitarios, que son titulares del derecho de circulación y residencia, cabe concluir que el Juez italiano únicamente puede castigar a tales personas con la pena pecuniaria, pero no en cambio con la pena de arresto.

La cuestión es más complicada cuando la pena principal prevista para una determinada infracción (por su naturaleza, por su entidad o sencillamente por el criterio de determinación adoptado) es incompatible con el Derecho comunitario, sin que quepa eliminar la contradicción utilizando la potestad discrecional ordinaria atribuida al Juez. En tal supuesto, debe rechazarse ante todo que el Juez pueda aplicar al caso concreto una sanción distinta a la prevista por el legislador (la cual se muestra, como se ha visto, incompatible con el Derecho comunitario): en un sistema penal inspirado en el principio de legalidad, la predeterminación de la tipología y de la gravedad de la pena legal para las distintas figuras delictivas no puede ser obra sino del legislador y sólo del legislador⁹³.

El problema planteado en tales casos presenta notable afinidad con el originado en el ordenamiento penal italiano en relación con algunos de los tipos de insubordinación previsto en los artículos 186 y 189 del Código Penal Militar para tiempo de paz, a raíz de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en particular las Sentencias 26/79 y 103/1982⁹⁴), que declararon la inconstitucionalidad de ciertas sanciones previstas en dichos preceptos, por vulneración del principio de igual⁹⁵. Frente al vacío normativo creado por estas sentencias, el Tribunal de Casación ha negado la posibilidad de buscar la sanción para dichas conductas “aliunde”. Excluyendo así la legitimidad de un posible “trasplante de pena” por parte del Juez, la conclusión para el Tribunal no podía ser otra que considerar las normas incriminadoras de la insubordinación (objeto de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional) “definitivamente suprimidas... del ordenamiento jurídico”⁹⁶.

De ahí que, en el caso que estamos considerando, la conclusión debe ser idéntica a la adoptada por el Tribunal de Casación respecto a la insubordinación: en ausencia de sanción (por declaración de inconstitucionalidad, en un caso, por incompatibilidad con el Derecho comunitario, en el otro), resulta inaplicable el precepto⁹⁷.

⁹³ Concretamente, Pedrazzi (nota 70), p. 79.

⁹⁴ Ambas Sentencias aparecen publicadas en “RIDPP”, 1980, p. 200 y ss. (con nota de Rosetti, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*) y en “Cass. Pen”. 1982, p. 1987 y ss. (Con nota de Salazar, *La Corte Costituzionale completa il suo intervento sui reati di insubordinazione*).

⁹⁵ Sobre los problemas planteados en la Sentencia del Tribunal Constitucional en materia de insubordinación, vid. Riondato, *Legalità della pena e “supplenza” del codice penale comune nell’ordinamento militare* “Cass. pen.”, 1985, p. 827 y ss.; Piacentini, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, en *Giur. Cost.*, 1981, I, p. 369; Salazar (nota 94), p. 1907 y ss.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Casación, 26.5.1984, en “Cass. pen.”, 1984, p. 2516.

⁹⁷ Solución adoptada por el Tribunal de Casación en materia de infracciones relativas al IVA a la importación, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia en la causa *Drex*; vid., p. ej., Sentencia del Tribunal de Casación Sala III, 7.3.1989, en “Corr. trib.”, 1989, p. 2263; Id. 4.7.1990, ibi., 1990, p. 2304. Dicha doctrina ha sido asumida en la jurisprudencia francesa por el Tribunal de Montpellier, en Sentencia de 25.2.1980, n. 577. en “Dir. com. scambia int.”, 1980, p. 384. Por el Tribunal de Casación en Sentencia de 5.12.1983, *Administration des Douanes c/ Epuran*, en “Rec. Dalloz”, 1984, p. 217 y ss. Esta resolución se caracteriza por no considerar aplicable al caso el principio previsto en el art. 369 del *Code des Douanes* (que prohíbe *d’excuser un prevenu sur l’intention*), invocando la jurisprudencia comunitaria.

Naturalmente, la imposibilidad de aplicar un determinado precepto penal no impide acudir a un tipo delictivo más genérico, cuya sanción, por su naturaleza y gravedad, no sea opuesta al Derecho comunitario.

