

HACIA UNA POLÍTICA PENAL COMÚN: POSIBILIDADES Y OBSTÁCULOS

Por AMPARO LOZANO MANEIRO*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. INFLUENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS DERECHOS PENALES NACIONALES: 1. INCOMPATIBILIDAD ENTRE NORMAS COMUNITARIAS Y NORMAS PENALES NACIONALES. 2. INTEGRACIÓN DE LA NORMA PENAL NACIONAL POR LA NORMA COMUNITARIA. 3. LA NECESIDAD DE SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO COMUNITARIO CUANDO SEAN CONSTITUTIVAS DE DELITO: A) *La obligación de sancionar a cargo de los Estados.* B) *Consecuencias de la atribución a los Estados de la garantía del Derecho comunitario: la disparidad de los ordenamientos nacionales.*—III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA COMUNIDAD: 1. EL DELITO DE FRAUDE: A) *La jurisprudencia del TJCE sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad.* B) *Evolución legislativa de la protección de los intereses financieros de la Comunidad.* 2. EL *CORPUS IURIS*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace unos años poner en relación Derecho penal y Derecho comunitario era poco frecuente. El Derecho penal, ligado a esferas de soberanía estatal no cedidas a la Comunidad parecía quedar al margen del ámbito de estudio de los especialistas comunitarios. Sin embargo, el pro-

* Doctora en Derecho, Profesora adjunta de Derecho comunitario, Universidad S. Pablo-CEU.

ceso de construcción europeo ha acabado por incidir en los ordenamientos penales nacionales, de manera que hoy es posible plantear que la elaboración de normas penales comunes, por lo menos referidas a algunos aspectos, es no sólo posible sino incluso inevitable.

Para justificar la precedente afirmación es preciso comenzar con una premisa que es aún necesaria cuando se aborda la relación entre Derecho penal y Derecho comunitario. La Europa que conocemos ahora, caracterizada por la diversificación de regulaciones penales, es en realidad un fenómeno relativamente reciente y ligado a un proceso histórico y político determinado: el siglo XIX. Hasta entonces los ordenamientos del continente europeo se caracterizaron por el régimen plural del Derecho común, nacido del encuentro —habría que decir de la tensión— entre el Derecho romano y los Derechos particulares de los pueblos que ocupaban el territorio del disgregado Imperio romano.

Para no alargarnos en la descripción histórica basta decir que esa tensión se resolvió a favor de los Derechos nacionales con la aparición de los primeros Códigos. La codificación fue la culminación de un proceso iniciado algunos siglos antes y vinculado a la consolidación del Estado moderno y al concepto de soberanía.

Esta brevísima introducción no tiene más sentido que poner de manifiesto dos reflexiones que sirven de marco general a las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario:

- 1) Primera: la creación de las Comunidades, en la medida en que afecta al concepto clásico de Estado y al de soberanía estatal, no podía no tener repercusiones en los principios y técnicas que encuentran su origen en la codificación que está vinculada, como hemos dicho, a esos dos conceptos. Ni siquiera el ámbito penal puede quedar al margen de ese proceso.
- 2) Segunda: que la propia codificación demuestra que una comunidad jurídica puede decidir dotarse de reglas idénticas aplicables a un mismo territorio —entonces fue el Estado moderno, hoy podría ser la Unión Europea—. En otras palabras, que la unificación penal, es, por lo menos desde un punto de vista histórico, una posibilidad real.

Establecido que no se cometen herejías históricas o políticas al plantear la posibilidad de un Derecho penal común, hay que pensar si además

de posible es también necesario. En nuestra opinión es algo más: no sólo necesario, sino inevitable, ya que, si bien la Comunidad Europea no posee competencias en materia penal, el Derecho comunitario influye en el Derecho penal de los Estados miembros de diversas maneras, y esa influencia genera relaciones entre ambos Derechos que no están bien articuladas.

II. INFLUENCIAS DEL DERECHO COMUNITARIO EN LOS DERECHOS PENALES NACIONALES

1. INCOMPATIBILIDAD ENTRE NORMAS COMUNITARIAS Y NORMAS PENALES NACIONALES

La primera influencia se da cuando existe una incompatibilidad entre normas nacionales y normas comunitarias en el ámbito penal. Esta incompatibilidad es inevitable ya que la creación del Mercado Común y del Mercado Interior tiene como consecuencia la existencia de un gran espacio donde personas, servicios, capitales y productos circulan libremente. Con ello se hace necesaria la supresión de aquellas barreras visibles y ocultas que los Estados habían venido acumulando para proteger sus mercados, y que hacían eficaces mediante sanciones penales. La supresión de esos preceptos, exigida por el Derecho comunitario, acarrea también la supresión de las sanciones que los respaldaban, de manera que, en virtud del Derecho comunitario, conductas consideradas sancionables pasan a ser perfectamente legítimas. En palabras del Tribunal Supremo: «el Derecho comunitario puede producir y produce efectos descriminalizadores o despenalizadores según la terminología que en caso se utilice»¹.

