

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Klaus Tiedeman

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>

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA COMUNIDAD EUROPEA*

KLAUS TIEDEMANN

*Director del Instituto de Criminología y Derecho penal económico
Universidad de Friburgo de Brisgovia*

I. Introducción

Durante décadas el Derecho comunitario y los Derechos penales nacionales se han ignorado mutuamente. La opinión mayoritaria, ayer y hoy, alega, para rechazar la posibilidad de un *ius puniendi* propio de la Comunidad Europea que los Estados miembros al firmar los Tratados no renunciaron a este sector de su soberanía¹. Este argumento es suficiente para fundamentar la referida carencia, tanto para la doctrina como para la juris-

* Traducción realizada por Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla-La Mancha) y revisada por el autor, del artículo publicado en "NJW", 1993. Fasc. 1 (pp. 23-31), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, cuya versión original corresponde a la conferencia pronunciada durante el semestre de verano de 1992 en las Universidades de Salamanca y Castilla-La Mancha (Toledo).

¹ Una síntesis en Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, vol. II, 1976, p. 216, con referencias; posteriormente BGHSt 25, 190 (193 y ss.), también en "NJW", 1973, p. 1562; Oehler, voz. *EG-Strafrecht* en Kreeleer-Tiedemann-Ulsenheimer-Weinmann, *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 1985; Sgubbi, voz. *Diritto penale comunitario*, en "Dig. it. delle dottrine penalistiche", 4 ed., vol. IV, 1990, p. 90 y ss., con un resumen de los fracasados intentos de ampliación.

prudencia alemanas. En este ámbito tan sólo tiene relevancia la cooperación policial entre los Estados miembros, la cual, además, no queda limitada al círculo de los países comunitarios².

Para que ésta situación cambiase de raíz se necesitó una decisión del TJCE, que se produjo el 21 de septiembre de 1989³, en el denominado “escándalo del maíz griego”. El caso se suscitó como consecuencia de la tolerancia de la administración griega ante un fraude de los aranceles comunitarios a la importancia de productos provenientes de terceros países (“*prélèvements*”). El Tribunal deriva del principio de lealtad comunitaria (art. 5 del TCEE) la obligación de cada país miembro, en este caso la República Helénica, de proteger penalmente los intereses comunitarios de igual modo que los intereses nacionales, así como de perseguir sus infracciones con el mismo celo y energía.

Esta idea de *asimilación* o de armonización entre intereses comunitarios y nacionales y, por tanto, el reconocimiento penal de los *bienes jurídicos de la Comunidad europea*, fue plasmada ya en 1976 en el Derecho alemán mediante la expresa introducción de unas cláusulas de equiparación en el Derecho Penal tributario y en el de subvenciones (vid. §§ 264 IV StGB, 3 I “, 370 VI *Abgabenordnung*, 1 III *Zollgesetz*, 12 *Markorganisationsgesetz*, 2 *Abschöpfungsgesetz*). Cuando estas cláusulas faltan, como ocurre hoy en otros muchos países, la tutela de los intereses comunitarios por el Derecho penal estatal es un problema de interpretación del tipo, semejante al existente en el Derecho alemán al respecto de si el tipo de estafa (§ 263 StGB) protege subvenciones de carácter cultural, social o ecológico, o si el tipo de falsedad (§§ 267 y ss. StGB) tutela a aquellos documentos otorgados en el exterior o por instancias supranacionales⁴.

Las Directivas del Consejo 89/592 CEE de 13 de noviembre de 1989, “sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada”⁵, y 91/308 CEE de 10 de junio de 1991, “relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”⁶, plantean la más compleja cuestión de si

² Vid. Jescheck, en “Festschrift für Jhong-Won Kim”, 1991, p. 955 y ss.; Müller/Rappard/Bassiouni, *European Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, 1987, passim.; Vogler, “Jura”, 1992, 588 y ss. Al respecto de las perspectivas de futuro, Eser en *Bundeskriminalamt* (ed.), *Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension*, 1992, p. 32.

³ Rec. 1989, p. 2965, también en “NJW”, 1990, p. 2245 y “EuZW”, 1990, p. 99, con anotación de Tiedemann. Vid., por el contrario, el asunto “Amsterdam Bulb”, REc. 1977, p. 137 (150), también *NJW*, 1977, p. 1009, en donde se indicaba: “el artículo 5 del TCEE... deja a los Estados la elección de las medidas apropiadas, lo cual comprende incluso la elección de sanciones penales.”

⁴ Vid Oehler (not. 1) y *JR*, 1980, p. 485 y ss.; Tröndle, en *LK*, 10.ª ed., 1985, previo al § 3, núm. marginal 34 y ss.; últimamente OLG Frankfurt, “Wistra”, 1990, p. 271, y Schroeder, “NJW”, 1990, p. 1406, con referencias. Acerca de si los funcionarios comunitarios pueden ser incluidos dentro del concepto de funcionario del StGB, poco claro, Eser en Schönke/Schröder, *StGB*, 24 ed. (1991), § 11, núm. marginal 16.

(Este es el caso de nuestro país, donde además el artículo 349 del CP hace referencia expresa a la Hacienda estatal, autonómica o local. En lo referente al delito de falsedades existe acuerdo en que los documentos extranjeros, entre ellos los comunitarios, reciben protección por el artículo 303, siempre que revistan las características propias del ordenamiento jurídico español. Al respecto ORTS, *Derecho Penal. Parte especial* (Coord.: Vives Antón, 1989, p. 234. *Not. del T.*)

⁵ DOCE núm. L 334/30 de 18 de noviembre de 1989.

⁶ DOCE núm. L 166/77 de 18 de junio de 1991.

es posible una verdadera *armonización* entre los ordenamientos penales nacionales. Armonización que no ambiciona, naturalmente, una unificación de las distintas culturas y escalas de valores, sino sólo la creación de unas condiciones económicas uniformes en el mercado interior europeo. Resulta en este sentido sumamente importante la autorización general que los artículos 100 y 100A del TCEE otorgan al Consejo para emitir directivas en pos de la aproximación de los preceptos nacionales “que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común”. De igual modo se dispone en el artículo 101 del TCEE para cuando la divergencia entre normativas, “falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca por tal motivo una distorsión”. Ambos preceptos pueden ser interpretados tanto de un modo restrictivo, exigiendo la existencia de serias dificultades, como extensivo, requiriendo sólo un efecto sensible ⁷.

Aunque a primera vista puede parecernos casi revolucionario, está justificado acudir a las previsiones anteriores ante la existencia de diferencias entre prohibiciones, mandatos y sanciones en el Derecho penal económico nacional ⁸. Ya en 1976, con la promulgación en Alemania de la Primera Ley contra la delincuencia económica (WiKG), se tuvo bien presente el peligro que para el comercio y las inversiones podía suponer la represión no uniforme de los fraudes de subvenciones. Por ello sus múltiples variantes han sido configuradas de forma unitaria en el tipo, que agrupa todas aquellas que persigan fines económicos, aumentando así el campo de protección del § 264 StGB, pese a que se hubiese alcanzado un mayor grado de determinación de haber sido designadas de modo individualizado por el legislador o la administración ⁹.

Las consideraciones que a continuación realizaremos pretenden, mediante una sistematización de las relaciones existentes entre el Derecho penal y comunitario y la exposición de los principios fundamentales del Derecho sancionador comunitario, aclarar los puntos oscuros existentes en la situación jurídica actual, disminuidos notablemente por una reciente decisión del TJCE acerca de las competencias sancionadoras de la Comisión en el sector agrícola y pesquero ¹⁰.

II. Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho penal

La falta de un Derecho penal propio por parte de la Comunidad europea se extiende tanto a lo que se conoce como *jurisdiction to prescribe* como a la *jurisdiction to enforce* ¹¹. La Comunidad, por tanto, ni puede crear tipos penales ni sus órganos pueden imponer sanciones penales. De este modo, durante mucho tiempo la atención tanto de la

⁷ Opperman, *Europarecht*, 1991, núm. marginal 1.072.

⁸ Así, por ejemplo, Delmas-Marty, *Droit Penal des affaires*, vol. I, 3.ª ed. (1990), p. 29; Grasso, “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, 1987, p. 255; Johannes, “ZStW” 83 (1971), p. 543; Sevensster, *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 y ss.; Van den Wijngaert, “Revue de Droit Pénal et de Criminologie”, 1982, p. 848, con referencias; últimamente Zuleeg, *JZ*, 1992, p. 766.

