

REGLAS Y GARANTÍAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA PENAL
ADMINISTRATIVA

Klaus Tiedemann

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>

REGLAS Y GARANTÍAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA PENAL ADMINISTRATIVA*

PROF. DR. KLAUS TIEDEMANN

*Director del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico.
Universidad de Friburgo de Brisgovia*

I. Introducción

La Comunidad Europea (CE) no dispone de un poder punitivo en sentido propio, es decir, en el sentido de un poder para imponer verdaderas sanciones penales. En vista de la falta de transferencia de competencias penales a la CE por parte de los Estados miembros parece dudoso el que la Comunidad tenga influencia directa sobre los ordenamientos jurídicos penales nacionales de los Estados miembros. La Comisión y el Consejo de Bruselas sobre todo después del famoso caso “Itco” o del maíz griego si se consideran legitimados para armonizar las legislaciones penales nacionales, ya sea bajo el aspecto particular de la protección por el Derecho penal nacional de los intereses financieros de la CE, ya sea bajo el punto de vista más general de eliminar obstáculos y desigualdades en el comercio transnacional. Las medidas para llegar a esta *armonización* son: la *directiva* de la CE dirigida al legislador nacional como mandato para legislar, por ejemplo, para introducir un tipo penal de lavado de dinero en el Código Penal, y el *recurso* ante el Tribunal Europeo de Justicia por violación del Tratado, por ejemplo, por la omisión de

* Traducido por Rosario de Vicente Martínez.

proteger penalmente los intereses financieros de la Comisión, como en el caso mencionado del maíz griego.

En este caso, los dueños de los buques Alfonsina y Flamingo habían exportado, en mayo de 1986, desde Grecia maíz yugoslavo declarando que se trataba de maíz de origen griego. Las autoridades griegas, según las constataciones del Tribunal Europeo, toleraban intencionadamente este fraude renunciando a los derechos de entrada que llegaban a 447.053.406 dracmas (1,2 millones de ECUs). La Comisión Europea interpuso un recurso en contra de la República de Grecia por violación del artículo 5 del Tratado de la CE sobre la base del artículo 173 del mismo Tratado. El Tribunal Europeo condenó a Grecia a pagar a la Comunidad la suma de dinero mencionada y a interponer procedimientos penales contra los responsables¹.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico supranacional de la CE conoce y utiliza tipos y sanciones de carácter *administrativo* sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero, pero también en el de los productos agrarios y de la pesca. En este campo de sanciones cuasi-penales la falta de reglas comunitarias escritas sobre error y estado de necesidad, tentativa y participación, etc., es decir, sobre la Parte General, pero también sobre cuestiones procesales (como el principio del *non bis in idem* en relación a las sanciones nacionales), obliga al Tribunal Europeo a desarrollar estas reglas como *principios comunes* a todos o a la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros². De esta manera, la CE llega al reconocimiento de reglas y principios *comunitarios* que presentan garantías para la aplicación de sanciones comunitarias. Y aún más: los principios básicos en materia de sanciones administrativas son más o menos idénticos con los correspondientes principios penales que se aplican a la materia administrativo-penal “con ciertos matices”, como lo formula el Tribunal Constitucional español³ en concordancia con la jurisprudencia reciente del Consejo constitucional francés⁴ y con una jurisprudencia ya tradicional del Tribunal Constitucional alemán⁵. También, la legislación nacional alemana, italiana y portuguesa en materia de faltas administrativas han creado Partes Generales más o menos idénticas con las de los Códigos Penales⁶. Por eso, el proceso de formación de reglas comunes de Parte General para las sanciones administrativas supranacionales tiene dos consecuencias evidentes e importantes: a) la existencia en el Derecho comunitario de garantías que corresponden en gran medida a las garantías *constitucionales* de los Estados miembros (por ejemplo, el principio de legalidad); b) los reflejos de estas garantías comunitarias sobre la Parte General del Derecho penal y administrativo penal de los Estados miembros (por ejemplo,

¹ Sentencia publicada, en idioma alemán, en “Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht”, 1990, p. 99, con observaciones de Tiedemann.

² Vid. Tiedemann, en “Libro Homenaje a Jescheck”, 1985, pp. 1411 y ss.

³ Vid. la STC 18/1981.

⁴ Decisión núm. 88-248 DC de 17 de enero de 1989.

⁵ Vid. Tiedemann: *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, pp. 16 y ss., con referencias.

⁶ Vid. un resumen de Derecho comparado en Paliero, “Rivista trimestrale di Diritto Pubblico”, 1980, pp. 1254 y ss.; Paliero y Travi: *La sanzione amministrativa*, 1988; Suay Rincon: *Sanciones administrativas*, 1989, pp. 118 y ss.

el principio de culpabilidad). El primer aspecto prácticamente hace superfluo un control nacional de la constitucionalidad del Derecho penal administrativo supranacional; así la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán renuncia a un tal control (en el llamado juicio “Solange II”⁷) que antes había proclamado (en el llamado juicio “Solange I”⁸). El segundo aspecto ha llevado a la Corte francesa de Casación⁹ a reconocer el principio de culpabilidad en el Derecho aduanero francés cuando éste se refiere a los derechos comunitarios de entrada en el Mercado Común y a rechazar así para el Derecho aduanero francés la clásica teoría de la responsabilidad objetiva en materia de faltas administrativas. Sobre todo, este segundo aspecto, del reflejo de los principios del Derecho comunitario sobre la Parte General del Derecho sancionador nacional, parece de gran utilidad para el ordenamiento jurídico español (aunque en el caso “Hansen” el TJCE no ha criticado al legislador danés por introducir una responsabilidad objetiva bajo la condición de que esto corresponda al interés público urgente y respete el principio de proporcionalidad¹⁰).

Las reglas comunitarias no escritas pueden considerarse como el patrimonio común de los países europeos desarrollados y de esta manera pueden constituir, en el cuadro de la jurisprudencia constitucional española¹¹, un tipo de pauta a seguir para la aplicación de sanciones administrativas. Por eso, intentaremos dar una visión global, aunque rápida, de estas reglas supranacionales extraídas de la jurisprudencia europea y de los ordenamientos jurídicos nacionales. No trataré las causas de justificación porque este tema será objeto de exposición por el Dr. Dannecker.

II. Principio de legalidad

El principio de legalidad de los delitos y de las penas constituye un principio fundamental en el Derecho penal de un Estado de Derecho: la garantía de la ley preexistente a la comisión del delito es la base, a favor del ciudadano, de la previsibilidad de la acción penal y excluye juicios arbitrarios. Al lado de esta función de Derecho constitucional, la legalidad se ha convertido bajo la denominación de “elemento típico” o de “tipicidad”, en el punto de partida de la doctrina general del delito, doctrina que incorpora de esta manera una garantía sobre todo formal, de raíz constitucional, en el concepto material e interno de la infracción penal.

El reconocimiento de este principio por el Derecho penal administrativo podría parecer evidente, peor ello no es completamente así. A lo largo de la historia, incluso recientemente, el poder punitivo de la Administración ha sido considerado a menudo cercano al poder de policía y sometido a las reglas generales del Derecho administrativo y no a los principios del Derecho penal. Así, el principio *nullum crimen nulla poena sine*

⁷ Coll. off. vol. 73, p. 339 (378).