Esta despenalización afecta obviamente a todos los Estados miembros;

¹ TS sentencia de 20 de octubre de 1992 (Ar. 8407) que se refería a la posible incompatibilidad entre la Ley de Contrabando y el concepto de mercado interior contenido en el artículo 8A TCEE (hoy 14 CE) y, en concreto, con la libre circulación de productos procedentes de Terceros países que, una vez satisfechos los derechos de aduana, se consideran en libre práctica. En el mismo sentido puede recordarse la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1993 (Ar. 396) y, sobre todo, el auto de la Audiencia Nacional de 18 de noviembre de 1993 que archiva el sumario 11/84 por considerar despenalizada la libre circulación de tabaco de origen comunitario o en libre práctica en función del Derecho comunitario. Una descripción detallada en A. MATEOS RODRÍGUEZ ARIAS, «La Unión europea y su incidencia en los Derechos penales nacionales», *La Ley*, n.º 3780 de 6 de mayo 1995, pp. 8 y 9.

así, por ejemplo, en Francia, y en función del artículo 30 TCE (actual art. 28 TCE), se calificaron como no constitutivos de delito algunos hechos considerados como fraudes por la Ley de 1 de agosto de 1905; por la misma razón se modificó la publicidad de bebidas alcohólicas tipificada en los arts.17 y 18 del *Code de Boissons* por entender que se trataba de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por la citada norma comunitaria, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia DASSONVILLE².

Obviamente, ese efecto despenalizador lo produce no sólo el Derecho Comunitario originario sino también el derivado, incluidas las directivas que no han sido objeto de transposición. El TJCE se ha pronunciado sobre el efecto directo de las directivas en ámbito penal en diversas ocasiones; valga de ejemplo la conocida sentencia de 5 de abril de 1979, RATTI³ originada por una cuestión prejudicial del *Pretore* de Milán. En ella se plantea la posible contradicción entre las Directivas comunitarias 73/173/CEE de 4 de junio de 1973 y 77/728/CEE de 7 de noviembre de 1977, relacionadas con el etiquetado de barnices y pinturas, y la Ley italiana de 5 de marzo de 1963 sobre la misma materia. La inculpación de RATTI se produjo por haber etiquetado sus productos con arreglo a las citadas normas comunitarias violando la ley italiana, todavía considerada en vigor al no haber Italia adoptado las correspondientes medidas de transposición. La respuesta del TJCE es contundente afirmando que: «después del vencimiento del plazo establecido para la actuación de una directiva los Estados miembros no pueden aplicar la propia normativa nacional no adecuada todavía a esta última —ni aun cuando vengan establecidas sanciones penales— a quien se haya adecuado a las disposiciones de la propia directiva»⁴.

No admite, sin embargo, el TJCE el efecto directo invertido, es decir, la posibilidad de que una directiva no transpuesta agrave o modifique la responsabilidad de un particular, pero sobre eso volveremos enseguida.

² STJCE de 11 de julio de 1974, DASSONVILLE, as. 8/74, Rec. 1974, pp. 837 y ss. En función de la llamada «fórmula DASSONVILLE», establecida por el TJCE en esa sentencia son medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas: «toda reglamentación nacional susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios comunitarios».

³ STJCE de 5 de abril de 1979, RATTI, as.148/78, Rec.1979, pp. 1629 y ss.

⁴ *Idem*, p. 1642.

Con esta excepción lo demás es normal porque aparentemente se trata de la aplicación de los principios de primacía y de efecto directo. Sin embargo, al referirse al ámbito penal es necesario añadir algo importante: que el Derecho comunitario lleve a la inaplicación de normas penales nacionales hace necesaria la revisión del concepto de *ius puniendi*⁵. Este, por lo general, se asimila a la capacidad de creación de normas penales, y se olvida su aspecto negativo, es decir la posibilidad de discriminar conductas o reducir el ámbito de las penalmente relevantes, y esto sí pueden hacerlo las Comunidades. Desde esta perspectiva cabe plantearse que las Comunidades posean un *ius non puniendi* que, en palabras de Cierda Riezu: «origina una *obligatio non puniendi* de los Estados miembros. Además, esta obligación de no penar incumbe tanto al legislador nacional como a los Tribunales de justicia: el legislador de un Estado no puede, por ejemplo, prohibir bajo la amenaza de pena una conducta que sea lícita de conformidad con el Derecho comunitario; y el juez de lo penal de un Estado no puede imponer una condena por un hecho que es asimismo lícito según el Derecho comunitario. El legislador nacional ha perdido, pues, parte de su soberanía al integrarse su Estado en las Comunidades Europeas, pues en las materias comunitarias ya no es libre para elegir las conductas que desea incriminar»⁶.

2. INTEGRACIÓN DE LA NORMA PENAL NACIONAL POR LA NORMA COMUNITARIA

La segunda influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal se refiere al contenido de la norma penal. En este sentido caben diferentes hipótesis:

Puede ocurrir que la norma comunitaria integre el tipo penal cuando el legislador utilice la técnica de remisión a normas no penales en materias en las que es competente la Comunidad y, por lo tanto, la remisión se haga a normas comunitarias de Derecho derivado. Esta remisión plantea el mismo problema que se señala en general sobre la compatibilidad de la técnica normativa de normas penales en blanco y el principio de reserva de ley existente en la mayoría de los Estados miembros, con la agravante de que las normas de Derecho comunitario no son susceptibles

⁵ Cfr. A. CIERDA RIEZU, «¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 621 y ss.

⁶ A. CUERDA RIEZU, *Idem*, p. 626.

de control de constitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales⁷.

A pesar de las perplejidades que esta técnica suscita hay que decir que no se trata de hipótesis infrecuentes en la relación Derecho comunitario y Derecho nacional que se traducen normalmente en que, a través de esa remisión, la norma comunitaria puede regular una materia sobre la que no existía anteriormente una normativa nacional. Esto es, por ejemplo, lo que propone la Directiva del Consejo de 13 de noviembre sobre la coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada (*insider trading*)⁸. El Consejo motiva esta opción afirmando que en algunos Estados miembros no hay normativa que prohíba las operaciones con información privilegiada y que entre las normativas existentes en los Estados miembros se observan importantes diferencias. Para paliar la ausencia o falta de uniformidad en la regulación el art.13 de la Directiva dispone que: «cada Estado miembro establecerá las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones adoptadas en la ejecución de la presente directiva. Dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar al respeto de tales disposiciones».