⁹ Así Lencker, en Schönke/Schröder (not. 4), § 264, núm. marginal 7; Tiedemann, en *LK*, 10.ª ed. (1988), § 264, núm. marginal 20, y *ZStW* 87 (1975), 294.

¹⁰ *NJW*, 1993, p. 47, con anotación de Tiedemann, acerca del carácter penal de la interdicción de obtener subvenciones futuras y del incremento sobre la ayuda indebidamente percibida.

¹¹ Vid. Tiedemann, *NJW*, 1979, 1852.

jurisprudencia comunitaria como de los jueces penales, especialmente británicos, daneses, franceses e italianos ha recaído sobre los *efectos indirectos* del Derecho comunitario sobre el penal.

1. Los efectos indirectos

Denominamos efectos indirectos a las relaciones entre el Derecho comunitario, tanto primario como derivado, y el *Derecho económico* estatal en sentido amplio. Este tipo de efectos suele producirse cuando, en el transcurso de un procedimiento, los jueces penales elevan una cuestión prejudicial ante el TJCE con el fin de interrogarle acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma del Derecho económico protegida penalmente¹². La jurisprudencia del Tribunal europeo recaída al responder a cuestiones prejudiciales (art. 177 del TCEE) tiene como cometido inmediato interpretar el Derecho comunitario (directivas, etc.) y no el Derecho penal nacional. Un gran número de decisiones, que han conducido a la absolución en muchos casos, hacen referencia a la compatibilidad de la regulación económica, cuyo respeto es asegurado penalmente, con el principio de no discriminación (art. 7 TCEE), cuando ésta afecta a otros ciudadanos comunitarios, por ejemplo, la admisión como veterinario en Francia o la aplicación de un sistema de cuotas de pesca en Inglaterra¹³.

Otras decisiones se refieren al modo en que las Directivas comunitarias han sido trasladadas al Derecho nacional¹⁴. A este respecto, por ejemplo, aún no está demasiado claro si el nuevo derecho contable alemán, y el tipo penal que a él se refiere contenido en el § 264 II HGB, salvaguarda el margen de discrecionalidad que deriva de modo excepcional del principio “*true and fair view*”, contenido en el artículo 2.V de la Directiva de contabilidad de 14 de agosto de 1978. Como para una parte de la doctrina mercantil no se ha respetado dicho principio¹⁵, podría mantenerse por parte del acusado, invocando el margen de libertad previsto por la Directiva, la existencia de un error, el cual excluiría el dolo, ya que el estado correcto del balance es un elemento normativo del tipo¹⁶. De modo similar serán cuestiones relevantes, en asuntos penales, las derivadas de la adaptación del Derecho de sociedades.

Como puede apreciarse, el influjo del Derecho comunitario en el Derecho penal nacional es en este punto sólo indirecto, ya que no se ejerce ni sobre la amenaza penal en sí, ni sobre la *sanción* a imponer, sino que se centra en los *mandatos* o *prohibiciones* que se contienen en el Derecho económico y que están en la base de la sanción y del tipo pe-

¹² Un resumen, en especial, de la praxis francesa e italiana en Biancarelli, “*Revue Science Criminelle*”, 1987, p. 131 y ss.; Delmas-Marty (not. 8), p. 30 y ss.; Pedrazzi en: Università di Parma (ed.), “*Droit communautaire et Droit pénal*”, 1981, p. 64 y ss.

¹³ Vid. sentencias, “Sagulo”, Rec. 1977, p. 1495 y ss., también en *NJW*, 1977, 1579; “Auer” Rec. 83, p. 2739 y “*NJW*”, 1984, p. 2023; “Kirk” Rec. 84, p. 2689; clasificando estos casos como causas de justificación, Grasso, *Comunità europea e diritto penale*, 1989, p. 269 y ss.

¹⁴ STJCE “Ratti”, Rec. 1979, p. 1629 y “*NJW*”, 1979, p. 1764; “Rienks”, Rec. 1983, p. 4233.

¹⁵ Scholtissek, “*RJW*”, 1986, 969; Zieger, *Gewinnrealisierung bei langfristiger Fertigung*, 1990, p. 338 y ss.; Bulde/Karig, en *Beckscher Bilanzkommentar*, 2.ª ed. (1990), § 264, núm. marginal 31; Schulze/Osterloh, *ZHR*, 1986, p. 542.

nal en cuanto describe la infracción de la norma. A este respecto tiene especial importancia la diferencia entre normas de comportamiento, que van dirigidas a los ciudadanos, y la norma sancionadora que va dirigida al juez penal o a la administración.

Metodológicamente es relevante subrayar la amplia diferencia existente entre la *inaplicación* de la norma —penal— nacional, como consecuencia de su contrariedad con el Derecho comunitario¹⁷, debido a su carácter superior o a el mandato de “*stand-still*”¹⁸, y el importante mandato de *interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias*¹⁹, que se desprende también del principio de lealtad comunitaria. Un ejemplo de este supuesto lo proporciona la jurisprudencia del TS alemán, al respecto del Derecho penal medio ambiental. El concepto de “desecho” fue interpretado de acuerdo con la Directiva comunitaria relativa a los residuos y la jurisprudencia del TJCE, en el sentido de que debía incluir también los residuos susceptibles de ser reciclados²⁰. El ejemplo nos enseña como además en los casos de falta de separación entre la norma de conducta, situada en el Derecho económico, y el tipo penal, los elementos de éste pueden ser influidos por el Derecho comunitario. Lo mismo podría ser válido, por lo demás, para la determinación de los deberes de cuidado en los delitos imprudentes²¹.

2. Influencia directa

a) Una primera influencia directa del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, tanto respecto de la conminación normativa como de la aplicación concreta de la sanción, se presenta con un sentido *negativo*: el legislador, en virtud del principio de lealtad comunitaria, no debe crear un Derecho penal que vulnere el Derecho comunitario. En este sentido, la desmesurada conminación penal o la imposición de una pena excesivamente elevada pueden resultar contrarias al *principio de proporcionalidad* comunitario²², por representar una amenaza para las libertades básicas garantizadas por los Tratados o por perjudicar la libre competencia²³. La condición para que se produzca este efecto es que el sector jurídico en el que producen los hechos sea de la competencia del legislador comunitario.

¹⁶ Vid Zieger (not. 15), p. 339 y ss.; también Leffson, voz *Bild der tatsächlichen Verhältnisse*, en “Leffson/Rückle/Grossfeld” (ed.), Handwörterbuch, unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, 1986, p. 103.

¹⁷ Bid. sólo *BGHSt*, 37, 168 (175) y *NJW*, 1991, p. 435; Oppermann (not. 7), núm. marginal 523 y ss.

¹⁸ Así, especialmente, Lutter, “JZ”, 1992, p. 606 con referencias (para las Directivas que excepcionalmente poseen un estándar máximo). Un caso real del Derecho penal contable se encuentra en el § 331 I núm. 1 HGB; vid. Schüppen, *Grundfragen des Bilanzstrafrechts*, 1993. Acerca del tratamiento del error sobre el estado correcto de un balance, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht I*, p. 200 y ss.

¹⁹ Vid. recientemente Götz, “NJW”, 1992, 1853 y ss., con referencias.

²⁰ *BGHSt*, 37, 333 (336) y “NJW”, 1991, p. 1621, p. 885 y ss., con anotación de Horn.

²¹ Sobre ello Thomas, “NJW”, 1991, p. 2237 con ejemplos.

²² Vid. STJCE, “Casati” Rec., 1981, p. 2595 (2618) y *NJW*, 1982, p. 504; Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. II, 1988, p. 661 y ss.