⁸ Coll. off. vol. 37, pp. 271 y ss.

⁹ Recueil Dalloz Hebdomadaire 1984, Jurispr. pp. 247 y ss., con observaciones de Cosson.

¹⁰ Decisión 326/1988 sobre el artículo 9 del Reglamento danés núm. 448 de 2 de junio en 1981, en materia de tráfico (responsabilidad del empresario por violación, por parte del conductor de camiones, de las reglas sobre el máximo diario de horas de conducción).

¹¹ Vid. un análisis y un resumen del tema en Garberi Llobregat, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, 1989.

lege, garantizado por el artículo 8 de la Declaración francesa de 1789, no rige para las infracciones y sanciones administrativas lo que ha contribuido a la existencia y problemática de las *leyes penales en blanco* durante todo el siglo XIX y hasta nuestros días¹².

La Administración rellena con sus propios actos las lagunas dejadas por el legislador creando de esta forma las condiciones del delito al determinar los actos que serán castigados. Las leyes penales en blanco se convierten en el corolario de los conceptos legales vagos, de redacción imprecisa, donde la indeterminación de las infracciones por el legislador deja más o menos abierto el contenido y alcance de la incriminación que será completada por el Juez. Sin embargo, la interpretación de los conceptos legales y sobre todo de los elementos constitutivos del delito es siempre necesaria, incluso en el caso de textos que a primera vista parecen suficientemente determinados. No se trata de excluir pero sí de limitar a una *interpretación restrictiva* la ley penal para salvaguardar la garantía de determinación. En el mismo sentido, se habla también de la prohibición del *método analógico* prohibición que nos sitúa al mismo tiempo, sobre todo en materia financiera y económica, ante el problema jurídico del **abuso de derecho** y del **fraude de ley**. Mediante estos conceptos, el Juez busca abrir un nuevo campo de aplicación de la regla legal, campo en el que el legislador no ha pensado y que está obligado a regular¹³.

La exclusión del *Derecho consuetudinario* como fuente de incriminación no juega en nuestros días un papel práctico ni en Derecho penal ni en Derecho penal administrativo. Más bien, la prohibición de *retroactividad*, que se recoge en las dos materias, se coloca en un primer plano cuando se trata de considerar los diversos aspectos del principio de legalidad. Un texto represivo que no es anterior a la infracción cometida no puede motivar al ciudadano ni hacerle que se conforme con la norma legal o administrativa. Castigar sobre la base de una ley retroactiva sería como negar el reconocimiento del individuo como persona responsable y constituiría un atentado a la dignidad humana.

Todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la CE reconocen la validez del principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas. Este resultado positivo es evidente en las codificaciones recientes que mencionan expresamente el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* entre las reglas de la Parte General: artículo 3 de la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas de 1968 (OWiG), artículo 1 de la Ley italiana número 689/1981, artículo 2 del Decreto-ley portugués número 433/1982. En comparación con el Derecho penal *stricto sensu* se observan ciertas reservas en esta legislación, así cuando la ley italiana no prevé —a diferencia del art. 3 de la OWiG y del Decreto-ley portugués— la irretroactividad de la ley más favorable en el caso de que entre la comisión del delito y el pronunciamiento de la sanción exista una modificación de la ley (lo que parece contrario a la garantía contenida en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Cívicos). Además, la opinión dominante en Italia no otorga a las infracciones y sanciones administrativas el rango constitucional derivado del principio de legalidad, dejando de este modo la garantía y su alcance a la discreción del legislador (la solución contraria la podemos encontrar en el art. 25.1 de la

¹² Vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969.

¹³ Vid. Merle y Vitu: *Traité de Droit Criminel*, t. I, *Problèmes généraux*, 6.ª ed., 1988, p. 250.

Constitución Española y en el art. 103.2 de la Constitución alemana).

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha resuelto que un grado de determinación más débil en un texto represivo es aceptable cuando se trata de sanciones menos graves¹⁴. Pero esto no es solamente típico de las infracciones administrativas cuyas sanciones pueden alcanzar sumas de dinero más elevadas que el Derecho penal, lo que obliga, según la lógica de la jurisprudencia constitucional citada, a un grado “normal” o incluso superior de determinación¹⁵. A la vista de lo anterior, se podría pensar que es mejor otorgar a los textos aplicados por una autoridad administrativa mayor determinación que a una norma cuya violación es sancionada por los tribunales.

En otros países, donde se conocen verdaderas sanciones administrativas, han sido los Tribunales Constitucionales quienes han declarado aplicable el principio *nullum crimen* al ámbito penal administrativo. Así, en Francia, cuyo Consejo constitucional, desde 1989, aplica el principio de legalidad a “toda sanción que tenga carácter de pena” (vid. *supra*, I).

En el resto de los Estados miembros que desconocen o sólo conocen raramente las infracciones y sanciones administrativas (o que aplican como por ejemplo Bélgica y los Países Bajos esta sanción a los mismos casos donde está prevista una sanción penal), el principio de legalidad no constituye problema alguno. Lo mismo sucede en la “rule of law” en Inglaterra y en Irlanda, países que aplican el principio de legalidad a las leyes y estatutos modernos (“statute law”) con criterios idénticos a los países continentales: irretroactividad (vid. por ejemplo, el art. 15.5 de la Constitución irlandesa), determinación (que prohíbe los “vagos estatutos”), la interpretación restrictiva realizada en la práctica de manera contraria a lo que sucede en los países del continente (“narrow construction of statutes”), exclusión del derecho consuetudinario del ámbito del “estatuto”.

Para discernir mejor las diversas plasmaciones del principio de legalidad, se comprobará, en primer lugar, que la *retroactividad* de la infracción y de la sanción administrativa no está admitida en ningún Estado miembro, incluso estaba excluida en el “Common law” clásico, ya fuera por su propia naturaleza o por ciertas técnicas de los tribunales. Por otro lado, la falta de *determinación* en materia penal administrativa es lamentable en casi todos los Estados miembros. Sin embargo, en prácticamente todos los casos se evita por parte de las jurisdicciones nacionales un juicio de inconstitucionalidad, de manera que el mandato del legislador de formular incriminaciones precisas es, la mayoría de las veces, un postulado de política criminal más que un criterio práctico (del Derecho constitucional). No obstante, en Francia la jurisprudencia reciente del Consejo constitucional parece hacer prueba de una mayor audacia¹⁷

¹⁴ Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 197 y ss., con referencias.

¹⁵ Vid. Tiedemann, en “Immenga y Mestmäcker”, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 2.ª ed., 1991, art. 38, nota 1.

¹⁶ Vid. Garberi Llobregat, ob. cit., pp. 83 y ss.

¹⁷ Vid. Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, p. 49 y nota 49.