Más a menudo, la disposición comunitaria amplía o reduce la aplicación de la norma penal nacional, afectando al elemento material o moral del delito⁹. Estas hipótesis se resuelven, en función del principio de primacía, aplicando la norma comunitaria, excepto cuando ésta es más estricta que la norma nacional y perjudica al particular. En este último caso es discutible que prevalezca la norma comunitaria y debe excluirse cuando se trate de una directiva que posea efecto directo invertido. Esa parece ser, en todo caso, la opinión del TJCE, que en su sentencia PRETORE DE SALÓ¹⁰ afirma que una Directiva no transpuesta no puede producir

⁷ El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas penales en blanco en recientes sentencias. Así: 27/1990 de 5 de julio; 118/1992 de 16 de septiembre y 62/1994 de 28 de febrero. Sobre esta problemática en relación con la remisión a normas comunitarias véase, A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «La Unión Europea...», op. cit., pp. 3 y 4.

⁸ Directiva del Consejo de 13 de noviembre de 1989, n.º 89/592/CEE, DOCE L 334/30 de 18.11.89.

⁹ Así, por ejemplo, en Francia se planteó la contradicción entre el Reglamento comunitario 1619/68 de 15 de octubre, más restrictivo en la determinación del fraude en el comercio de los huevos, que el Decreto 69/867 de 15 de octubre de 1968. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Droit penal des affaires* T. I, París, 1970, pp. 33 y 34.

¹⁰ STJCE de 11 de junio de 1987, SALÓ, as.14/86, Rec. 1987, pp. 2545 y ss.

el efecto por sí misma, determinando o agravando la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones¹¹. Con la misma claridad el TJCE establece en su sentencia de 11 de junio de 1987, KOLPINGHUIS NIJMEGEN¹² que: «una directiva no puede por sí sola, y con independencia de una ley promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad de quienes la contravengan»¹³.

Idéntico criterio adoptan los Tribunales nacionales; así, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo que, en la ya citada sentencia de 20 de octubre de 1992 admitía la despenalización obra del Derecho comunitario, afirma lo siguiente: «en cambio es ya más delicado el tema de la criminalización, que probablemente se produce, es decir la tipificación de conductas como ilícitos penales».

La relación entre Derecho comunitario y Derecho nacional penal es, pues, compleja, y no siempre se resuelve por la simple aplicación de los criterios que rigen en general los conflictos en otros ámbitos.

En todo caso, al hilo de lo anteriormente dicho puede hacerse una reflexión sobre las diferentes reacciones que suscitan las influencias del Derecho comunitario en el Derecho penal. Sorprende la facilidad con que se aceptan los efectos de despenalización producidos por la normativa comunitaria frente a las resistencias con las que se encuentra la posibilidad de admitir la obligación de imposición de sanciones no previstas. En esta segunda hipótesis se alza la bandera de la soberanía estatal, se saca a relucir el monopolio en materia penal del legislador nacional como expresión de la soberanía popular, y se olvida que, en principio, los sistemas cons-

¹¹ En este sentido A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS afirma: «La forma correcta de interpretar estas sentencias es entender que, en ningún caso, será posible que una directiva no transpuesta integre el tipo penal y sirva de base para determinar o agravar la responsabilidad penal del individuo» y lo justifica en función del principio de legalidad ya que «no sería admisible, desde el punto de vista de este principio, que la determinación o ampliación de la ilicitud de un comportamiento se lleve a cabo por una norma no emanada del poder legislativo nacional, como ocurriría en el caso de las disposiciones comunitarias, salvo que se tratara del Derecho originario contenido en los Tratados, ya que ello supondría la intervención parlamentaria previa de los Estados miembros». «La Unión europea...», op. cit., p. 11.

¹² STJCE de 8 de octubre de 1987, KOLPINGHUIS NIJMEGEN as 80/86, Rep. 1987, pp. 3969 y ss.

¹³ Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Las cuestiones prejudiciales de Derecho comunitario en el proceso penal (Comentario a la sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)» en *Poder judicial*, n.º 8, 1987.

titucionales también reservan a éste la abrogación de las normas penales, mientras que la despenalización por obra de la norma comunitaria en aplicación del principio de primacía supone que el juez nacional, ante la invocación de una norma comunitaria contraria a otra nacional —sancionadora— ignora esta última y aplica la primera despenalizando la conducta ¹⁴.

3. LA NECESIDAD DE SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO COMUNITARIO CUANDO SEAN CONSTITUTIVAS DE DELITO

La ausencia de competencias comunitarias en ámbito penal impide que pueda hablarse de un sistema sancionador penal comunitario. Esto responde a la lógica original y peculiar de formación de la propia Comunidad. Las comunidades políticas clásicas surgen mediante actos de fuerza o mediante poderes constituyentes y, por ello, desde el primer momento, se prevé el mantenimiento del poder constituido mediante el castigo de la infracción a través del Derecho penal. La Comunidad Europea, por el contrario, se crea sobre la base de un consenso y es un fenómeno de integración no completo, en permanente evolución. Por otra parte —se dice— que «sería contrario a las tradiciones de los Estados miembros que las sanciones penales pudieran ser creadas por un órgano no surgido directamente del sufragio popular (el Consejo) y aplicadas por un órgano no jurisdiccional (la Comisión)» ¹⁵.