²³ SsTJCE “Watson” Rec. 1976, p. 1185 y *NJW*, 1976, p. 2027; “Donckerwolcke” Rec. 1976, p. 1921 y “NJW”, 1978, p. 1007; “Rivoira” Rec. 1977, p. 226 y “NJW”, 1978, p. 1103; “Redmond” Rec. 1978, p. 234 y “NJW”, 1979, p. 1033; “Casati” Rec. 1981, p. 2595 y “NJW”, 1982, p. 504; Delmas-Marty (not. 8) p. 34 y ss.; Decocq, en: Università di Parma (not. 12) p. 19 y ss.; Van den Wijngaert (not. 8), p. 841 y ss.

b) La incidencia del Derecho comunitario es también directa cuando éste se *remite* al Derecho penal nacional *ampliando* el campo de aplicación del tipo penal. Así ocurre en el artículo 27 del Protocolo del Tribunal de Justicia CEE, al igual que en el artículo 28 del Protocolo referente al Tribunal CECA, que remite al Derecho penal nacional para el castigo del falso testimonio. Según la opinión dominante en Alemania este tipo protegía ya, sin necesidad siquiera de acudir a las normas del Código sobre Derecho penal internacional, a las administraciones de justicia extranjera o supranacional²⁴. De igual modo, la protección de los secretos de Estado y comerciales (§§ 93.I, 203, 353 b StGB) ha sido extendida mediante la ampliación de los posibles sujetos activos, en virtud del artículo 194.II del TEEA, a los secretos de la Comunidad Europea de la energía atómica. Pero, al lado del derecho primario, también el derecho secundario, por vía de remisión, ha ampliado los preceptos penales nacionales. Así, por ejemplo, el artículo 5 del Reg. CEE núm. 28/62²⁵ y del Reg. CEE núm. 188/64²⁶, relativos a la organización de una encuesta acerca de la estructura de los salarios y las retribuciones en la industria, remiten “a los preceptos de los Estados miembros” (en Alemania el § 13 de la Ley sobre estadísticas con fines federales), prescribiendo su expresa aplicación para la revelación del secreto de los datos salariales.

En todos estos supuestos la Comunidad ha conseguido una asimilación de sus intereses con los de los Estados miembros. No resulta seguro, no obstante, que la Comunidad disponga de *competencias* para realizar éste tipo de *remisiones normativas*, diferentes de las indicaciones al legislador penal nacional, salvo en casos como los del artículo 194 del TEEA, en el que la remisión se realiza mediante un Tratado de derecho internacional. El legislador comunitario, en el derecho secundario, sólo en muy raras ocasiones ha hecho uso de esta posibilidad, pues, a la postre, supone la creación de un nuevo Derecho penal por el Derecho comunitario, ya sea mediante la extensión del tipo penal, ya al declarar su expresa aplicación²⁷. No plantea dudas, empero, la posibilidad de que, de acuerdo con el principio de lealtad comunitaria, los jueces nacionales realicen una interpretación extensiva de los tipos penales y, por ejemplo, extiendan la aplicación de conceptos como el de “fondos públicos”, contenido en el § 264 VI StGB, a las subvenciones pagadas directamente por la Comunidad o entiendan aplicable el tipo de estafa (§ 263 StGB) a los actos de disposición patrimonial de ésta. Así también se podría interpretar el § 21 OWiG para que fuese posible imponer sanciones administrativas comunitarias como accesorias a las penas dispuestas en los §§ 263, 264 StGB (*).

²⁴ RGSt 3, 70 (72); Eser, en “Schönke/Schröder” (not. 4) previo §§ 3-7, núm. marginal 22; en contra Tröndle, en “LK”, previo § 3, núm. marginal 30 y Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2.ª ed. (1983), p. 549 y ss. Para lo que sigue (art. 194.II TCEE) BGHSt 17, 121 y “NJW”, 1962, p. 1788.

²⁵ DOCE 1962, p. 1277.

²⁶ DOCE 1964, p. 3634, vid. además el artículo 6 del Reg. EURATOM/CEE núm. 1588/1990 y el proyecto de ley Bundestags-Drucksache 12/2685 acerca de la equiparación de los funcionarios comunitarios al respecto de los §§ 203 y ss., 253 b StGB.

²⁷ Bruns, *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Marktordnungen für die Landwirtschaft*, 1980, p. 81, con referencias. Vid. también BHGSt, 27, p. 181 (182) y “NJW”, 1977, 1600; además Thomas (not. 21).

* (El § 21 OWiG establece que en caso de que exista un concurso ideal entre sanción penal y administrativa ha de imponerse exclusivamente la penal, siendo posible, no obstante, imponer las consecuencias accesorias previstas en la norma administrativa. *N. del T.*)

c) Como se ha dicho en la introducción, la *asimilación* de bienes jurídicos nacionales y comunitarios resulta ya de la obligación de protección que se desprende del principio de lealtad comunitaria. Esta obligación puede ser hecha valer mediante un recurso por incumplimiento —art. 169 TCEE— ante el Tribunal de Justicia, como acaeció en el asunto del “maíz griego”. En el caso de fraude a los intereses financieros la obligación se ha establecido expresamente en el artículo 209a I del Tratado de Maastricht, previsión que sólo tiene valor declarativo a la vista de la jurisprudencia que venimos comentando. Mas no está aún cerrado cuáles sean los intereses, a parte de los financieros y los judiciales, que deben proteger penalmente los Estados miembros.

En todo caso la obligación de asimilación deja libertad al legislador nacional, mientras no otorgue al interés supranacional una protección penal inferior a la del nacional, lo que puede llegar incluso a prescindir del Derecho penal, utilizando sanciones administrativas pecuniarias o cualquier otra. Ahora bien, en el asunto del “maíz griego” el Tribunal ha restringido de modo significativo esta libertad, mediante una jurisprudencia que se sitúa en el polo opuesto a la emitida al respecto de los efectos indirectos: mientras que en ésta última contempla el Tribunal las relaciones entre el derecho económico nacional y el comunitario desde un punto de vista negativo, sirviendo a la protección de los ciudadanos la exigencia de que la protección penal de las prohibiciones y mandatos nacionales no debe ser desproporcionada, la jurisprudencia relativa a la protección de los intereses financieros comunitarios reclama que las sanciones nacionales sean “eficaces (efectivas), adecuadas (proporcionales) y disuasorias”.

Esta restricción de la libertad de decisión del legislador nacional no impide que en sus manos quede un cierto margen de apreciación para considerar una determinada amenaza penal como eficaz y disuasiva, y así, por ejemplo, puede decidirse por emplear sanciones administrativas pecuniarias y no multas penales. Esta prerrogativa de apreciación es, por otro lado, inevitable, pues en la actualidad no contamos con ningún medio empírico adecuado para medir la efectividad de una sanción²⁸ e, incluso, como apunta una nueva corriente criminológica, las sanciones pueden resultar intercambiables, sin que su eficacia varíe²⁹. A pesar, no obstante, de la dudosa certeza de estas consideraciones, el legislador nacional debe, a tenor de lo indicado en la sentencia del “maíz griego”, asegurar que la praxis sancionadora sea realmente efectiva y suficientemente disuasiva.

d) Fuera del Derecho penal la Comunidad dispone de competencias para la *armonización* del Derecho económico, competencias que se derivan en parte de la autorización general, de la cual ya se hizo mención en la introducción y, en parte también, de autorizaciones singulares, así, por ejemplo, el artículo 118a del TCEE al respecto de la seguridad en el trabajo o el artículo 57.II, referente a la “coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas”, basamento de la Directiva sobre el blanqueo

²⁸ Cfr. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 146, con referencias.

²⁹ Cfr. al respecto Kaiser, *Kriminologie*, 2.ª ed. (1988), p. 895, también con referencias.

de capitales. Hasta la aprobación de las Directivas sobre “*insider trading*” y “blanqueo de dinero”, los intentos del legislador comunitario para que los ordenamientos nacionales sancionasen penalmente las infracciones a sus normas prohibitivas o prescriptivas habían sido muy discutidos y, finalmente, retirados por la Comunidad.

Las versiones definitivamente aprobadas de éstas y otras nuevas directivas declaran simplemente que los Estados miembros “establecerán las sanciones aplicables en caso de infracción”. No obstante, la Directiva sobre “*insider trading*” añade (art. 13) que “dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar el respeto de tales disposiciones”. Asimismo, la Directiva sobre “blanqueo de capitales” habla, en su artículo 14, de adoptar “las medidas oportunas para garantizar la plena aplicación de todas las disposiciones de la presente Directiva”. Con ello se deja en manos del legislador estatal la elección del tipo de sanción y de su gravedad, pues tal como se indica en el artículo 189.III del TCEE, las directivas deben dejar a la libertad a los Estados miembros en lo referente a la elección de la forma y los medios. Sin embargo, esta elección tiene de nuevo como límite la obligación de cooperación del artículo 5 del TCEE. Desde el punto de vista de la lealtad comunitaria y en conexión con el *principio de igualdad*³⁰, tanto nacional como comunitario, debe exigirse que el legislador estatal realice la protección requerida de modo que se adecue perfectamente a su sistema penal.

En todo caso debe subrayarse que en las directivas de las cuales nos venimos ocupando el legislador comunitario ha determinado el contenido de la prohibición y el círculo de autores —por ejemplo, el artículo 2 de la Directiva sobre “*insider trading*” y “blanqueo de dinero”: “Los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales... quede prohibido”—. Lo cual significa que a la armonización le queda vedado tan sólo la determinación de la sanción³¹, mas puede extenderse a la determinación de las prohibiciones y los mandatos, ya se encuentren éstos, como ocurre en el Derecho penal accesorio, separados de la norma sancionadora o se integren en el tipo penal, como sucede con los tipos del StGB. Con otras palabras, y simplificando los términos: la carencia de competencia comunitaria para adoptar “directivas penales” no se refiere al Derecho penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales.