También la repartición de competencias legislativas entre Parlamento y Administración, y con ella el problema de la *ley penal en blanco*, es a menudo considerada de una manera bastante generosa aunque la doctrina esté de acuerdo en que es el Parlamento quien debe tomar la decisión esencial sobre la incriminación para de esta forma no dejar a la Administración la discreción sobre el sí o el no de la incriminación¹⁸. Prácticamente, pocos reglamentos han sido anulados. La repartición de poderes es bastante diferente en los Estados miembros y a escala de la Comunidad. No se demandan las circunstancias de esta problemática tan interesante para los derechos nacionales. Es suficiente con saber que incluso en los sistemas donde la competencia de la legislación penal se encuentra monopolizada por el Parlamento, éste está solamente obligado a trazar los criterios esenciales (pero que comprenden no sólo la determinación del ámbito interesado y del valor del interés sino también el acto incriminado que debería ser precisado más allá de un simple “actuar contra...”). Esto únicamente en el ámbito de las trabas a la libertad de ir y de venir, pues para la pena privativa de libertad existe generalmente una reserva estricta de ley formal, votada por el Parlamento.

Más problemático se presenta la cuestión del *abuso de derecho* o del *fraude de ley*. La situación jurídica es evidente únicamente allí donde existen fórmulas legales explícitas para aprehender los actos de elusión de ley, como por ejemplo, en materia de impuestos¹⁹. Tales cláusulas legales explícitas pueden ser muy generales, próximas a la indeterminación, pero a veces ellas se tornan más claras por obra del legislador que pone ejemplos (como sucede en el art. 86 del Tratado CEE). Otras cláusulas legales se transforman en conceptos enteramente precisos ocasionando sin embargo el peligro de ser eludidas o defraudadas a su vez. El caso típico es la enumeración de materias y de piezas cuya exportación a las regiones en crisis o en guerra está prohibida incluso sin que la materia o la pieza en sí misma sea peligrosa: ella se vuelve peligrosa después de haber sido compuesta con otras materias o piezas delicadas.

La situación caracterizada por la *ausencia total* de tales cláusulas explícitas va a ser tratada en la Ponencia de Vogel. Es suficiente con señalar ahora que el principio de legalidad consagra la punición de los actos de fraude de ley. En realidad, la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales parece distinguir entre actos de simulación y actos de disimulación por un lado, y actos de elusión o de evasión de la ley en sentido propio, por otro lado²⁰. Los primeros son presas de técnicas jurídicas diversas, como por ejemplo, el tratamiento (extrapenal) nulo o igual al acto o a la situación disimulada con la consecuencia lógica de aplicar los delitos de fraude o de falsedad en documento. Otra técnica utilizada, por ejemplo, en Derecho francés consiste en una constatación o corrección de los hechos de manera tal que la aplicación de la ley penal (administrativa) es imposible. Así la división artificial de una unidad económica del comercio podría ser corregida, por ejemplo en el famoso caso de la exportación de cerdos de Alemania del Sur a Suiza que se prolonga por un comerciante de Basilea que reexporta los cerdos a Italia y ello con

¹⁸ Vid., por ejemplo, Coll. off. del TC alemán, vol. 78, pp. 374-388 y ss.; Tiedemann, ob. cit., p. 46.

¹⁹ Vid. el artículo 24.2 de la Ley General Española sobre Impuestos.

²⁰ Vid. Tiedemann, en *Communauté Européenne. La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, 1990, pp. 153 y ss.

pleno conocimiento del exportador alemán²¹. Siguiendo las circunstancias del caso, se considera el comercio como simple tránsito a través de Suiza.

Los verdaderos actos de elusión o evasión de la ley se caracterizan por no ser aprehendidos por el texto de la ley. Los supuestos se dan principalmente en materia de evasión fiscal nacional e internacional. En este punto numerosas jurisdicciones consideran al comercio desde un punto de vista económico ligándolo menos a la constitución jurídica de contratos y de empresas. De este modo, el intercambio de prestaciones se estima y valora a menudo conforme a la realidad económica sin considerar para su validez el Derecho civil. Esto lleva a considerar como base fiscal un precio hipotético que las empresas independientes habrían fijado por una transacción (principio de “dealing at arms length”²²) en lugar del precio real convenido entre las empresas que forman parte de un grupo de Sociedades. Es cierto que la práctica fiscal encuentra dificultades considerables para determinar el montante válido, en circunstancias semejantes, en el curso de transacciones entre personas no familiares²³. Sobre todo, en Francia y en la RFA ha habido condenas penales en base al criterio de “Dealing at arm’s length”²⁴.

A nivel de la Comunidad, la prohibición de la *retroactividad* de las leyes y reglamentos penales administrativos ha sido reconocida claramente y sin reservas en el asunto Bosch del TJCE²⁵. El Tribunal habla de un principio general de Derecho comunitario y de un verdadero Derecho fundamental. Si ello es así, en el caso Watts Ltd./Tepea BV, el Tribunal de Luxemburgo no ha eludido las ambigüedades a la cuestión de conocer si un contrato que impone obstáculos a la competencia del Mercado Europeo pero que se ha concluido entre una empresa inglesa y una sociedad holandesa después de 1956, mucho antes de la entrada en vigor de las reglas de la Comunidad, en Inglaterra el 1 de enero de 1973, incluso antes de la Ordenanza número 17, de 6 de febrero de 1962, puede ser juzgado contrario al Derecho de la CE y en consecuencia sancionado²⁶. Dado que el artículo 85 del Tratado CEE no solamente prohíbe la conclusión de contratos que violan las normas de la competencia sino también la realización de prácticas concertadas, el resultado al que llega el TJCE es correcto²⁷. Pero, será necesario conocer si la prohibición de retroactividad a nivel comunitario sirve también para las simples medidas administrativas que no tienen carácter punitivo. Tradicionalmente los ordenamientos jurídicos nacionales han

²¹ Vid. el caso descrito en Tiedemann, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974, pp. 121 y ss.

²² Vid. Sect. 482 US-Internal Revenue Code, art. 57 del Código General francés de impuestos, artículo 1.1 de la Ley fiscal alemana del Comercio Exterior.

²³ Vid. Tiedemann: “Rivista delle Società, 1976”, p. 815 y “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, 1976, p. 487.

²⁴ Vid. Delmas-Marty y Tiedemann: *La Semaine Juridique*, 1979, I2935 y capítulo criminológico núm. 718, 1979-1980, p. 195.

²⁵ Vid. el juicio de 6 de abril de 1962, asunto 13/61, Rec. 1962, pp. 97 y ss.; asimismo, vid. la sentencia del 10 de julio de 1984, asunto 636/1983, Rec. 1984, pp. 2689-2718; de la misma Comisión CE, en Rec. 1979, pp. 1869 a 1892 “Hugin Kassaregister AB” y “Hugin Cash Registers Ltd.”; Grasso: *Comunità Europea*, p. 96.

²⁶ Rec. 1978, pp. 1391-1415 y ss.

²⁷ Vid. Tiedemann, en “Homenaje a Jescheck”, pp. 1423 y ss.

excluido a las medidas de seguridad del principio *nulla poena sine lege* atendiendo al carácter no probatorio y no afflictivo de las medidas de seguridad²⁸. Por el contrario existen textos y doctrina que suprimen los obstáculos que las medidas de seguridad encierran para los derechos de la persona y les aplican el principio de legalidad o en todo caso la reserva de ley²⁹. Criterio que se recomienda también para el Derecho de la CE.