En todo caso, la única norma de carácter estrictamente penal contenida en los Tratados originarios es el art. 194.1 TCEEA que asimila la violación del secreto en el ámbito comunitario a la violación del secreto que afecte a la seguridad del Estado o a la divulgación del secreto profesional en el Derecho interno ¹⁶.

¹⁴ Cfr. M. MASSÉ, «L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français», en *Rev. sc. crim.* (4), oct.-dec.1996, pp. 946 y ss.

¹⁵ G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario General*, 3.ª ed., Barcelona, 1995, p. 240.

¹⁶ Artículo 194.1 TCEEA: «(...) Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esa obligación (la de guardar secreto) como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad del Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que, estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación».

La misma técnica de asimilación inspira el artículo 27 del Estatuto del TJCE, según el cual el perjurio cometido por testigos o expertos ante el Tribunal comunitario debe ser considerado como el correspondiente delito cometido ante un tribunal civil interno¹⁷.

Se trata, sin duda, de hipótesis marginales¹⁸ que, sin embargo, resultan interesantes por dos razones:

En primer lugar, por la técnica normativa seguida. En ambos casos, la norma comunitaria cumple la función de incriminación de una conducta que sin ella sería atípica, de manera que «de la conexión entre la norma de la Comunidad y del precepto penal invocado nace una nueva figura incriminadora cuya estructura vendrá definida sobre la base del tipo punible estatal original»¹⁹.

Y en segundo lugar, porque esa técnica lleva aparejada una inevitable disparidad de sanción de estos delitos en los distintos ordenamientos nacionales, en contradicción con el principio de igualdad que es reconocido no sólo por éstos, sino por el propio ordenamiento comunitario, en concreto, en el artículo 12 (anterior 6) del TCE.

En principio, pues, la Comunidad no está dotada de competencias en materia penal, pero cada uno de los tres Tratados originarios de las Comunidades Europeas contienen una serie de disposiciones que facultan a las instituciones comunitarias para la imposición de sanciones dirigidas a castigar las infracciones al Derecho comunitario.

La posibilidad de que las instituciones comunitarias impongan sanciones ha dado lugar a un debate doctrinal sobre el alcance del poder sancionador de la Comunidad en el que ahora no podemos entrar. Tampoco

¹⁷ Artículo 27 del Estatuto del TJCE: «Cada Estado miembro considerará toda violación del juramento de los testigos y peritos como un delito cometido ante un tribunal nacional con jurisdicción en materia civil. Previa denuncia del tribunal, el Estado de que se trate perseguirá a los autores de dicho delito ante el órgano jurisdiccional nacional competente».

¹⁸ Mayor importancia revisten las normas de Derecho derivado inspiradas en la misma técnica, como, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión de 26 de julio de 1994, n.º 1831/94 que asimila las informaciones adquiridas de acuerdo con la normativa prevista a los secretos de oficio y les concede la misma protección que la otorgada por las legislaciones nacionales a hipótesis similares. Sobre el tema, cfr. A. BERNARDI, «*I tre volti del 'Diritto penale comunitario'*», *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, pp. 368 a 373.

¹⁹ G. GRASSO, *Comunidades Europeas y Derecho penal*, Univ. Castilla la Mancha, 1993, p. 161.

podemos detenernos en la naturaleza de las sanciones comunitarias que son, en principio, administrativas, aunque algunas de ellas son de difícil ubicación. Así, como ejemplo significativo de la ambigüedad de las sanciones puede traerse a colación la sentencia de 27 de octubre de 1992, ALEMANIA/COMISIÓN²⁰, en la que el Tribunal confirma la competencia de la Comunidad para imponer, en el ámbito de la Política agrícola comunitaria, sanciones administrativas —en realidad cuasi penales²¹— aplicables a los defraudadores. Frente a la tesis alemana que sostenía que una de estas sanciones —la de exclusión de la prima— tenía carácter penal, el Tribunal, sin entrar en la distinción entre sanciones penales y administrativas, se limita a insistir en la competencia del legislador comunitario para determinar las «soluciones más adecuadas para la realización de los objetivos de la Política agrícola comunitaria». También, sostiene el TJCE, sin motivar, que las exclusiones de las primas no constituyen sanciones penales, y que, en todo caso, «la Comunidad es competente para establecer las sanciones que, como las exclusiones (...) van más allá de la simple restitución de lo indebidamente percibido»²².

En todo caso, la Comunidad goza de una amplia competencia para imponer sanciones, en principio administrativas. Basta recordar que en el ámbito de la CE de la combinación del artículo 83 (87 anterior) TCE y el 229 (172 anterior) TCE —que regula el control jurisdiccional de las sanciones impuestas—²³ puede deducirse la existencia de un poder sancionador general implícito del Consejo —o del Consejo y el Parlamento— que se ejercería a través de reglamentos. En otras palabras, en virtud de esas dos normas el Consejo puede imponer sanciones relacionadas con todas las materias en las que tiene competencia para emanar reglamentos.

²⁰ STJCE, REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA/COMISIÓN, as. 240/90, Rep. 1992, pp. I-5383 y ss.

²¹ Cfr. MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, 2.ª ed., p. 118.

²² Sobre el análisis de esta sentencia y sus repercusiones cfr. J. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, París, 1994, pp. 31 y ss.