Esta distinción, tan banal a primera vista, tiene una importancia capital, pues permite la armonización de los tipos sancionadores del Derecho penal económico, con el solo condicionante, al que ya se hizo referencia en la introducción, de que se trate de conductas que alteren el funcionamiento del mercado. No es ninguna coincidencia el que como consecuencia del “caso del maíz” la Decisión del Consejo de 13 de noviembre de 1991³², encargase a la Comisión, para tan pronto como fuese posible, pero no después de mediados de 1993, un estudio de derecho comparado acerca de los preceptos legales y administrativos de los Estados miembros en relación a la prevención y castigo de las prácticas fraudulentas que suponen un daño para la Comunidad, “con el fin de aclarar que medidas deben

³⁰ Así STJCE “Cowan”, Rec. 89, p. 195 (220), también en NJW, 1989, p. 2183; Schwarze (not. 22), vol. I, p. 529, con referencias.

³¹ Más lejos de Johannes, *EuR*, 1968, p. 63 y ss.

ser tomadas para que los preceptos sean compatibles entre sí". La finalidad de esta declaración oficial no es sólo una asimilación a través de la inclusión de los intereses comunitarios en las normas penales, sino que también pretende su armonización en el interior de la Comunidad. Esta armonización puede llegar incluso a las sanciones, aun siendo jurídicamente poco claro si por una vía distinta a la de las directivas o reglamentos, como es la del recurso por violación del Tratado ante el TJCE.

Las dificultades con que tropieza esta solución estriban no sólo en que la Comunidad carece de competencias penales, sino especialmente en la falta de un Parlamento democrático con competencias legislativas. Estas objeciones tienen fuerza. Únicamente podría responderse que el fortalecimiento del poder de decisión del Parlamento europeo no significa necesariamente una verdadera actividad y "substancia" parlamentaria, que, además, el sistema de la Common Law no se conoce reserva legislativa, ni aún en el campo penal, y que, a la vista de la crisis en que está sumido el modelo parlamentario tradicional, las reservas parlamentarias pueden ser sustituidas por unas instancias administrativas legales con alto grado de independencia. Puede decirse, por último, que la competencia de dar instrucciones al legislador no es formalmente idéntica con la de crear derecho. En todo caso, este problema global, del sistema constitucional supranacional no puede en éste lugar ni ser resuelto ni profundizarse más en él.

e) Una armonización de los sistemas penales nacionales podría realizarse tal vez sobre la *Parte general*, como resultado del reconocimiento de *Principios fundamentales del Derecho comunitario*. En este sentido la Corte de casación francesa, en su decisión de 5 de diciembre de 1983, ha sido influida por el principio comunitario de culpabilidad declarando inaplicables, al hilo de un caso de tráfico circular de productos químicos, las presunciones de culpabilidad relativas a las falsas declaraciones sobre la procedencia de los productos, tradicionalmente incardinadas en el draconiano Derecho penal aduanero francés³³.

El principio de culpabilidad está especialmente reconocido en el Derecho comunitario a través de las decisiones del TJCE, relativas a la imposición de las sanciones administrativas comunitarias. Sin embargo, es prematuro pensar que los principios sancionadores del Derecho comunitario van a ser de aplicación sin más en el Derecho penal y sancionador administrativo nacional. El TJCE ha mantenido más bien en el asunto *Hansen* de 17 de julio de 1990 —recaído a raíz de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del Reg. CEE núm. 543/1969 relativo a la armonización de las normas sociales en el tráfico por carretera— que no supone ninguna violación del Derecho comunitario, el que el legislador danés castigue al empresario con una multa impuesta sin tener en cuenta su responsabilidad, cuando se sobrepasen los tiempos diarios máximos de conducción y no se respete el tiempo de descanso establecido para los conductores. Esta responsabilidad objetiva es admisible, según el Tribunal, porque sirve al "interés de la colectividad" y "se corresponde con el régimen generalmente aplicado en Dinamarca conforme a la le-

³² DOCE núm. C 328/1 de 17 de diciembre de 1991.

³³ Rec. Dalloz 1984 Jurisprudez. p. 217 (218), con anotación de Cosson, así ya Tiedemann, en "Festschrift für Jescheck", 1985, p. 1434.

gislación sobre el entorno laboral”. Asimismo, la decisión del legislador danés se acomoda a la gravedad de la contravención y existen sanciones iguales para infracciones de preceptos nacionales análogos³⁴. Debe tenerse en cuenta además, que el Derecho penal danés conoce con carácter general un sistema de responsabilidad objetiva.

El Tribunal europeo declara que la imposición de sanciones sin constatar la culpabilidad “no es desproporcionada de acuerdo a los fines perseguidos”. Y aprovecha también la ocasión para confirmar la exigencia de que en lo referente al derecho derivado “las infracciones contra el derecho comunitario sean sancionadas en unas condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las infracciones del Derecho nacional cuando sean de índole e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio”. La obligación de asimilación de los Estados miembros conlleva no sólo proporcionar un igual tratamiento penal a los intereses comunitarios similares, sino también la introducción armónica en el sistema penal nacional de los valores e intereses contenidos en la legislación supranacional.

Por lo demás, la jurisprudencia recaída en el asunto Hansen no significa que los principios jurídicos comunitarios carezcan de significado para el Derecho nacional, ya que pueden servir como modelo para la jurisprudencia de aquellos países que disponen de sanciones administrativas, pero a diferencia de lo que ocurre en Portugal, Italia, Alemania o España no disponen de una Parte general codificada. Esta función ejemplificadora del Derecho comunitario se verá sin duda fortalecida, pues las instancias nacionales deben aplicar los principios jurídico-penales comunitarios cuando impongan directamente las sanciones administrativas en materia agrícola y pesquera de las cuales nos ocuparemos a continuación.

III. Sanciones administrativas supranacionales

Aun cuando la Comunidad no dispone de competencias penales, si que tiene *competencia para establecer sanciones administrativas pecuniarias*. Estas se contienen expresamente en el artículo 87 del TCEE para el Derecho de la competencia y han sido previstas en otros preceptos del derecho primario y derivado, valga como ejemplo el TCECA (arts. 65 parg. 5 y 66 parg. 6) y en la política de transportes (Reg. CEE núm. 11/60, núm. 1.017/68, núm. 4.056/86 y núm. 3.975/87). La opinión dominante mantiene, además, que de los artículos 40.III y 172 del TCEE se desprende una competencia para crear sanciones pecuniarias administrativas en el sector pesquero y agrícola, aparte de otras medidas coactivas de naturaleza puramente administrativa³⁵. La Comunidad ha desarrollado en éste sector una serie de sanciones administrativas, no únicamente pecuniarias, que han sido creadas junto con su supuesto típico en los reglamentos, en el derecho derivado, sin que existiese una expresa autorización del derecho originario, y que pueden encontrar fundamento en los artículos 40.III y 43.II del TCEE, que hablan de la adopción de “todas las medidas necesarias”.

³⁴ STJCE “Hansen”, Rec. 1990, p. 2911 (2935).

³⁵ Cfr. Tiedemann, en “Festschrift für Pfeiffer”, 1988, p. 114 y ss.; Zuleeg (not. 8), p. 763, con referencias; también Sieber, “ZStW”, 103 (1991), p. 972. Acerca de la doctrina de los “implied powers” en el derecho constitucional alemán, en relación a la “Geldbuße”, Tiedemann, *AöR*, 89 (1964), p. 59 y ss.

Comprende este tipo de *sanciones administrativas* desde sanciones como la *interdicción de obtener futuras subvenciones*, que en el derecho alemán frecuentemente quedan incluidas en el derecho administrativo³⁶, hasta sanciones pecuniarias que han de determinarse a lo largo de una escala sumamente imaginativa, como las siguientes: recargo de hasta un 40% en la restitución de las subvenciones fraudulentamente obtenidas³⁷, reducciones de hasta el doble de lo indebidamente percibido en casos de solicitud parcialmente incorrecta³⁸ o denegación del total de la subvención³⁹.