El *derecho consuetudinario* no tiene gran importancia a nivel de la Comunidad sobre todo en materia de sanciones, no obstante el principio de legalidad se aplica a los problemas de interpretación extensiva o analógica, por un lado, y de determinación de las condiciones del Derecho penal administrativo, por otro lado. Los dos aspectos son reconocidos por la práctica comunitaria y particularmente en materia de delitos de competencia³⁰.

La *determinación* de las infracciones administrativas constituye un problema objetivo referido a la cualidad de los textos, problema que no debe ser confundido con el conocimiento subjetivo que el autor tiene de los textos. Prácticamente, la falta de determinación es corregida con el reconocimiento de la existencia de un error de Derecho o de una culpabilidad menos grave por parte del autor³¹. La Comisión en materia de delitos de competencia toma muy en serio el principio de determinación en su aspecto de previsibilidad: cuando se trata de reglas nuevas, de reglas no concretas o poco concretizadas por la práctica, o de un cambio de interpretación, a la Comisión le basta un aviso informal, con indicaciones, con prohibiciones sin enunciar una sanción, etc. Por el contrario cuando las reglas, gracias a la práctica de la Comisión y del Tribunal, tienen un contenido suficientemente previsible, la Comisión impone sanciones poco elevadas que más tarde se transforman en penas importantes³². Por su parte, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la dudosa determinación del artículo 86 del Tratado de la CE en el asunto Hoffmann-La Roche, llegando a rehusar este argumento y afirmando la posibilidad de las empresas de informarse sobre el alcance de esta regla con la ayuda de un atestado negativo de la Comisión según el artículo 2 de la Ordenanza número 17³³. En este mismo asunto, el Tribunal acudió al principio *in dubio pro reo* para garantizar el resultado de la interpretación cuando existen diferentes posibilidades de cálculo³⁴. En el asunto Estel (270/1982), en materia de la CECA, el Tribunal consideró una culpa disminuida de la empresa por las dudas posibles existentes en la manera de calcular las cuotas de acero. Y en el caso General Motors Continental NV, el Tribunal utilizó una interpretación restrictiva del concepto vago de abuso de poder económico para garantizar la previsibilidad del

²⁸ Vid., por ejemplo, el artículo 2.6 del Código Penal alemán; Merle y Vitu: *Problèmes généraux*, ob. cit., p. 796.

²⁹ Vid., por ejemplo, el artículo 25.3 de la Constitución italiana; Cobo del Rosal y Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., 1990, p. 785.

³⁰ Vid. Grabitz y Koch, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1983, nota 6, artículo 87; Grasso, ob. cit., pp. 97 y ss.; Tiedemann, en "Homenaje a Jescheck", cit., pp. 1424 y ss.

³¹ Vid., por ejemplo, TJCE: asunto Michelin Nederland, Rec. 1983, p. 3523; Avocat général Reischl en l'affaire Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, pp. 461-597.

³² Vid Dannecker y Fischer: *Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis*, 1989, pp. 302 y ss.; Tiedemann, en "Homenaje a Beristain", 1989.

³³ Vid. Rec. 1979, pp. 461-554.

³⁴ Cit., p. 471.

contenido del artículo 86³⁵. En resumen, existe toda una gama de prácticas diversas para consagrar el principio de determinación.

Los ejemplos y casos citados demuestran que la Comisión y el Tribunal respetan el mandato de una *interpretación restrictiva* y al mismo tiempo evitan la aplicación del método analógico en el ámbito de las sanciones administrativas³⁶. Los casos mencionados son los casos graves y, desde el punto de vista jurídico, casos que han sido sancionados en virtud de los artículos 85 y siguientes del Tratado de la CE³⁷.

En el ámbito agrícola, el Tribunal intenta combatir las “irregularidades” y abuso del Derecho que se viene practicando desde la existencia del Mercado Común con vista a obtener desgravaciones a las exportaciones y evitar el pago de los derechos comunitarios de entrada en el Mercado Común. El TJCE se ha visto obligado, por una demanda de la Corte federal alemana de finanzas, a pronunciarse, entre otras cosas, sobre el concepto de “país de consumo” para evitar el hecho que las desgravaciones sean pagadas a exportaciones que solamente pasan por un tercer país para llegar de nuevo a la Comunidad³⁸. El Tribunal ha exigido para estos casos, de acuerdo con la jurisprudencia fiscal internacional concerniente a las llamadas empresas “buzones”, un mínimo de actividad comercial para que la llegada de una mercancía a un país determinado no sea considerada ficticia³⁹. Asimismo, a pesar de que el Tribunal ha precisado muchos de los conceptos de Tarifas comunes de aduanas no se ha podido siempre excluir los efectos de la elusión. Basta con recordar el asunto “Siemens”, donde la importación de mantequilla a la RFA bajo la denominación de mayonesa dietética fue juzgado, por el Tribunal de Finanzas de Múnich, como importación de un preparado alimentario porque si las comidas preparadas con esa “mayonesa” no eran casi comestibles e incluso la mantequilla de este producto procedía de una fábrica alemana, no podía tratarse el producto desde el punto de vista jurídico como si fuera mantequilla⁴⁰. El conocimiento de prácticas similares⁴¹ ha llevado al Consejo de la CE en los años 1975 y 1977 a formular proposiciones de resoluciones para estipular que en los casos de operaciones ficticias o de fraude no existan derechos de desgravaciones a la exportación y que la percepción de los derechos comunitarios de entrada en el mercado común no puedan ser conformadas debido a la utilización abusiva de posibles ofertas. Pues bien, como en el seno de la CE reina el principio de unanimidad, estas proposiciones han chocado contra la resistencia de un país miembro meridional. No obstante, se ha respetado la petición de introducir una tal cláusula expresa en el Derecho comunitario siguiendo el ejemplo del legislador alemán en la Ley sobre Fraude de Subvenciones de 1976 y en la Ley General de Impuestos de 1974⁴².

³⁵ Vid. Rec. 1975, pp. 1367-1380.

³⁶ Vid. Grabitz y Koch, ob. cit.; Tiedemann, en “Homenaje a Jescheck”, pp. 1427 y ss.

³⁷ Vid. Dannecker y Fischer, ob. cit., pp. 345 y ss.

³⁸ Rec. vol. XVII, pp. 823 y ss.; Rec. 1981, pp. 2465 y ss.

³⁹ Vid. Tiedemann, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, cit., pp. 127 y ss.

⁴⁰ Rec. 1971, pp. 919 y ss.; Vid. Gurski, en Tiedemann: *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2.ª ed., 1972, p. 36.

⁴¹ Vid. los casos citados por Tiedemann, en “Homenaje a Pfeiffer”, 1989, p. 101.

⁴² Vid. Tiedemann, en *Commission des Communautés Européennes. La protection juridique...*, pp. 157 y ss.