²³ El artículo 172 (229)TCE fue reformado por el Tratado de la Unión para incluir la referencia a los reglamentos emanados por el Parlamento y el Consejo conjuntamente utilizando el nuevo procedimiento legislativo de codecisión (art. 251 TCE), en virtud del cual el Parlamento, en las hipótesis previstas, co-legisla junto al Consejo. A partir de ahora cuando hagamos referencia al poder legislativo del Consejo deberá entenderse que en ocasiones este poder está compartido con el Parlamento.

Pues bien, la atribución a la Comunidad Europea de una competencia sancionadora general tiene, para el tema que nos interesa, importantes repercusiones ya que, a pesar de la neta exclusión del carácter penal de las sanciones comunitarias, la jurisprudencia y la doctrina sobre ellas ha sentado las bases para un posible desarrollo de competencias comunitarias en materia penal. Y esto porque ha sido necesario pensar en la estructura del ilícito comunitario, es decir, en los principios de Parte general (elemento subjetivo, causa de justificación, tentativa etc.) aplicables al sistema de sanciones comunitarias. La ausencia de previsión expresa en los Tratados ha llevado al TJCE a recurrir a los principios generales de los Estados miembros considerados fuente de Derecho comunitario. Sirviéndose de ellos, el Tribunal de Luxemburgo ha ido construyendo una especie de cuerpo de principios aplicables al sistema sancionador comunitario²⁴ que comprende: el principio de legalidad considerado como uno de los pilares del sistema (STJCE de 25 de septiembre de 1984, KÖNECKE/BALM, as. 117/83 Rec.1984, pp. 3303 y ss.); el principio de irretroactividad (STJCE de 10 de julio 1984, REGINA/KIRK, as. 63/83, Rec.1984, pp. 2091 y ss.); el principio de responsabilidad personal manifestado por la exclusión de responsabilidad por el hecho ajeno (STJCE de 28 de junio de 1984, NOD-BUTTER/ALEMANIA, as. 187 y 190/83, Rec. 1984, pp. 2553 y ss.); el principio de *nulla poena sine culpa* (STJCE de 19 de noviembre de 1983, THYSSEN, as. 188/82, Rec. 1983, pp. 3721 y ss.).

La citada jurisprudencia ha influido indudablemente en los avances en materia penal y ha constituido el punto de partida para la regulación del fraude a los intereses financieros de la Comunidad, concretamente del Reglamento 2988/95 de 18.12.1995, y posteriormente, ya en ámbito penal, del Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, así como del *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea de 1997. A ellos nos referiremos más adelante en relación con el delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad.

Volviendo a las infracciones de carácter general conviene señalar que el ejercicio directo del poder sancionador comunitario es complejo y por ello las instituciones comunitarias han hecho de él un uso moderado. Esto, sumado a la ausencia de competencia penal de la Comunidad, explica que la represión de infracciones del Derecho comunitario corra a cargo de los

²⁴ Cfr. G. GRASSO, *Comunidades europeas, op. cit.*, pp. 124 y 126.

Estados miembros, dando lugar a una obligación que se mueve en la tensión de la obvia autonomía estatal y los límites impuestos por la propia Comunidad. En relación con el tema que nos interesa, el problema es si los Estados están obligados a imponer sanciones penales o son libres para elegir la naturaleza de la sanción.

A) *La obligación de sancionar a cargo de los Estados miembros*

La obligación a la que nos hemos referido surge, evidentemente, cuando un reglamento comunitario prevé sanciones predeterminadas. Este caso no plantea especiales dificultades, pues la naturaleza y alcance de las sanciones deriva explícitamente de la norma comunitaria que las impone.

Pero junto a esas hipótesis existe también una obligación general e independiente de la existencia de previsiones concretas que deriva de la llamada cláusula de lealtad. Ésta se halla recogida en el artículo 10 (anterior art. 5) TCE en función del cual: «Los Estados adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión».

De esta cláusula general cabe, sin duda, sostener que el Tribunal comunitario podrá constatar un incumplimiento en el caso de que el Estado no adopte normas sancionadoras, pero nada indica —dada la amplitud de su formulación— que pueda, además, controlar la naturaleza y cuantía de las sanciones estatales. Es por tanto dudoso que una cláusula tan genérica como la contenida en el artículo 10 TCE sirva de fundamento a la obligación de sancionar penalmente las infracciones al Derecho comunitario. En consecuencia, cuando un reglamento comunitario no especifique las sanciones aplicables, los Estados miembros conservan la discrecionalidad para determinar la naturaleza y la cuantía de éstas.

Tampoco puede sostenerse que los Estados miembros deban imponer sanciones penales cuando la obligación de sancionar derive de previsiones recogidas en directivas, ya que éstas, por definición, dejan a los Estados miembros la elección en cuanto a la forma y los medios de transposi-

²⁵ Así, por ejemplo, la Directiva 91/308 de 16 de junio de 1991 sobre blanqueo de dinero impone la obligación de aplicación de sanciones sin pronunciarse sobre su naturaleza.

ción²⁵. La jurisprudencia comunitaria confirma esta última conclusión ya que el TJCE ha insistido repetidas veces en la libertad de los Estados para la elección de las sanciones, incluidas las penales, sin obligar pues a la adopción de éstas²⁶.

Hay que advertir desde ahora que el principio general, tal como se ha descrito, quiebra en relación con las infracciones a los intereses financieros de la Comunidad, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

Con esa excepción, pues, los Estados gozan de libertad en la elección del tipo de sanciones. Ahora bien, para completar el análisis de la norma es preciso añadir que la cláusula de lealtad se traduce también, desde una perspectiva negativa, en la obligación a cargo de los Estados de abstenerse de tomar medidas que pongan en peligro la realización de los objetivos comunitarios. Es por tanto igualmente cierto que los Estados miembros no podrán establecer sanciones penales en función de normas nacionales contrarias al Derecho comunitario²⁷.