Algunas de estas sanciones y otras complementarias han sido declaradas por el TJCE como puros instrumentos de Derecho administrativo, éste es el caso especialmente de la *pérdida de la caución* prevista en el Derecho agrícola y de transportes, cuando no se exporta tras haberse obtenido una licencia para ello⁴⁰. El argumento de la voluntariedad, en el caso de la pérdida de la caución, sirve para negar su carácter sancionador, mas esta cuestión resulta dudosa si atendemos también a la naturaleza de la pérdida de la caución que se contiene en los párg. 116 I núm. 4 y 124 de la StPO, la cual es igualmente voluntaria⁴¹. Todas las sanciones administrativas supranacionales mencionadas del sector agrario y pesquero poseen la nota común de que son impuestas por *instancias nacionales*, que deben aplicar el Derecho comunitario y además los principios jurídicos desarrollados por la jurisprudencia del TJCE. Así, a través de esta función sancionadora, realizada desde los Principios jurídicos comunitarios se produce un *efecto propio de armonización*, que es ineludible y conveniente, pues las autoridades de los Estados miembros parten de distintas doctrinas acerca de la autoría y la participación, el estado de necesidad, el error, etc.

Sin embargo, como en la actualidad todavía muchos de los conceptos centrales del Derecho sancionador no han sido definidos, o no lo están aún claramente, por los órganos comunitarios y los Reglamentos específicos no hacen referencia a ellos en su totalidad, es razonable que la Dirección XX —control financiero— de la Comisión haya reflexionado,

³⁶ Götz, *Bekämpfung der Subventionserschleichung*, 1974, p. 48 y ss., de otro modo son consideradas las previstas en el párrafo tercero del artículo 349 del CP español, vid. Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed. (1991), p. 292.

³⁷ Vid., por ejemplo, Reg. CEE núm. 3.831/1989 de 20 de diciembre de 1989, DOCE L 78/38, por el que se establece un régimen de ayudas agrícolas (art. 13), modificado por el Reg. CEE núm. 1.279/1990 DOCE de 16 de mayo de 1990, núm. L 126/20, artículo 1.

³⁸ Vid. Reg. CEE núm. 1.164/1989 de 24 de abril de 1989, DOCE L 121/4, acerca de ayudas de fibra de lino y cáñamo.

³⁹ Vid., por ejemplo, Reg. CEE núm. 714/1989 de 20 de marzo de 1989, DOCE L 78/38, sobre primas especiales para la producción de carne de buey.

⁴⁰ Acerca de la pérdida de la caución, P. Tiedemann, "NJW", 1983, p. 2727, por el contrario STJCE "Internationale Handelsgesellschaft", Rec. 1970, p. 1125 (1138), también en "NJW", 1971, p. 343; "Schwarzwalddmilk", Rec. 1968, p. 562 (575); con posterioridad "Maizena", Rec. 1987, p. 4587 (4607). Del mismo modo que el TJCE se pronunció el BVerfG en su sentencia "Solange I" 37, 271 (288) y "NJW", 1974, p. 1697. Sobre el carácter de sanción de los intereses elevados STJCE "Plange Kraftfutterwerke", Rec. 1987, p. 611 (625 y ss.).

⁴¹ Así Tiedemann, "NJW", 1977, p. 1977 (anotación al OLG Frankfurt), vid., sin embargo, BVerfG en NSz 1991, p. 142. (El § 116.4 de la StPO prevé como medida alternativa a la prisión provisional, el sistema de libertad bajo fianza. Esta fianza, salvo que haya sido cancelada, se confisca a favor del Estado, tal como dispone el § 124, cuando el inculcado se sustrajera a la investigación, o al comienzo del cumplimiento de la pena privativa de libertad, o de la medida privativa de libertad de corrección y de seguridad. *En nuestro país la situación es análoga* (vid. arts. 537 y 542 LECr.) *N. del T.*)

y en conexión con un proyecto de Reglamento ya publicado⁴², haya codificado en un reglamento propio la Parte general de éste Derecho sancionador supranacional y los principios más relevantes del Derecho procesal, como, por ejemplo, el *non bis in idem*. Esta normativa debería extender su validez, por decreto del Consejo de Ministros, al respecto de las sanciones pecuniarias del Derecho de la competencia y para el resto de sanciones.

En lo que sigue, resumiremos los principios más importantes acuñados en la praxis comunitaria.

IV. Principios del derecho sancionador comunitario

La Parte general, hasta la fecha no escrita, del Derecho sancionador administrativo de la competencia y del TCECA, así como del Derecho agrícola y pesquero conoce de modo ya suficiente las garantías penales clásicas, especialmente el principio de legalidad y culpabilidad, que también son válidos en el caso de medidas que buscan efectos semejantes a las penales, ya que independientemente de su denominación legal persiguen *finis represivos*. La aplicación de estos principios penales más allá del Derecho penal *strictu sensu*, se corresponde con la doctrina común del TEDH⁴³ y de los Tribunales constitucionales de Alemania, Francia y España⁴⁴, y además con las leyes de contravenciones existentes en Italia, Portugal y Alemania⁴⁵.

Las sanciones comunitarias tienen un claro carácter punitivo, y ello aunque el artículo 15 del Reg. núm. 17 y otros Reglamentos semejantes subrayen que las multas que contienen “no tienen carácter penal”⁴⁶. De igual modo debe ser considerada como una sanción administrativa pecuniaria, a pesar de que no existe una denominación expresa, el pago de una cantidad superior a la subvención concedida al lado de la devolución de la ayuda indebidamente pagada, contenida en el artículo 3 del Reg. CEE núm. 2.262/84 relativo a medidas especiales para el aceite de oliva⁴⁷, a tenor del cual el productor debe “pagar una cantidad que sea disuasiva y que guarde relación con el número de olivos declarados para la ayuda solicitada y los que existen auténticamente”. El TJCE, no obstante, de modo distinto al TEDH, mantiene la opinión tradicional señalando que éste tipo de medidas se encuentran fuera del derecho criminal y deben ser calificadas como simples instrumentos administrativos. La no aplicación de las garantías penales puede originar aquí un nuevo conflicto entre el Tribunal constitucional alemán y el TJCE.

⁴² Propuesta de Reglamento CEE 90/C/137/07 sobre controles y sanciones en el marco de la política agraria y pesquera común del 25 de mayo de 1990, DOCE C 137/10 de 6 de junio de 1990; vid. Tiedemann, NJW, 1990, p. 2233.

⁴³ Publ. Serie A. Db. 22, 1977, §§ 80-82 Engel; vol. 73, 1984, §§ 46-45, Öztürk.

⁴⁴ Cfr. Bacigalupo, *Sanciones administrativas*, 1991, p. 19 y ss.; Delmas-Marty/Teitigen/Colly, *Punir sans juger?*, 1992, p. 32 y ss.; Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 15 y ss., con referencias.

⁴⁵ Una panorámica del derecho comparado en Delmas-Marty, “Revue Internationale de Droit Penal”, 1988, p. 27 y ss.; Paliero, “Rivista trim. Diritto pubblico”, 1980, p. 1254 y ss.; Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, 1989, p. 11 y ss.

⁴⁶ Cfr. STJCE ACF *Chemiefarma N.V.* Rec. 1970, p. 661 (703); *Buchler*, Rec. 1970, p. 733 (765); *Boehring Mannheim GmH*, Rec. 1970, p. 769 (881); *Pioneer*, Rec. 1982, p. 1825 (1905); Winkler, *Die Rechtsnatur der Geldbusse im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1971; vid. además Schroth, *Economic Offences in EEC Law*, 1982 (sobre ello Tiedemann, ZStW, 102 (1990), 98 y ss.).

⁴⁷ DOCE núm. L 208/11 de 3 de agosto de 1984.

1. Principio de legalidad

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 8 de la Declaración francesa de 1789 de Derechos del hombre, art. 103 GG y art. 25.1 CE) encuentra dificultades en el Derecho comunitario derivado, como consecuencia de que el “legislador” es en la Comunidad un órgano que pertenece a lo que usualmente designamos como ejecutivo. Las críticas contra esta falta de fundamento democrático han ido en aumento últimamente⁴⁸ y la situación puede remediarse o mitigarse en el futuro a través de una mayor participación del Parlamento Europeo en el ámbito sancionador.