En conclusión, el principio de la legalidad y sus diversos aspectos se reconoce a nivel comunitario. Sin embargo, es preciso extender sus efectos a la medidas administrativas tomadas después de cometida la infracción. Por otro lado, una cláusula expresa para combatir el fraude de ley debería ser introducida en el Derecho de la Comunidad. La indeterminación relativa de una tal cláusula podría disminuirse mediante la técnica conocida de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CE consistente en enumerar ejemplos. Finalmente, en lo que concierne a la repartición de poderes a nivel de la Comunidad, el régimen actual de considerar al Consejo, órgano administrativo, como legislador no debería prolongarse. Esta situación sólo puede considerarse válida por un período transitorio que desembocase finalmente en un ordenamiento democrático donde es al Parlamento Europeo a quien le corresponde tomar al menos las decisiones fundamentales en el campo de las infracciones y sanciones para satisfacer de este modo el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

III. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) establece un vínculo interior, psicológico entre la infracción y su autor. Este vínculo consiste normalmente en el conocimiento y voluntad de cometer la infracción o al menos en el conocimiento de los hechos y circunstancias que constituyen la infracción. El legislador es libre de conformarse con un vínculo hipotético consistente en la simple posibilidad por parte del autor de conocer y de evitar la comisión del delito. Una dogmática más moderna concibe la culpabilidad también como reprochabilidad y la culpa como reproche o reprobación sin renunciar por tanto a los elementos psicológicos del dolo y/o de la imprudencia.

Si estos elementos subjetivos del dolo y/o imprudencia constituyen desde hace tiempo los requisitos indispensables de la imputación en el Derecho penal clásico, su existencia y su necesidad es mucho menos reconocida en materia de delitos administrativos. Por el contrario, los ordenamientos jurídicos más avanzados han admitido, casi hasta nuestros días, sanciones penales administrativas sin necesidad de la existencia o de la completa prueba de una culpa personal del autor, siendo la culpa, a menudo, presumida⁴³. Es el carácter coercitivo, de policía, el que ha llevado a muchas legislaciones a admitir esta excepción.

Este punto de vista tradicional no es más aceptable para las sanciones penales administrativas propiamente dichas.

Una vez más, son las tres legislaciones especiales de Alemania, Italia y Portugal quienes prevén explícitamente la necesidad de la existencia del *dolo* en el ámbito de las infracciones penales administrativas (art. 10 OWiG, art. 3.1 de Ley italiana núm. 689, art. 8.1 del Decreto-ley portugués núm. 433/1982). Para estas legislaciones la *negligencia* es suficiente sólo en los casos (frecuentes) donde la amplitud de la responsabilidad esta expresamente estipulada por el legislador. Los vestigios del concepto anterior se muestran cuando en un juicio reciente de la Corte italiana de Casación de 5 de mayo de 1988

⁴³ Vid. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen...*, cit., pp. 288 y ss.

se establece una presunción de negligencia al poner a cargo del autor la carga de la prueba del contrario. Pero la doctrina moderna se ha pronunciado contra esta jurisprudencia⁴⁴ y en cuanto al juicio citado considera que se trata de una emanación de la sección *civil* de la Corte italiana de Casación.

Inglaterra al considerar que los delitos materialmente administrativos forman parte del Derecho penal, establece tradicionalmente una responsabilidad material u objetiva ("strict liability") basada en el doble argumento de que esos actos, sobre todo en el campo de los "public welfare" y de las "regulatory offences" no son criminales en el verdadero sentido de la palabra aunque estén prohibidos por el interés público, para garantizar estándares comunes en el ejercicio de actividades comerciales modernas. Por otro lado, en materia de impuestos y de aduanas, la Administración inglesa se siente ligada a la existencia y a la prueba de la culpa incluso en caso de transacción. Dinamarca también conoce una tal responsabilidad en materia económica, particularmente en agricultura y en la protección de la seguridad del trabajo, incluso la parte más extensa e importante del Derecho penal "administrativo" danés no sólo exige la imprudencia sino una negligencia grave ("gross negligence"). Finalmente, Grecia, para quien en las infracciones administrativas hay puros fenómenos del Derecho administrativo, no considera necesario, según la jurisprudencia de su Consejo de Estado⁴⁵ ni culpa ni mala fe en el autor⁴⁴.

Más complicada aparece la situación en Francia al existir una clara línea de separación entre Derecho penal y Derecho penal administrativo, materias con criterios poco identificables, siendo necesaria una refundición. *De lege data*, la opinión dominante en Francia se contenta, frente al silencio de los textos, con una simple "culpa material" que existirá en los casos donde la ley prevea que la existencia de una intención delictiva transforma la infracción en delito correccional. Existe una tendencia opuesta en la legislación reciente en materia de impuestos donde la Administración tiene que probar la mala fe o el fraude del transgresor. El juicio de la Corte de Casación de 5 de diciembre de 1983 (mencionado *supra*, I) reconoció la prioridad de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el principio clásico del Código francés de aduanas que entonces presumía la culpa del transgresor. A consecuencia de este juicio, esta regla del Código de aduanas ha sido derogada en 1987⁴⁹.

En conclusión, el principio de culpabilidad está mucho menos afianzado en los ordenamientos jurídicos nacionales que el principio de legalidad que hemos tratado anteriormente. El XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal que tuvo lugar en 1989, por unanimidad, a pesar de ciertas reservas de los países anglosajones recomendó la completa validez del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho penal

⁴⁴ Vid. Pedrazzi y Dolcini: *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, 1962, artículo 3, nota 2, p. 29, y el estudio detallado de Paliero y Travi: *La sanzione amministrativa*, cit., p. 197.

⁴⁵ Procesos 2930, 2977, 2985/74.

⁴⁶ Spinellis: "Revue Internationale de Droit Pénal", 1988, p. 220.

⁴⁷ Vid. la STC 76/1990, que menciona como "matiz" reconecedor del principio de culpabilidad en el Derecho penal administrativo español, la existencia de la responsabilidad solidaria en materia de impuestos.

⁴⁸ Vid. Suay Rincon, ob. cit., pp. 182 y 186 y ss., con referencias a la jurisprudencia.

⁴⁹ Vid. Jeandidier, *Code Pénal*, 5.ª ed., 1990-1991, p. 936, nota 4.

rar la Ley”, *error iuris nocet*, etc.)? ¿Al admitir la entrada de circunstancias atenuantes no sufre el ordenamiento jurídico un retroceso ante las finalidades necesarias y las necesidades reconocidas de la sociedad? Todas estas cuestiones son discutidas vivamente en el Derecho criminal y mucho más todavía en el Derecho penal administrativo.