Esta última observación nos lleva a concluir que ciertamente, en la fase actual de desarrollo del Derecho Comunitario, los Estados son libres para determinar la naturaleza y cuantía de las sanciones aplicables a las infracciones a las normas comunitarias, pero esa libertad no es total ya que encuentra un límite en la condición de que las sanciones elegidas no constituyan obstáculos indirectos para la realización de los objetivos de los Tratados. Y este límite general se concreta en la regulación de cada una de las libertades comunitarias. De hecho el TJCE, aplicando este criterio—que deriva de la lógica misma de la libertad de circulación como libertad comunitaria en combinación con el principio de proporcionalidad— ha elaborado un completo catálogo de los límites impuestos a las sanciones internas. Así:

— En materia de sanciones penales relacionadas con la libre circulación de personas se han considerado desproporcionadas y consti-

²⁶ Cfr. STJCE de 2 de febrero de 1977, AMSTERDAM BULB, as. 50/76, Rep. 1977, pp. 137 y ss; STJCE de 21 de septiembre de 1989, COMISIÓN/GRECIA, as.68/88, Rep. 1989, pp. 2965 y ss; STJCE de 10 de julio de 1990, HANSEN, as.326/88, Rep. 1990, p. I-2911; STJCE de 2 de octubre de 1991, VARDEVENNE, as.7/90, Rep. 1991, p. I-4371.

²⁷ «Il ressortit (...) que l'obligation d'application des Etats Membres peut, conformément au droit communautaire, imposer des exigences positives et négatives aux dispositions législatives et administratives nationales, et ce inclus aux dispositions pénales». J. VERVAELE, *La fraude communautaire...*, op. cit., p. 417.

tutivas de trabas a esa libertad determinadas penas privativas de libertad²⁸; otras, en cambio, han sido juzgadas compatibles con la legislación comunitaria al no afectar al desarrollo de las libertades comunitarias²⁹.

- En relación con la libre circulación de mercancías, la posibilidad de la existencia de sanciones penales desproporcionadas respecto a la infracción se evalúa también desde la perspectiva de los obstáculos a esta libertad, y concretamente como medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas prohibidas por los artículos 28 a 31 (anteriores 30 a 36) del Tratado de la Comunidad Europea. El razonamiento del Tribunal de Luxemburgo es el ya indicado: la naturaleza de la sanción depende de los ordenamientos, pero la correcta aplicación del principio de proporcionalidad y la adecuación a la naturaleza de la infracción supone en ocasiones un límite apreciable. Así, en el asunto DONCKERWOLCKE³⁰, se establece que los Estados miembros pueden exigir ciertas declaraciones a los importadores, pero todas las sanciones desproporcionadas con la naturaleza de una infracción puramente administrativa constituirían una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida³¹.

El TJCE ha ido incluso más allá al afirmar que la imposición de una sanción penal es admisible sólo si hubiera una infracción que «merecie-

²⁸ Así, la STJCE de 8 de abril de 1976, ROYER, as. 48/75, Rec. 1976, pp. 497 y ss.

²⁹ En la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1979 SAUNDERS, as. 175/78, Rec. 1129 y ss., la pena de confinamiento impuesta por un robo se consideró aplicación de la legislación penal ordinaria que, al ser una situación puramente interna, no afecta a las libertades comunitarias. Más recientemente la STJCE de 29 de febrero de 1996, as. 193/94, Rep. 1996, pp. I-943 y ss., resolvió una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del art. 43 TCE con la legislación alemana que asimila la conducción con permiso de conducir no canjeado por el del país de residencia a la conducción sin permiso, castigada con pena privativa de libertad. El TJCE afirmó que existe incompatibilidad entre ambas normas imponiendo un nuevo límite al Derecho penal nacional en función de la plena realización de una libertad comunitaria.

³⁰ STJCE de 15 de diciembre de 1976, DONCKERWOLCKE, as. 41/76, Rec. 1976, pp. 1921 y ss.

³¹ En el mismo sentido véase la STJCE de 30 de noviembre de 1977, CAYROL/RIVOIRA, as. 52/77, Rec. 1977, pp. 2261 y ss.

se» tales medidas; así se deduce del caso LEVY, as. 212/88³², sobre la falsedad en la declaración del origen de la mercancía con objeto de realizar un fraude, con respecto al cual el Tribunal afirma que no puede ser castigado «con las sanciones penales previstas para los casos de falsas declaraciones dirigidas a castigar, por ejemplo, la realización de importaciones prohibidas».

En definitiva, a través de la jurisprudencia comunitaria se sientan las bases de los repartos de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad en materia de sanciones «de manera que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son competencia de los Estados miembros pero, también en este ámbito, el Derecho comunitario introduce límites a las medidas de control que los Estados miembros pueden mantener, de acuerdo con aquel, en el marco de la libre circulación de mercancías y personas. Y estos límites se traducen en que las medidas administrativas o represivas no deberán exceder de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deberán concebirse de manera que restrinjan la libertad deseada por el Tratado, y no deberá establecerse una sanción tan desproporcionada a la gravedad de la infracción que suponga un obstáculo a la libertad», STJCE, CASATI, as. 203/80 (Fundamento 27)³³.