Tiene relevancia práctica en la actualidad el principio de *reserva de ley* en el ámbito comunitario, con la promoción de *lex scripta* como principio de la sanción, pues supone que cada intervención sobre los derechos fundamentales y, en consecuencia, la imposición de sanciones, debe encontrar fundamento en el texto de un reglamento⁴⁹. Dos corolarios del principio de legalidad han preocupado siempre al TJCE: que el “legislador” no introdujera o agravara mandatos o sanciones con efecto retroactivo y que el juez o la administración, cuando ésta actúa como órgano sancionador, respetaran la prohibición de analogía.

a) El *principio de irretroactividad* aparece en la jurisprudencia del TJCE y en las decisiones de la Comisión como un principio general del derecho, vigente en todo el ámbito comunitario, y como un Derecho fundamental de los ciudadanos⁵⁰. En su caso de 13 de noviembre de 1990 (“Fedesa”)⁵¹ el Tribunal ha declarado —al igual que ya lo hiciera anteriormente en un asunto referente al régimen de cuotas de acero— que excepcionalmente está permitida la retroactividad de las normas extrapenales, subrayando, sin embargo, que este efecto no queda permitido para las sanciones con carácter punitivo, lo que provoca una “disociación” en la uniformidad del campo de validez de normas extrapenales y sancionadoras.

b) Especial cuidado pone el Tribunal en la afirmación de la *prohibición de la analogía*, que se corresponde con el principio tradicional francés de deber de interpretación restrictiva. En la praxis del Derecho de la competencia —arts. 85 y 86 TCEE— el principio se evidencia en que sólo son sancionadas las prácticas graves y claramente prohibidas⁵².

⁴⁸ Bruns (not. 27), p. 90; Grasso (not. 8), p. 288 y ss., 245; Jescheck en LK, 11.ª ed. (1992), introducción, núm. marginal 107; Rupp, ZRP, 1990, p. 3; Tiedemann (not. 3).

⁴⁹ STJCE *Gondrand Frères*, Rec. 1981, p. 1931 (1942); *Könecke*, Rec. 1984, p. 3291 (3302).

⁵⁰ *Kirk*, Rec. 1984, p. 2689 (2718); “Fedesa”, Rec. 1990 I, p. 4023 y en *EuZW*, 1991, p. 123.

⁵¹ Rec. 1990, p. 4023 y *EuZW*, 1991, p. 123; sobre las decisiones anteriores *Biancarelli* (not. 12) p. 345 y ss., con referencias.

⁵² *Dannecker/Fischer-Fritsch, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, p. 345 y ss., con referencias.*

⁵³ Por todas, *Biegi*, Rec. 1979, 1103 (1120, 1126); *Anglo Irish Meat*, Rec. 1981, p. 2263 (2281 y ss.).

Particularmente en el sector agrario el Tribunal da muestra de ser partidario de una interpretación literal de los términos de las tarifas aduaneras, con lo que da cabida totalmente a las aspiraciones de las partes⁵³. Este hecho facilita, sin embargo, el fraude de ley y otro tipo de irregularidades, las cuales se previenen en el Derecho alemán a través de cláusulas legales expresas (vid. §§ 4 *Subventiongesetz* y 22 *Abgabenordnung*), que declaran necesario constatar la intención de los autores.

El fraude de ley se corresponde estructuralmente con la analogía, pues al igual que en ésta, y de forma distinta a lo que ocurre en la simulación, traspasa el tenor literal posible⁵⁴. El Tribunal de Justicia busca a través de la interpretación teleológica de los elementos normativos y de un amplio concepto de simulación, semejante al que existe en el Derecho francés, impedir los casos más graves como, por ejemplo, rechazar que ha existido una exportación hacia un país tercero cuando las mercancías han sido acto seguido reintroducidas⁵⁵, o en el caso de subvenciones a la exportación de alimentos para cerdos, haber utilizado en el preparado la substancia subvencionada en una ínfima cantidad⁵⁶. O cuando se fabricó, tan sólo con el fin de obtener una subvención, una incomible mayonesa dietética, que al ser importada consiguió una tarifa más baja, la de los condimentos, 21.04, o en todo caso la 21.07, que se refiere a los preparados alimenticios, resultando imposible al Tribunal su inclusión como grasa de mantequilla⁵⁷. La ya mencionada resolución del Consejo de 13 de noviembre de 1991 recuerda, con razón, que ya en los años setenta presentó la Comisión un Proyecto con el fin de atajar los casos de *fraude de ley y simulación*, en el que se formulaban modernamente, y que debía incorporarse, incluso en caso de necesidad, mediante una modificación de los Tratados, ya que es manifiesto que el derecho comunitario, al igual que el inglés, desconoce la figura del fraude de ley⁵⁸.

2. Principio de culpabilidad

El principio de *nulla poena sine culpa*, según el cual la imposición de una pena u otra sanción con carácter penal presupone la constatación de la culpabilidad, se encuentra recogido en el Derecho comunitario, por lo que en principio no está permitida ninguna clase de responsabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad (*responsabilité matérielle, strict liability*), lo cual, además de en Dinamarca, como ya hemos visto, es permitido y usual en Francia, en Inglaterra y, en el campo de las sanciones administrativa, en Grecia. El aspecto procesal del principio ha conducido de modo consecuente en el Derecho penal y sancionador administrativo alemán a la supresión de las presunciones de culpabilidad, que en otros países aún se conservan, precisamente, en el Derecho sancionador administrativo.

⁵⁴ Tiedemann, voz. *Umgehung*, en "Handwörterbuch" (not. 1), con referencias.

⁵⁵ *Rheinhmühlen Düsseldorf*, Rec. 1971, p. 823 (828 y ss., 834 y ss.); "Töpfer" Rec. 1981, p. 2465.

⁵⁶ *Cremer*, Rec. 1977, p. 1593 (1605 y ss.).

⁵⁷ Cfr. *Siemers*, Rec. 1971, 919 (929); así Gürski, en Tiedemann (ed.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl. (1972), p. 36. Acerca de la exportación de una salchicha no comestible, *Müras*, Rec. 1973, p. 693 (974 y ss.).

⁵⁸ Götz, en "Börner/Bullinger" (ed.), *Subventionen im Gemeinsamen Markt*, 1978, p. 405 y ss.; Tiedemann, en "LK" (not. 9), § 264 marg. 90.

En el Derecho comunitario, al respecto de las infracciones del TCECA, la Comisión ya en los años ochenta mantenía todavía que era supérflua la prueba de la culpabilidad individual. Mientras que, por el contrario, el TJCE, lo más tarde en el caso *Thyssen*⁵⁹, declaraba implícitamente la necesidad de constatar la culpabilidad. Esta exigencia en el campo del Derecho de la competencia viene dada de modo expreso a los órganos comunitarios por el artículo 15.I y II del Reg. núm. 17, en el cual se declara que para la imposición de una sanción es necesario el dolo o la imprudencia, frecuentemente le ha bastado al TJCE con la declaración de que existía “al menos negligencia”, dejando de lado la constatación del dolo, incluso a la hora de la determinación de la sanción⁶⁰. Esta equiparación del dolo y la imprudencia debe ser entendida dentro de la singularidad de este sector jurídico, en el cual, como en general ocurre en el Derecho penal económico, no nos encontramos tanto ante delitos con un objeto material como ante infracciones de un deber, así sucede, por ejemplo, en el § 316 del StGB —tipo de peligro que incrimina la conducción bajo los efectos del alcohol— donde se equiparan también el dolo y la imprudencia. Lo anterior viene a corresponderse incluso con el concepto procesal de objeto del proceso manejado por el TJCE, que es un concepto normativo y no histórico-fáctico⁶¹.

3. Error

En el Derecho penal administrativo clásico fue conocido el error de hecho, el cual excluía el dolo, sin embargo, el error de derecho fuera del tipo, y por tanto el error de prohibición, era considerado irrelevante (*error iuris nocet*).

Lo anterior no respondía únicamente al carácter coactivo policial del antiguo Derecho penal administrativo, sino que también era relevante la preocupación declarada de que el reconocimiento del error de derecho dejaría al buen criterio de los ciudadanos la validez del mismo. La separación entre antijuricidad y culpabilidad, que rige en Alemania y España, hace esta preocupación innecesaria, teóricamente y en la práctica.

Las nuevas codificaciones del Derecho sancionador administrativo, sucesoras de las antiguas teorías del Derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales. En Portugal el Decreto legislativo Nr. 433 de 27 de octubre de 1982 sobre contravenciones acoge la llamada teoría del dolo (art. 8.II), anteriormente también válida en la doctrina alemana para el campo de las contravenciones, y que establece el principio de que este tipo de error excluye el dolo.

En el derecho comunitario la Comisión, el Tribunal y los Abogados generales se han encontrado con todas las clases imaginables de error, pues la alegación del error es una de las que con más frecuencia se utilizan en el Derecho penal económico. Es inútil para los procesados, en cuanto pueden ser sancionados por imprudencia, alegar que, tam-

⁵⁹ Thyssen/Comisión, Rec. 1983, p. 3271 (3740).