Primeramente vamos a ver cuál es el estado de la discusión sobre el error en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La regla más avanzada y más diferenciada sobre el error, en los diferentes sistemas de infracciones administrativas, se encuentra en el Decreto-ley portugués número 433/1982. El artículo 32 de este Decreto-ley prevé la aplicación subsidiaria de las normas del Código Penal y los artículos 8 y 9 del Decreto-ley establecen un régimen que corresponde, con una sola excepción, casi literalmente a los artículos 16 y 17 del Código Penal portugués: el error de hecho y el error de derecho concerniente a los elementos esenciales del tipo legal de la infracción (la “tipicidad”) excluyen el dolo castigando por negligencia cuando ésta está penada de manera explícita. El error de prohibición es tratado de la misma manera, de forma que el dolo debe abarcar el conocimiento de la prohibición. Sin embargo difiere del Código Penal que distingue entre prohibiciones cuyo conocimiento es “razonablemente indispensable” para que el autor llegue al conocimiento o a la conciencia de la ilicitud del acto y las otras prohibiciones, de naturaleza más elemental, donde la comisión del acto criminal apela a la conciencia del autor: En el Derecho relativo a las infracciones de carácter administrativo, el conocimiento de la prohibición es siempre “razonablemente indispensable” para permitir que el agente oriente su conciencia a la naturaleza ilícita del hecho. De esta manera y por consiguiente, en las infracciones de carácter administrativo el error de prohibición excluye siempre el dolo. El error sobre la ilicitud está regulado de manera idéntica en las dos codificaciones portuguesas: desaparece la culpabilidad del autor si este error no es reprochable. En caso contrario, la sanción por infracción dolosa puede ser atenuada.

Un tratamiento mucho más restrictivo, “conservador” es el establecido por el artículo 3.2 de la Ley italiana número 689 que se limita a estipular que el autor no es responsable si actúa bajo un error de hecho del que no tiene culpa. Sin embargo, se entiende la palabra “hecho” (*fatto*) en el sentido de “*fattispecie*”, es decir, de tipo legal⁶¹. Solamente el error no culpable sobre los elementos esenciales de la infracción excluye el dolo (y como omite la culpa, también la negligencia). Una reciente decisión de la Corte de Casación de 26 de septiembre de 1990, número 9756, aplica esta regla, por la vía de la analogía, también al error sobre los hechos justificativos. Por lo que concierne al error de prohibición, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5 del Código Penal italiano que consideraba inoperante el error invencible de prohibición, se ha ampliado a la materia penal administrativa por la doctrina. Anteriormente, la jurisprudencia italiana había admitido, siguiendo la teoría de la buena fe, solamente el error de prohibición cuando era causado por una declaración inexacta de la Administración.

El Derecho alemán de la OWiG, más antiguo que los dos modelos anteriormente citados, intenta establecer una suerte de compromiso. Más moderno que la Ley italiana,

⁶¹ Vid. Pedrazzi y Dolcini, artículo 3, nota 3.

el artículo 11.1 prevé la exclusión del dolo en caso de error sobre los elementos esenciales de la infracción independientemente de la existencia de culpa. Si el error es debido a la negligencia, puede ser sancionada siempre que esté incriminada explícitamente. El error de prohibición está regulado, contrariamente al Decreto-ley portugués, de acuerdo con el artículo 17 del Código Penal, es decir, que este error no excluye jamás el dolo. En caso de error de prohibición inevitable, hay exoneración de la culpabilidad (art. 11.2 OWiG). Los casos de tales errores inevitables son en la práctica raros. La jurisprudencia alemana aplica este error cuando el interesado ha recibido de una fuente normalmente fiable, una información incorrecta. Por su parte, el error evitable de prohibición no está regulado en Derecho alemán, pero se reconoce que él puede conducir a una atenuación de la sanción⁶². Una parte de la doctrina considera necesaria y obligatoria en estos casos una disminución de la sanción porque el que actúa bajo error, incluso evitable, es menos culpable que el que actúa a sabiendas contra la ley⁶³. Esto sí está previsto en el Código Penal español [art. 6 bis.a), párrafo 3] que desde el año 1983, se corresponde perfectamente con la norma alemana y cuyos principios han sido declarados aplicables en materia de infracciones administrativas por el Tribunal Constitucional (STC 76/1990). La solución del legislador portugués que exige en esta materia un *dolus malus* (que comprende la conciencia de la prohibición) había sido fuertemente sostenida por la doctrina alemana. El legislador, sin embargo, por razones sistemáticas, ha preferido una solución idéntica a la del Código Penal. Al fin, OWiG y Código Penal alemán dejan abierto el tratamiento del error sobre la justificación. La doctrina dominante aplica al error sobre los hechos justificativos, por vía de analogía, la regla sobre el error de tipo y al error sobre el alcance de una causa de justificación la regla del error de prohibición⁶⁴.

En otros ordenamientos jurídicos que admiten una responsabilidad material u objetiva, es evidente la inoperancia de los tipos de error, incluso en el derecho griego que entiende las infracciones administrativas como puros fenómenos de Derecho administrativo. En otros campos, en tanto que el principio de culpabilidad está reconocido (*supra*, III), se puede discernir una tendencia a no considerar indiferente el *error invencible* (o inevitable) como causa de exoneración de la responsabilidad. Ello es así sobre todo en Bélgica y Francia, a pesar de la base histórica reconocida del principio “nadie puede ignorar la ley”, desde una decisión de la Corte de Casación del año 1964 parte de la validez, por razón de circunstancias especiales de la especie, del error invencible que se ha convertido en un principio general de Derecho y que se aplica no sólo en materia de aduanas y aranceles sino también en otras materias de Derecho penal. Para aplicar el error invencible es preciso determinar si en las mismas circunstancias todo hombre razonable y prudente hubiese cometido este error. La jurisprudencia belga admite también como error invencible el causado por una falsa información de una autoridad. Por otra parte la distinción entre error de hecho y error de derecho se torna casi superflua frente al criterio común y decisivo de conocer si el error era vencible o no⁶⁵. En Francia, por el contrario,

⁶² Vid. Göhler: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar* (art. 11, nota 29), 9.ª ed., 1990.

⁶³ Vid. Tiedemann, en “Immenga et Mestmäcker”, ob. cit., artículo 38, con referencias.

⁶⁴ Vid. Tiedemann, en “Eser et Fletcher” (ed.): *Justification and excuse*, vol. II, 1988, pp. 1003 y 1019 y ss.

⁶⁵ Vid. Hildebrandt, ob. cit., p. 140.

se ha mantenido esta división señalando que el error de hecho “es sobre un elemento esencial de una infracción intencional” y excluye el dolo incluso si el error se basa en una negligencia⁶⁶. El error de derecho o error de prohibición ha conocido cambios históricos en Francia. Después de la jurisprudencia de la Corte de Casación de los años 50⁶⁷ que había admitido la excusa del error invencible y sobre todo el causado por una falsa información de la autoridad sin culpa por parte del inculpaado, la Corte ha vuelto a su rigor primitivo que admitía el error “de derecho” solamente en las condiciones más restringidas de la fuerza mayor, es decir, cuando el autor se encuentra “en la imposibilidad absoluta de haber conocido las disposiciones legislativas o reglamentarias que él ha contravenido”⁶⁸.

El Proyecto de nuevo Código Penal adoptado por el Parlamento por el contrario admite el efecto exonerante del error de derecho cuando es inevitable y legítimo⁶⁹.

Los Países Bajos forman parte del mismo grupo de países que admiten solamente el error de derecho invencible, sobre todo aquel que es consecuencia de una información falsa de un funcionario público o de un malentendido de una información correcta dada por aquél⁷⁰.