En todo caso, y a pesar de esos límites hay que decir que los Estados miembros gozan de una amplia autonomía a la hora de imponer sanciones por infracciones a normas comunitarias, y esto hace inevitable que existan divergencias importantes en su aplicación y ejecución. El sistema de confiar la sanción de la infracción del Derecho comunitario a los Estados miembros es sin duda justificable en el estado real de la integración europea, pero presenta riesgos evidentes que sintetizamos en el siguiente apartado.

³² STJCE de 26 de octubre de 1989, Rep. 1989, pp. 3511 y ss.

³³ STJCE de 11 de noviembre de 1981, CASATI, as. 203/80, Rec.1981, pp. 2595 y ss.

B) *Consecuencias de la atribución a los Estados de la garantía del Derecho comunitario: la disparidad de los ordenamientos nacionales*

1.^a) Para una misma infracción a una misma regla se aplican en los distintos Estados miembros sanciones que varían entre sí en relación con su naturaleza y cuantía. Para un mismo supuesto, algunos países no prevén más que sanciones administrativas, mientras que otros imponen sanciones penales. Tanto las multas como las penas privativas de libertad difieren en sus topes máximos, así como tampoco son uniformes las posibles aplicaciones de penas y de medidas accesorias.

Respecto a los sistemas de sanciones existen tres modelos distintos³⁴:

- Un primer grupo de países adopta un sistema unificado de sanciones administrativas con Parte General, reglas comunes y funcionamiento alternativo al sistema penal (Alemania, Italia y Portugal).
- Otros países poseen un sistema de sanciones administrativas sin régimen unificado y compatible (acumulable) con las sanciones penales (España, Francia, Grecia y Holanda).
- Por último, algunos países no admiten la competencia administrativa para imponer sanciones (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca).

Los propios criterios para calificar la sanción como administrativa o penal varían según los Estados miembros. Así, en aquellos países que, como Alemania, Italia y Portugal, disponen de un sistema orgánico de sanciones administrativas el criterio de identificación es formal, es decir, deriva de la calificación expresa del legislador; en otros ordenamientos, como el español o el francés, el criterio utilizado es orgánico, de manera que se consideran sanciones administrativas aquellas que son aplicadas por las autoridades administrativas³⁵. Todo ello contribuye a que una misma conducta sea calificada de manera diferente por las distintas legislaciones nacionales.

³⁴ Cfr. sobre este punto, G. GRASSO, *Nouvelles perspectives en matière de sanctions administratives communautaires*, en *Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 25 y 26 de noviembre 1993, pp. 47 y ss.

³⁵ Cfr. G. GRASSO, *Ibidem*.

En cuanto a las sanciones penales existen aún mayores diferencias: hay países en los que se admite la responsabilidad objetiva que es poco compatible con el principio de *nulla poena sine culpa*, principio que, sin embargo, está ya en vigor en el sistema de sanciones comunitarias en el Derecho de competencia y que en ciertos Estados miembros, como España, Alemania e Italia, tiene valor constitucional y ha sido progresivamente introducido en los proyectos de reforma penal.

En la mayoría de los Estados miembros el fundamento de la responsabilidad penal es la responsabilidad personal, pero el hecho de que las infracciones al Derecho comunitario se produzcan principalmente en relación con la actividad de las empresas lleva necesariamente a tener que ocuparse de la responsabilidad del responsable empresarial y de la propia empresa, y por tanto de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Con referencia a la responsabilidad personal en sentido estricto es evidente que las diferencias derivan principalmente del distinto tratamiento que se da a la participación en el delito. Sobre este problema la regulación varía desde el tratamiento diferenciado de las figuras de la participación hasta el modelo unitario. Este último es minoritario entre los países de la Comunidad en relación con la responsabilidad penal, pero mayoritario por lo que respecta a las sanciones administrativas.

También existen notables diferencias en cuanto a las sanciones efectivamente aplicadas. Así, por ejemplo, respecto a los fraudes a los recursos propios comunitarios, algunos Estados miembros prevén la aplicación de penas privativas de libertad acumulables a sanciones pecuniarias (Francia hasta 3 meses, Bélgica y Luxemburgo máximo 1 año, Grecia máximo 5 años, España máximo 6 años); otros prevén sanciones pecuniarias alternativas a penas detentivas (Alemania un máximo de 5 años, Reino Unido entre 6 meses y 5 años según la calificación, Dinamarca y Holanda máximo 2 años); y, por último, algunas legislaciones contemplan sólo la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias (Italia e Irlanda).

Otras diferencias derivan de la distinta configuración de las circunstancias agravantes y atenuantes que puede incidir notablemente en la aplicación efectiva de la sanción, sin que sea posible *a priori* determinar el alcance de esa incidencia, pues su aplicación depende en muchos casos de la libre apreciación del juez.

Existen, pues, grandes divergencias a propósito de la naturaleza y la duración de las sanciones aplicadas, y esto, obviamente, se puede tradu-

cir de hecho en situaciones de impunidad³⁶. No parece necesario justificar la urgencia de una armonización que evite la aparición de «paraísos penales» en los que esa impunidad incite a las empresas a realizar sus actividades. Evidentemente la armonización a la que nos referimos exige, en primer lugar, aproximar la definición de las infracciones y la determinación de las sanciones³⁷.

Desde la perspectiva de la Comunidad, la disparidad de tratamiento nacional afecta directamente a la uniformidad de aplicación del Derecho comunitario e, incluso, es susceptible de causar una distorsión de las condiciones de competencia, siendo esto, como es obvio, perjudicial para la economía comunitaria³⁸.