En efecto, así ha ocurrido en un caso sometido a los tribunales franceses, que ha considerado inaplicable a la falsedad en la declaración del importador de mercancías en libre comercio lo dispuesto en los artículos 414 y 426 del *Code Douanier* (que establecían una multa proporcional al valor de la mercancía y su confiscación), apoyándose en la doctrina del Tribunal de Justicia en los casos *Donckerwolcke* y *Cayrol vs. Rovoira*, añadiendo no obstante que podría acudirse a otro supuesto delictivo, el artículo 410 del *Code Douanier*, que prevé una multa de cuantía única para cualquier infracción de leyes o reglamentos aduaneros no castigada más gravemente⁹⁸.

8. La incidencia sobre los principios y la regulación del proceso penal

El fenómeno de la incidencia de la normativa comunitaria sobre la regulación del proceso penal en los Estados miembros tiene una dimensión más bien escasa; evidentemente, los límites señalados caracterizan igualmente la repercusión de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito comunitario sobre los sistemas procesales nacionales.

Pese a ello, no faltan casos en que se manifiesta dicha influencia.

Así, en el caso *Mutsch*, el Tribunal de Justicia analiza y resuelve el problema de si el derecho a solicitar que el proceso penal se desarrolle en la propia lengua, derecho reconocido en el ordenamiento belga a ciudadanos residentes en determinados pueblos de habla alemana, se halla dentro del ámbito de aplicación del Tratado, integrado, en consecuencia, en el campo operativo del principio de no discriminación reconocido en el artículo 7 de aquél⁹⁹.

Responde el Tribunal en sentido afirmativo señalando que la facultad de usar la propia lengua en un proceso abierto ante los Tribunales del Estado miembro de residencia, en idénticas condiciones a las establecidas para los ciudadanos de dicho Estado, contribuye de forma notable a la integración del trabajador emigrante y su familia en la sociedad del país de acogida y, por ende, al logro de la libre circulación de trabajadores. Los jueces comunitarios concluyen, pues, que el “principio de la libre circulación de trabajadores, asumido por el artículo 48 del Tratado y especialmente por el Reglamento del Consejo número 1612/1968, implica que al trabajador de un Estado miembro se le reconozca el derecho de solicitar que un proceso penal abierto contra él se desenvuelva en una lengua distinta a la utilizada habitualmente ante el Juez encargado del caso, siempre que los trabajadores nacionales puedan, en las mismas condiciones, beneficiarse del mismo derecho”.

De este modo, el principio de no discriminación incide incluso en la lengua a emplear en el proceso penal en aquellos países que, como Bélgica o Italia, disponen de una normativa específica protectora de las minorías lingüísticas.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Casación 5.12.1983, cit. supra nota anterior.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia 11.7.1985, causa 137/84 (*Mutsch*), en “Rec.”, 1985, p. 2691 y ss.

Un segundo fenómeno que merece destacarse es que el Tribunal, al examinar la normativa comunitaria relativa a la prueba de las infracciones y a la imposición por parte de la Comisión de sanciones previstas en regulación de la competencia, subraya la operatividad en el sistema sancionador comunitario de ciertos principios procesales que constituyen garantías fundamentales de la libertad del individuo.

Así, el Tribunal corrobora con frecuencia el valor del derecho de defensa, derecho que debe garantizarse no sólo en procedimientos administrativos que pueden llevar a la imposición de una sanción, sino también respecto a procedimientos de índole preliminar que pueden conducir a la consecución de pruebas decisivas para la determinación de la responsabilidad¹⁰⁰.

De este principio fundamental, el Tribunal detrae importantes corolarios; así, en la sentencia *Orkem*, tras poner de relieve, a partir de un examen comparativo de las legislaciones de los Estados miembros, que el principio *nemo tenetur se detergere* está reconocido en los sistemas sancionadores nacionales únicamente en procesos penales y en favor de personas físicas, no así respecto de personas jurídicas y en relación con infracciones de carácter económico, el Tribunal extrae del derecho fundamental a la defensa la consecuencia de que la Comisión, en el marco de su facultad indagatoria, no puede obligar a las empresas a proporcionar informaciones o presentar documentos de los que se deduzca su participación en la Comisión de Infracciones que investiga la propia Comisión¹⁰¹.