Menos clara se presenta la situación en Dinamarca y en Inglaterra. Dinamarca conoce en su Derecho penal las mismas categorías y criterios de los países anteriormente citados, pero hace uso de ellos de manera poco coherente al considerar, como el viejo Tribunal Supremo Imperial alemán o como el artículo 47.3 del Código Penal italiano, los errores de derecho extrapenales como errores de hecho y estableciendo mucho rigor una vez que un error es considerado error de derecho. En Inglaterra también la consideración de los errores de derecho está prácticamente excluida, mientras que un error de hecho puede excluir la *mens rea* incluso si se trata de una “unreasonable mistake of fact”. Algunos observadores continentales piensan que, de la misma manera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial mencionado, los jueces ingleses clasifican los errores siguiendo el criterio de si ellos justifican o no una condena⁷¹. En Inglaterra, el error sobre el derecho extrapenal excluye el dolo, pero solamente si el error es “razonable”⁷². Por otro lado, la información falsa por parte de la autoridad competente es considerada irrelevante.

En conclusión, prácticamente todos los ordenamientos nacionales admiten el error de hecho, mejor dicho: el error sobre los elementos esenciales de la infracción y el error de derecho invencible, mejor dicho: el error invencible de prohibición⁷³. Lo anterior vale

⁶⁶ Merle y Vitu: *Problèmes généraux*, cit., pp. 704 y ss., que demuestran que todos los elementos materiales esenciales de la infracción son tratados de esta manera.

⁶⁷ Vid. Merle y Vitu, ob. cit., p. 712.

⁶⁸ Vid. Merle y Vitu, ob. cit., p. 711, quienes abogan por una aplicación más extensa del concepto examinado si el agente ha estado en condiciones de “siguiendo el grado de diligencia normalmente requerida en las relaciones humanas” de evitar el error.

⁶⁹ Vid. también el artículo 399.3 del Código de aduanas.

⁷⁰ Vid. Jescheck, “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*,” 1986, p. 18, y *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.^a ed., p. 421 con referencias.

⁷¹ Vid. Hildebrandt, ob. cit., pp. 144 y ss., con referencias.

⁷² Vid. Hildebrandt, ob. cit., pp. 145 y ss.

⁷³ Vid. Tiedemann, en “Homenaje a Jescheck”, pp. 1436 y ss.

para los países y para los ámbitos donde el principio de culpabilidad se reconoce. En efecto, este principio hace necesaria la vigencia del error inevitable de prohibición pues un error que no se puede (“razonablemente”) evitar, no podrá constituir la base de un reproche de la sociedad hacía quien ha violado la regla de la Ley. Esta idea presupone que la culpabilidad no consiste solamente en elementos psicológicos de dolo y negligencia sino que comporta también un elemento normativo que está formado por la reprochabilidad. En cambio, las otras cuestiones tienen menos importancia: si el error de derecho vencible puede o debe llevar a una disminución de la sanción (el último punto de vista nos parece correcto) y si el error de hecho, para excluir el dolo, debe ser no-culpable (lo que nos parece falso siguiendo los criterios de la dogmática moderna que achaca a la culpa precedente la comisión de la infracción intencional). Finalmente, si el error sobre los hechos justificativos juega un papel práctico en nuestra materia, es una cuestión que se verá al revisar la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo en cuestiones de error. La mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales admiten la aplicación de la regla del error de hecho a los errores sobre los hechos justificativos.

A nivel *supranacional*, la Comisión, el Tribunal y los Abogados generales han sido invitados a menudo a pronunciarse sobre los diversos tipos y posibilidades de error sobre todo en materia de competencia y en el marco del Tratado CECA. Aunque esto no se refleje siempre en las decisiones finalmente tomadas por ellos, se sabe que en casi cada asunto de infracción a nivel supranacional, las empresas se defienden apoyándose en sus errores como han descrito Dannecker y Fischer en su análisis de los dossiers de la Comisión⁷⁴. Evidentemente, en muchos de los casos las autoridades han terminado creyendo que en verdad no habría error. Incluso dejando aparte estos casos, la línea de criterios y opiniones jurídicas sobre el error (o mejor dicho, sobre los errores) no es uniforme ni está basada en un concepto determinado de una teoría de la infracción⁷⁵. Ello nos obliga a entrar en los detalles de esta casuística para crear, si ello es posible, los principios esenciales. No nos ocuparemos del caso, donde el error a fin de cuentas ha jugado un papel marginal dado que la Comisión o el Tribunal han afirmado la existencia de negligencia que es suficiente en la mayoría de los casos y que para una visión pragmática es innecesaria la distinción entre diversas clases de errores: como la negligencia puede referirse tanto a hechos como a reglas de Derecho, esta noción parece apta para englobar todos los tipos de error.

La *Comisión* ha juzgado todos los tipos posibles de errores sin servirse de diferenciaciones dogmáticas que se han conocido y utilizado aquí. *El error de prohibición* atañe sobre todo al desconocimiento o falsa interpretación de las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE. En el caso de un acuerdo en los precios y en la división de los mercados entre productores franceses y chinos de champiñón en botes, la Comisión, sin aviso sobre las importaciones de terceros países, declaró no sancionables a los productores chinos mientras que los franceses fueron sancionados (KOME 75/77/EWG J.O.

⁷⁴ Dannecker y Fischer, ob. cit.

⁷⁵ Vid. la tentativa de una sistematización en Grabitz y Koch, ob. cit., artículo 15 de la Ordenanza número 17, notas 36 y ss.

L 29/26). Posteriormente, la Comisión ha realizado diferencias jurídicas entre las empresas europeas y las extraeuropeas porque las últimas también están obligadas de informar al Mercado Común sobre las condiciones jurídicas ⁷⁶. En el caso Johnson & Johnson (80/1283/EWG) la Comisión reconoció que ella no considera el conocimiento de la prohibición como requisito del dolo (que no es concebido como *dolus malus*), de esta manera en los casos de error de prohibición por negligencia una sanción por infracción dolosa es posible ⁷⁷. En el asunto Johnson & Johnson dos empresas habían pretendido desconocer el carácter ilícito de los acuerdos sobre las exportaciones ⁷⁸. Si la negligencia relativa a la prohibición da lugar, en tales casos, a una sanción por infracción intencionada, la decisión en el caso del papel de pergamino (78/252/EWG J.O. L) nos enseña que el no conocimiento inevitable de la prohibición excluye la sanción administrativa. El famoso caso Chiquita de la empresa United Brands (KOME 76/353/EWG J.O. L 95/1) encierra, entre otros, un error sobre la exclusión de la responsabilidad que prevé, en tanto que hecho justificable, la Ordenanza número 17 en sus artículos 4 y 15, párrafo 5.a), para los casos de la notificación de una actividad comercial determinada a la Comisión. La empresa había registrado las condiciones de venta de sus plátanos a los Países Bajos y creyó que el efecto exonerante de responsabilidad penal administrativa valdría también para la venta, en las mismas condiciones, a otros países de la Comunidad. La Comisión ha eximido a estos actos de venta de la sanción que fue impuesta a otras acciones anticompetenciales, y esto podría comprenderse como admisión de un error sobre un hecho justificativo ⁷⁹. En el caso Sperry New Holland, la Comisión ha puesto de manifiesto que su opinión en el caso Chiquita debía entenderse en un sentido restrictivo porque la regla es que cada acuerdo que quiera ser eximido del artículo 85, debe ser registrado de manera individual (KOME 85/617/EWG J.O. L 376/21). El error sobre una causa de justificación no existente en Derecho, como la respuesta anticompetencial de una actividad agresiva de “dumping”, no excluye en ningún caso el dolo ⁸⁰.