⁶⁰ Cfr. Grasso (not. 13), p. 107, con referencias.

⁶¹ Cfr. Tiedemann, “ZStW”, 102 (1990), p. 117.

⁶² Dannecker/Fischer-Fritsch (not. 52), p. 280 y ss.; Hildebrandt, *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 1990, p. 76 y ss., con referencias.

bién en el Derecho comunitario, el desconocimiento de estar realizando el tipo excluye el dolo o que éste debe abarcar, además del conocimiento de los hechos, su significación social⁶². La evitabilidad del error cualquiera que sea su modo es, en consecuencia, una categoría de suma importancia. Evidencia que el Derecho comunitario conoce este principio, tanto la no imposición de sanción alguna, como consecuencia de que el error inevitable excluye la culpabilidad⁶³, como que el error evitable da lugar a una aminoración de la sanción.

El error de derecho —error de prohibición— es sólo inevitable, de modo similar a lo que ocurre en los derechos belga, holandés e italiano, si se debe a una información falsa o equivocada de la Comisión. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Pfeifer & Langen⁶⁴. De igual modo, se admite cuando la Comisión ha tolerado durante mucho tiempo un comportamiento antijurídico, creyendo el procesado, en consecuencia, que su comportamiento era lícito. En el asunto Ferriere San Carlo⁶⁵, podemos encontrar un ejemplo de éste último. Las empresas de terceros Estados deben, por lo demás, informarse acerca de la reglamentación existente en el mercado común⁶⁶. Es irrelevante la creencia de que se actúa bajo una causa de justificación no existente, como, por ejemplo, que sea permitida una restricción de la competencia como defensa ante prácticas de *dumping*⁶⁷.

4. Causas de justificación y de exculpación

De nuevo, en correspondencia con la tradición francesa, el Derecho comunitario no conoce la separación clara entre la antijuricidad y la culpabilidad. Este hecho conduce a una falta de argumentos al discutirse las causas que excluyen la punibilidad. La exposición aquí será breve⁶⁸, ya que las causas de justificación, como por ejemplo la legítima defensa o el estado de necesidad, no han llevado en ningún caso hasta la exención de responsabilidad. Esta total falta de éxito de las alegaciones de los defensores encuentra su justificación jurídica —más allá de la poca verdad que suelen encerrar— en que en el Derecho de la competencia las situaciones especiales que podrían dar lugar a casos de legítima defensa o estado de necesidad, pueden ser afrontadas mediante un proceso formal ante la Comisión, a través de la comunicación y la consiguiente autorización.

En el sistema de cuotas de producción de acero los casos que se producen presentan la particularidad de que el sistema en sí se estableció precisamente para superar la situación de crisis del mercado, por lo que la alegación por parte de estas empresas de una situación de crisis ha de ser tomada con las mayores reservas. Como el legislador comunitario en su regulación tomó ya en consideración la situación crítica del mercado y pre-

⁶³ Decisión de la comisión Papel de pegamento, 78/252/CEE, DOCE núm. L 70/54/64.

⁶⁴ *Suiker Unie/Comisión*, Rec. 1975, p. 1663 (2026).

⁶⁵ *Ferriere di San Carlo*, Rec. 1987, p. 4435 (4449 y ss.).

⁶⁶ Vid. por todas Decisión de la Comisión 85/202/CEE, DOCE núm. L 85/14, 25, así Dannecker/Fischer-Fritsch (not. 52), p. 282 y ss.

⁶⁷ Decisión Comisión 86/617/CEE, DOCE núm. L 376/21, 27.

⁶⁸ Ampliamente Wagemann, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1992, p. 87 y ss.

vé además un procedimiento específico para que tales circunstancias puedan ser tenidas en cuenta, puede decirse que, en definitiva, por regla general únicamente van a provocar situaciones de justificación o disculpa peligros que provengan de fuera del mercado.

a) La jurisprudencia del TJCE de los primeros tiempos no definía la legítima defensa con claridad, al ser introducidos en su configuración criterios pertenecientes al estado de necesidad. Más tarde, el Tribunal ha determinado el contenido de la legítima defensa tal como es aplicada en la mayoría de los ordenamientos estatales. Si bien debe anotarse que contrariamente al Derecho alemán (§§ 32 II StGB, 15 II OWiG) se introduce, entre otros, el principio de proporcionalidad.

De la extensa práctica comunitaria interesa destacar que la legítima defensa no es de aplicación contra actos antijurídicos de la Comisión y que tampoco se admite la defensa contra prácticas ilícitas de *dumping*. En ambos casos se considera que deben observarse los cauces legales como medio adecuado⁶⁹.

b) El *estado de necesidad* fue alegado sobre todo en los ya mencionados casos de las “cuotas de acero”, con el fin de justificar los excesos de producción. El Tribunal, desde el primer asunto, el caso “Valsabbia”, ha rechazado esta alegación, ya que no han existido peligros de liquidación para las empresas⁷⁰.

En el caso *Pioneer*⁶⁹ el Tribunal ha extendido al Derecho de la competencia la necesidad de que exista un peligro concreto que amenace la existencia de la empresa, agregando además, que la comisión de la contravención debe ser el único medio para conjurar el peligro. Su aceptación depende, por lo demás, en consonancia con el principio de libre competencia y tal como se subraya entre otros en el caso *Klöckner*⁷¹, de que la empresa no haya contribuido con su propio comportamiento a la situación de dificultad. Resulta por tanto evidente el por qué no se ha justificado el comportamiento de ninguna empresa como consecuencia de la alegación de estado de necesidad.

La Comisión deseaba otorgar incluso un valor menor a la existencia de una determinada empresa que a la existencia de todas las empresas en el mercado, pero no encontró correspondencia en el Tribunal esa ponderación de bienes e intereses, como en el Derecho alemán de las causas de justificación de los §§ 34 StGB y 16 OWiG. El Tribunal ha aplicado los criterios conocidos por el estado de necesidad (*état de nécessité*) en el Derecho francés y, que según la concepción alemana, se corresponde mejor con el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB).

c) En estas circunstancias la *fuerza mayor* adquiere una gran relevancia práctica. Esta figura de carácter extrapenal, supone en el Derecho penal la imposibilidad de acción o de actuar de otro modo, de tal forma que excluye ya la tipicidad. En el Derecho comu-

⁶⁹ STJCE, *Pioneer*, Rec. 1983, p. 1825 (1901 y ss.).

⁷⁰ *Valsabbia I*, Rec. 1980, p. 907; ulteriormente *Zinz Proucer group*, Decisión de la Comisión 84/405/CEE, DOCE núm. L 220/27/39 e *Importaciones de aluminio desde Europa del este*, 85/206/CEE, DOCE núm. L 92/1, así como *Meldoc*, 86/596/CEE, DOCE núm. L 249/50, 62.

⁷¹ *Klöckner-Werke/Comisión*, Rec. 1983, p. 4134 (4148 y ss.).

⁷² Cfr., por ejemplo, artículo 8 del Rec. CEE núm. 87/62, artículo 6 del Reg. CEE núm. 136/64; artículo 6 Reg. CEE núm. 192/75; artículo 18 Reg. CEE núm. 193/75, al respecto Loyant, *Revue trim. de droit européen*, 1980, p. 256 y ss.

nitario la *vis maior (force majeure)* procede del régimen de cauciones, que, como hemos indicado, asegura el sistema de exportación e importación de productos agrícolas⁷².

En más de cuarenta decisiones el Tribunal ha utilizado esta vía de la fuerza mayor. En un primer momento, en el sector agrícola y, más tarde, en el sistema de cuotas de acero, en el Derecho de transportes y en el de la competencia. En la jurisprudencia aún no ha quedado claro, y en este asunto andan también divididas las opiniones de los Abogados generales, si nos encontramos ante una causa de justificación o ante una aplicación del principio de proporcionalidad comunitario⁷³.

Con más detalle se puede distinguir entre una noción estricta y otra amplia de fuerza mayor. La primera exige la absoluta imposibilidad, mientras que la segunda se orienta más en la dirección de requerir que se actúe con el cuidado exigido a un comerciante prudente y juicioso. La jurisprudencia del Tribunal ha oscilado entre ambos conceptos, en ocasiones según el sector económico de que se tratase. En la actualidad tiende más hacia el concepto amplio, admitiendo la fuerza mayor cuando se actúa bajo circunstancias desastrosas e imprevisibles, de cuyo influjo el procesado no ha podido sustraerse y sólo podría haber evitado a un precio desproporcionado⁷⁴.