Invocando los principios generales comunes a los Estados miembros, el Tribunal reconoce la existencia, en el ordenamiento comunitario, de los derechos a la inviolabilidad de domicilio de las personas físicas¹⁰² y al secreto de la correspondencia entre abogado y cliente (si bien con ciertas limitaciones)¹⁰³.

El Tribunal de Justicia reconoce el vigor de estos principios en el sistema sancionador comunitario, en aquellos procedimientos que conducen a la imposición de sanciones pecuniarias previstas en el Tratado CECA o en algunos Reglamentos CEE.

A mi juicio, tales principios deben regir igualmente en el seno del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, cuando éstos son llamados a imponer determinadas sanciones (cuya naturaleza es administrativa)¹⁰⁴ previstas en reglamentos comunitarios aprobados por la Comisión en el marco de las políticas comunes agrícola o pesquera y cuya aplicación compete a las autoridades de los Estados miembros.

Se trata de sanciones *sui generis* difícilmente encajables en las tradicionales categorías, como por ejemplo la pérdida total de una contribución, en caso de presentación a la autoridad de declaraciones, aun parcialmente no verdaderas (cfr. art. 9, párrafo 1, reg. núm. 714/1989), la exclusión del autor de la infracción de la concesión de subvenciones

¹⁰⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia 21.9.1989 (cit. supra nota 16) y 18.10.1989, causa C 347/87 (*Orkem*), en "Rec.", 1989, p. 3551.

¹⁰¹ Sentencia citada en nota anterior.

¹⁰² Sentencias citadas en la nota 16.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia 18.5.1982, causa 155/79 (*AM&S c/ Comision*), en "Rec.", 1982, p. 1610 y ss. En sus conclusiones, el Abogado General Warner ha negado que ese derecho pueda considerarse un derecho fundamental de la persona (cfr. "Rec", 1982, p. 1636/1637).

¹⁰⁴ Del mismo tenor es el parecer del Servicio Jurídico de la Comisión, en "Doc. Jur (89) D 3500", 20.7.1989).

para el año siguiente (cfr. art. 8, párrafo 2 del reg. núm. 1738/1989), o bien la disminución de la ayuda concedida al beneficiario de una suma complementaria adecuada a la entidad de la falsedad (cfr. art. 7 reg. núm. 1164/1989)¹⁰⁵. Se caracterizan por hallarse reguladas en la normativa comunitaria, pero aplicadas en los sistemas jurídicos nacionales.

De otro lado, es evidente que su aplicación por parte de las autoridades de los Estados miembros debe producirse respetando los principios instaurados por los reglamentos comunitarios que configuran tales sanciones, la normativa general establecida al respecto, así como los límites impuestos por la tutela de derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario. Bajo este prisma, en consecuencia, dicha tutela se refleja en la configuración del procedimiento sancionador (en este caso de tipo administrativo) de los Estados miembros.

9. Consideraciones finales

Al tratar de determinar ahora el significado que el reconocimiento y tutela de derechos fundamentales asume en los sistemas penales nacionales, creo que se evidencian dos líneas netamente.

En primer lugar, la protección en el ámbito comunitario de los *Grundrechte* provoca un incremento en la tutela de tales derechos en los sistemas penales nacionales, eso sí, únicamente en aquellos sectores afectados por la normativa comunitaria. Efectivamente, en dichos sectores y en todos los Estados miembros, deben tutelarse ciertos derechos fundamentales en virtud de la tradición constitucional común; ahora bien, desde el momento en que dicho criterio permite acoger igualmente derechos reconocidos solamente en un cierto número de Estados miembros (aunque exista, como se dijo, una orientación general o una tendencia dominante), es posible que reciban protección derechos fundamentales extraños al ordenamiento en que deben operar o que, de todos modos, se eleve y refine la tutela de los *Grundrechte* en el mismo.

Este resultado se alcanzaría aún en mayor medida si se aceptase el criterio del “maximum standard”, que debe rechazarse, no obstante, por las razones expuestas con anterioridad.

En segundo lugar, se advierte que el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario demuestra una relevante aptitud para armonizar los sistemas penales de los Estados miembros.