En conclusión, los requisitos del dolo han sido expuestos de forma suficientemente clara por la Comisión a lo largo de los últimos años: el dolo se refiere solamente a los elementos esenciales de la infracción, pero a todos sus elementos. Menos desarrollada ha sido la doctrina del error de derecho donde la Comisión no distingue apenas entre sus puntos de referencia: prohibición, licitud, tipicidad. Esta constatación no es una crítica, sino más bien por el contrario se puede calificar de positiva la renuncia a las diferenciaciones dogmáticas posibles conocidas en numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, pero

⁷⁶ Vid sobre todo, el asunto Zellstoff de empresas escandinavas y norteamericanas Kome 85/202/EWG/J.O.L. 85/14 y el análisis dado por Dannecker y Fischer, ob. cit., pp. 282 y ss.

⁷⁷ Vid. las decisiones en el asunto Zoja 72/457/EWG y Moët y Chandon 82/203/EWG; Vid., asimismo, Dannecker y Fischer, ob. cit., pp. 281 y ss., con más ejemplos.

⁷⁸ Vid. J.O. L 377/16.

⁷⁹ En este sentido, Grabitz y Koch, ob. cit., nota 37; Hildebrandt: loc. cit., p. 61; vid., asimismo Grasso, ob. cit., p. 116.

⁸⁰ Vid. asunto Meldoc, KOME 86/596 EWG J.O. L 348/50.

bajo la condición de que el criterio decisivo ha de ser el siguiente: si el error es debido a negligencia, luego evitable, debe ser más desarrollado y concretizado en el futuro ⁸¹.

El Tribunal, que ha tenido menos ocasiones de pronunciarse sobre el error, comienza su jurisprudencia en la materia con el asunto San Michele ⁸², donde el Tribunal y el Abogado General Roehmer parecen inclinarse a hacer operar el error de la empresa italiana que pretendía haber sido inducida a su error por las opiniones equivocadas de la Alta Autoridad de la CECA sobre las facturas de costes de electricidad a presentar. Pero este error parecía evitable ⁸³. En el caso Suiker Unie y otros, de la industria azucarera europea, el Tribunal en efecto absolvió porque la empresa alemana Pfeifer & Langen había obrado según una comunicación de la Comisión de que las prohibiciones establecidas en los contratos con los agentes comerciales serían compatibles con el artículo 85 ⁸⁴. Nos encontramos en este punto, para determinar la naturaleza inevitable del error de derecho, el criterio conocido de numerosos Estados miembros: la autoridad competente da una declaración falsa o equivocada. Hay además otro criterio, próximo al primero: el hecho de que la Comisión *tolere* durante un cierto tiempo un comportamiento que posteriormente quiere sancionar. En el caso Ferriere San Carlo (344/1985), el Tribunal anuló la imposición de una multa establecida por la Comisión (juicio de 12 de noviembre de 1987). No obstante, es preciso señalar que este asunto comporta una serie de particularidades. Pero es sobre todo en el asunto Hoffmann-La Roche (85/1976) donde el Abogado General Reischl, con mucha convicción, ha demandado reconocer la doctrina del error invencible como principio del Derecho comunitario, precisando que incluso un pequeño resto de negligencia puede llevar a la exclusión de la sanción. Como se ha visto *supra*, el Tribunal ha llegado a la constatación de una negligencia notable de la empresa porque ella habría podido demandar un atestado negativo de la Comisión sobre la licitud de prácticas de bonificaciones concertadas. De manera parecida, en el caso Estel II (93/1983), el Tribunal ha dado a la empresa holandesa que se encontraba en un error sobre el método de cómo calcular las cuotas de acero libres a la exportación, la posibilidad de informarse en la Comisión ⁸⁵. Pero, como la Comisión tardó largo tiempo en comunicar los métodos de cálculo, el Tribunal rebajó la sanción impuesta a pesar del hecho de que el error de Derecho era evitable.

Para *concluir* esta breve vista de conjunto, se puede afirmar que, a pesar de la jurisprudencia bastante reticente del Tribunal, *el error invencible* de Derecho está reconocido como operante a nivel comunitario ⁸⁶. No obstante, los criterios aparecen poco generalizados. Un solo criterio puede considerarse como suficientemente reconocido y es el de que la autoridad competente es la causa decisiva del error o que esta autoridad tolera durante un cierto lapso de tiempo la práctica ilícita. Si en los otros casos los estándares del deber para evitar el reproche de negligencia se presentan defectuosos la práctica del Tribunal

⁸¹ Vid. Tiedemann, en "Homenaje a Jescheck", p. 1437; Grasso, ob. cit., p. 112.

⁸² Rec. 1963, p. 705, asunto 2-10/63.

⁸³ Vid. el análisis realizado por Hildebrandt, ob. cit., p. 80.

⁸⁴ Vid. los casos 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Rec. 1975, pp. 1663-2026.

⁸⁵ Vid. Rec. 1984, pp. 2195/2214.

⁸⁶ Vid. Tiedemann, en "Homenaje a Jescheck", p. 1438; Grasso, ob. cit., p. 112.

muestra sin embargo, y esto contra la posición poco clara de la Comisión, que incluso el error *evitable* conduce a menudo a una rebaja de la sanción. Nosotros repetimos que los principios de estos conocimientos son suficientes para realizar el principio fundamental de culpabilidad que se ha convertido en un principio general del Derecho comunitario: los puntos de referencia de posibles errores no deben necesariamente conducir a categorías propias, específicas, solamente la jurisprudencia, en el marco del criterio decisivo de determinar si el error era evitable, tiene en cuenta estos diferentes puntos. Una *futura regla escrita comunitaria* sobre el error debería fijar el carácter exonerante del error invencible de derecho e introducir, siguiendo el modelo de ciertos órdenes jurídicos nacionales, el modelo de comparación con el hombre, o la empresa, “razonable” y “prudente” actuando en las mismas circunstancias. Al mismo tiempo se debería estipular que incluso el error evitable condujera regularmente a una rebaja de la sanción. Constituye una cuestión menos importante el que se quieran añadir, por razones de dogmática penal tradicional, reglas explícitas sobre el error de hecho, mejor dicho: sobre los elementos esenciales de la infracción (que excluye el dolo), y sobre el error sobre los hechos justificativos. El esquema de los Códigos Penales y de las leyes especiales sobre infracciones penales y de las leyes especiales sobre infracciones penales administrativas requiere antes que una futura regla escrita comunitaria comenzar por la constatación de la falta de dolo en casos de error, incluso culpa, sobre los elementos esenciales de la infracción. Si la regla futura conduce también, o principalmente, a los casos de fraudes que sólo pueden ser cometidos con intención, un tal contenido de la regla sobre la exclusión del dolo se impone.