La fuerza mayor así entendida puede tener una gran importancia para aquellos Estados en los que existe responsabilidad penal independiente de la culpabilidad. Al mismo tiempo la fórmula acuñada puede tener valor en los ordenamientos penales como concreción, en futuros desarrollos normativos, de la medida de la imputación en la imprudencia.

4. Autoría y participación

Muchas contravenciones contra el Derecho comunitario presentan la característica de *delitos especiales*, por lo que sólo pueden ser cometidos por determinado círculo de autores, por ejemplo, en el artículo 86 del TCEE, se requiere la condición de ostentar una posición dominante en el mercado. A la vista de la jurisprudencia del TJCE resulta dudoso si aparte de los autores pueden ser también sancionados otras personas como partícipes (inductores, cómplices). El partícipe no realiza por sí mismo ninguno de los comportamientos típicos y no existe en el Derecho comunitario cláusula de extensión de la punibilidad, como las de los § 26, 27 StGB y 14 OWiG del Derecho alemán o los artículos 14 y 16 del Código Penal español. En el caso "Fundición de cristal en Italia"⁷⁵ la Comisión consideró partícipe en un acuerdo restrictivo de la competencia a una empresa de servicios que suministró una serie de datos. El acuerdo con esta empresa, por parte de las firmas italianas y francesas, era, según la Comisión, una parte totalmente dependiente del acuerdo restrictivo. En realidad, la empresa de servicios no debía haber sido objeto de san-

⁷³ Cfr. Flynn, *European Law Review*, 1981, p. 102 y ss.; Dannecker/Fischer-Fritsch (not. 52), p. 308 y ss.; Wagemann (not. 68), p. 118.

⁷⁴ Cfr. Wagemann (not. 68), p. 118, con referencias.

⁷⁵ Decisión de la Comisión 80/1334/CEE, DOCE núm. L 383/19, así ya Tiedemann, "NJW", 1986, p. 1842.

⁷⁶ Tiedemann, en "Festschr. f. Jescheck", p. 1420; también Grabitz-Koch, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1983, artículo 15 Reg. núm. 17, marginal núm. 46.

ción alguna, particularmente porque un acuerdo contrario al artículo 85 sólo es posible entre empresas que compitan, ofertando o demandando, en el mercado en cuestión ⁷⁶.

Fuera del campo de los delitos especiales, en el que encontramos también dificultades para delimitar el círculo de personas que actúa por parte de la empresa destinataria de la norma ⁷⁷, es difícil la distinción entre la autoría típica y la participación impune. Este hecho depende de si se maneja un sistema extensivo de autor o unitario, como el que existe en algunos Estados miembros para el Derecho penal y en muchos para el Derecho administrativo sancionador donde es considerado autor —o partícipe— el que contribuye causalmente a la realización del delito. De *lege lata* hoy en el Derecho comunitario al no existir una declaración expresa al respecto, y ser más conforme con el Estado de derecho un concepto restrictivo de autor, es dudosa la sanción de aquellas personas que no realizan el tipo.

5. Responsabilidad de la empresa y unidad económica

Tanto el Derecho sancionador CEE, como CECA se aplica exclusivamente a empresas, las cuales son las destinatarias de las normas de comportamiento económico y objeto de las sanciones. La introducción adicional de sanciones contra personas físicas es recomendable, al igual que en el sector agrario y pesquero se han introducido sanciones contra las empresas, junto con las previstas para los autores, personas físicas.

A la persona jurídica no sólo se le imputa, más ampliamente que en el § 30 OWiG, las acciones de sus órganos y representantes legales, sino la de todos aquellos que actúan por su cuenta ⁷⁸. En la determinación de la culpabilidad, que tradicionalmente se fundamenta en la imputación de la responsabilidad de las personas físicas a las jurídicas, aparece en la más reciente jurisprudencia comunitaria una tendencia a reconocer una responsabilidad propia de la persona jurídica, para lo que basta, de modo semejante a lo que ocurre en el Derecho civil, el “estándar del tráfico” (“Verkehrsmasstab”) ⁷⁹. Al igual que en el § 30 OWiG cuando el representante actúa más allá de su competencia la empresa se ve libre de toda sanción.

Especialmente interesante es la construcción, con relevancia para las sanciones pecuniarias, del concepto de *unidad económica* entre las empresas que forman un grupo. A través de esta figura, que se fundamenta en la dependencia general, como consecuencia de una mayoría de capital, de la competencia para impartir órdenes globales, de la coincidencia parcial del personal directivo o de la unidad de producción ⁸⁰, se ha conseguido la aplicación extraterritorial del Derecho comunitario, siguiendo el modelo ya clásico de los EE.UU., a empresas que no pertenecen a la Comunidad europea, por ejemplo, en los casos de los “colorantes” y “Zoja” ⁸¹. La construcción no encuentra, sin embargo, para-

⁷⁷ Cfr. Tiedemann, “NJW”, 1986, p. 1842, con referencias.

⁷⁸ Dannecker/Fischer-Fritsch (not. 52), p. 285 y ss.

⁷⁹ Grabitz/Koch (not. 76), núms. marginales 29 y ss.

⁸⁰ Extensamente Rütsh, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987; sobre ello también Otto, “ZStW” (1990), p. 180 y ss.

⁸¹ Cfr. Tiedemann, “NJW”, 1979, p. 1851, con referencias.

lismo en el Derecho alemán de contravenciones, donde podría ser basada sólo en una participación activa (§ 14 OWiG) o en una posición de garante de la empresa madre con respecto, sólo, a las empresas filiales 100%⁸².

V. Resumen y perspectivas

La situación actual del Derecho penal económico en la esfera comunitaria está marcada por vivir un período de transición entre el abstencionismo penal más radical, desde la carencia de competencia sancionadora o desde una competencia no asumida, hacia un futuro modelo sancionador cuyas características principales pueden entreverse ya hoy, desde dos puntos de vista: el desarrollo en un Derecho penal administrativo moderno, con garantías similares a las clásicas del Derecho criminal y procesal, y la sanción a las empresas, independientemente de su personalidad jurídica. Ambas características pueden encontrarse en los ordenamientos jurídicos de relevantes Estados miembros como, por ejemplo, desde la mitad de los años 80, las *Autorités Administratives Indépendantes* del derecho sancionador administrativo francés.

Llama la atención la creación de una amplia gama de sanciones comunitarias, de características en buena parte novedosas, que están en consonancia y se corresponden con las recomendaciones del Consejo de Europa acerca del Derecho penal de las empresas⁸³. Este sistema palía un tanto la hasta hoy falta de competencias penales *strictu sensu* de la Comunidad. No se puede aún saber si en un futuro próximo, esta carencia será remediada mediante una modificación de los Tratados. Los recientes trabajos preparatorios acometidos en Alemania e Italia en pos de la asimilación en sus sistemas penales nacionales de los intereses comunitarios⁸⁴ y la armonización de los ordenamientos penales estatales en relación a las condiciones de protección de los valores del mercado común, constituyen pasos intermedios en la dirección apuntada, que en último término podrían hacer necesaria una competencia penal económica supranacional en sentido estricto.

Esta situación provisional —la aceptación al menos de la protección penal de los intereses europeos, especialmente sus intereses financieros, por parte de los legisladores nacionales— debería ser remplazada, paso a paso, mediante la democratización del legislador comunitario, reforzando la intervención del Parlamento europeo, en el marco de una razonable solución supranacional. La actual activación del art. 5 TCEE, utilizada también como recurso interpretativo en la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán⁸⁵, recuerda en la historia constitucional al argumento de la justificación de los medios en aras de los fines, tan empleados en los albores del Estado moderno. Esta jurisprudencia es típica de un período de transición y en esta medida no puede ser considerada ilegítima, pues si se toma en cuenta la función integradora del Derecho de la Comunidad y sus actuales características de modelo en construcción, no es adecuado todavía tomar las medidas a la Comunidad con los patrones que son hoy los propios del Estado contemporáneo desarrollado.

⁸² Tiedemann (not. 81), p. 1852; Rengier, en: "KK-OWiG", 1989, § 14, núm. marginal 67.

⁸³ Recomendación núm. R(88) 18 de 20 de octubre de 1988, acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, al respecto de delitos que son cometidos en el ámbito de sus negocios.

⁸⁴ Cfr. acerca de la reforma italiana JESCHECK (not. 48), n° marginal 103.

⁸⁵ BVerfGE 73, 339 (369) y en "NJW", 1987, 577 – Solange II.