El fenómeno se verifica plenamente en aquellos casos en que la incompatibilidad con esos derechos fundamentales conlleva la inaplicabilidad de determinados preceptos penales nacionales; se trata aquí de una especie de armonización en negativo (armonización que se manifiesta en la no aplicación de ciertas incriminaciones)¹⁰⁶.

Por el contrario, el fenómeno adquiere mayor relevancia si pasamos a considerar la influencia ejercida sobre las sanciones. A este respecto, se señala con frecuencia que a

¹⁰⁵ Cfr. Grasso, *Rapport de synthese*, en “La protection juridique des interêts financiers de la Communauté”. Actes du Seminaire organise par le Controle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés europeennes, les 27,28 et 29 novembre 1989 a Bruxelles; Bruxelles/Luxembourg, 1990, p. 379/380).

¹⁰⁶ Cfr. Bernardi (nota 4), p. 169.

s, de todo, del principio de proporcionalidad, se verifica una cierta armonización de sanciones previstas en los diversos Estados miembros¹⁰⁷; algún autor va más allá, lle-
o a afirmar que “la escala de valores a proteger se encuentra predeterminada en el
na comunitario”¹⁰⁸.

Ahora bien, si debe reconocerse que esta última conclusión se muestra excesiva,
talmente cierto que el reconocimiento de determinadas libertades fundamentales en
mbito comunitario provoca consecuencias de alcance sobre la jerarquía de los intere-
protegibles a nivel nacional y sobre la consiguiente determinación de las sanciones,
nándose así una especie de armonización de las sanciones previstas en los sistemas
les nacionales relativas a aquellas figuras delictivas que afectan a libertades recono-
en la normativa comunitaria; debe señalarse, por otra parte, que se trata de un nivel
monización todavía embrionario, o mejor dicho, tendencial, ya que necesariamente
ya imbuido de la diferente apreciación de las exigencias político-criminales que acon-
la criminalización de determinados comportamientos desviados y de la distinta se-
dad sancionadora en los diversos sistemas penales nacionales respecto a idénticos su-
tos delictivos (así, por ejemplo, pueden ser muy diferentes de un Estado a otro las
ones previstas para “delitos menores”, a los que alude el Tribunal en el caso *Pieck*)¹⁰⁹.
ste sentido, puede ser de utilidad reflejar las conclusiones del abogado general Tra-
hi en el caso *Watson*, según el cual “la determinación de las sanciones penales para
icos comportamientos puede ser distinta de un Estado a otro, ya que la misma de-
e de la valoración de las exigencias preventivas que el legislador nacional intenta
tar a la situación y a las necesidades propias de su sociedad”¹¹⁰.

Ambas tendencias, así manifestadas (refinamiento de la tutela de los “*Grundrechte*” y
nización progresiva de los sistemas penales nacionales) deben valorarse positivamente.

En consecuencia, cabe pronosticar que el grado de protección de los derechos funda-
ales en el ordenamiento comunitario vaya en aumento, bien mediante la adhesión de las
unidades a la Convención Europea, como ha propuesto recientemente la Comisión¹¹¹,
elaborando un catálogo comunitario de derechos fundamentales, como el que aparece en
solución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989 y su inclusión en un acto nor-
vo jurídicamente vinculante (por ejemplo el nuevo Tratado sobre la Unión Europea)¹¹².

Ambas propuestas (que no son incompatibles) tendrían la ventaja de incrementar la cer-
del Derecho, configurando con claridad las posiciones subjetivas individuales garantiza-
ente a las instituciones comunitarias (y, dentro de los límites señalados, a las autoridades
s Estados miembros), consolidando de este modo la “legitimación democrática” del orde-
ento comunitario; ello contribuiría a un progresivo avance de las diversas influencias que
n puesto de relieve en el presente trabajo sobre los sistemas penales nacionales.

¹⁰⁷ En este sentido Pedrazzi (nota 70), p. 74 y ss.; Mari (nota 66), p. 165/166; Grasso (nota 4), p. 201/202.

¹⁰⁸ Así Mari (nota 66) p. 165/166.

¹⁰⁹ Cfr. Grasso (nota 4) p. 332/333.

¹¹⁰ En Rec., 1976, p. 1205/1206.

¹¹¹ Cfr. supra el apartado 3.

¹¹² Vid. sobre el tema Hilf (nota 25), p. 19 y ss.