2.^a) Una segunda consecuencia de la atribución a los Estados de la garantía del Derecho comunitario es que la aplicabilidad de las penas establecidas en un Estado miembro viene limitada por el carácter territorial de la ley penal, lo cual hace verdaderamente difícil perseguir las infracciones a las normas comunitarias que tienen frecuentemente carácter transfronterizo. Las consecuencias inevitables de la situación descrita son la impunidad o la doble sanción por los mismos hechos³⁹.

El principio de territorialidad penal ha creado históricamente graves lagunas en ciertas materias en las que los Estados miembros no han introducido sanciones penales adecuadas, o lo han hecho sólo recientemente.

³⁶ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Incompatibilité entre systèmes juridiques et mesures d'harmonisation: Rapport finale du groupe d'experts chargé d'une étude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté*, en *Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruselas, 1989, p. 108.

³⁷ Cfr. MANGAS/LIÑÁN, *Instituciones*, op. cit..., pp. 118 y 119.

³⁸ Véase en este sentido KEERSMAEKER, Doc. de Séance n.º 531/76 en el «Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal». El Parlamento Europeo en su Resolución sobre las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Penal llegó a proponer la utilización del artículo 100 TCEE (actual 94 TCE), que prevé la posibilidad de dictar directivas de armonización para fijar un baremo de penas, alegando que la disparidad de las aplicadas incide, como exige tal artículo, en el funcionamiento del Mercado Común. Véase también G. ISAAC, *Manual (1995)*, op. cit..., pp. 207 y 209.

³⁹ Se ha señalado, forzando una realidad sin embargo existente que: «une certaine philosophie de la construction européenne conduit à recommander un système où le citoyen aurait le choix de la loi qui lui est applicable - se mariant en Italie, divorçant en Ecosse et assassinant sa femme au Danemark». A. LAMASSOURE, «Objectifs, principes et contraintes d'une politique pénal de la Communauté Economique Européenne», en *Quelle politique pénal pour l'Europe?*, París, 1993, pp. XXIV y XXV.

Así ocurre con las violaciones a los intereses financieros de la Comunidad y con la responsabilidad penal de sus funcionarios por actos realizados en el ejercicio de su cargo⁴⁰.

Estas dificultades son particularmente evidentes en relación con los intereses financieros de la Comunidad, banco de prueba de la articulación de Derecho penal nacional y Derecho comunitario, por eso es necesario hacer una breve referencia a la protección de esos intereses.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA COMUNIDAD

1. EL DELITO DE FRAUDE

El fraude a los intereses financieros de la Comunidad se traduce en evasiones y en fraude fiscal⁴¹, y ha alcanzado proporciones alarmantes ya que se calcula que afecta al diez por ciento del Presupuesto comunitario.

Como hemos dicho, hasta la entrada en vigor del TUE existía sólo un artículo que hacía posible la intervención de la Comunidad en el ámbito de la protección de sus intereses financieros. Se trata de la llamada cláusula de lealtad contenida en el art. 10 (anterior 5) TCE. Sobre esa norma se ha ido creando la jurisprudencia del TJCE que brevemente pasamos a exponer.

A) *La jurisprudencia del TJCE sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad*

El punto de partida de la elaboración jurisprudencial comunitaria es el razonamiento según el cual, a falta de remisión específica, los Estados miembros están obligados a establecer las normas sancionadoras necesas-

⁴⁰ Francia hizo fracasar en 1966 por su adhesión al principio de territorialidad un proyecto extremadamente ambicioso de convenio general sobre la búsqueda y castigo de infracciones relativas a los intereses financieros de la Comunidad y a la responsabilidad de los funcionarios comunitarios por actos realizados en el ejercicio de su cargo. El Convenio tenía como objetivo colmar ciertas lagunas específicas que resultaban del principio de territorialidad ya que cada Estado sólo perseguía en general las acciones delictivas que se producían en su territorio.

⁴¹ Sobre la clasificación de las infracciones contra los intereses financieros de la Comunidad, véase J. VERVAELE, *La fraude communautaire. op. cit...*, pp. 35 y ss.

rias en función del deber general de colaboración contenido en la cláusula de lealtad. A partir de ella el TJCE elaboró el principio de asimilación que obliga a los Estados, a los que está confiada la aplicación de las reglas comunitarias, a hacer efectiva esta garantía a través de su propio sistema punitivo. A tal fin, se exige que los Estados impongan sanciones análogas a las previstas en los ordenamientos nacionales, y que éstas sean «efectivas, proporcionadas y disuasivas».

A la elaboración del principio de asimilación en esos términos se llega tras una interesante evolución jurisprudencial que tiene su inicio en la sentencia AMSTERDAM/BULB, as. 50/76⁴², en la que el Tribunal establece que «el artículo 5 del Tratado CEE obliga a los Estados miembros a la elección de las medidas apropiadas, incluida la elección de sanciones, incluso penales».

La jurisprudencia posterior va matizando esa primera formulación y, sin negar que los Estados miembros conservan su discrecionalidad para determinar la naturaleza y cuantía de la pena, condiciona esa posibilidad a la exigencia de que las sanciones elegidas no constituyan obstáculos indirectos para la realización de los objetivos de los Tratados. Así se desprende de sentencias como la DONCKERWOLCKE⁴³, en el ámbito del comercio intracomunitario o la WATSON, en materia de circulación de personas⁴⁴.

Por fin, el alcance de la doctrina del TJCE sobre el principio de asimilación adquiere su formulación precisa en la sentencia de 21 de septiembre de 1989 COMISIÓN/GRECIA, as. 68/88⁴⁵. En esta sentencia el TJCE señala que en función del artículo 5 TCEE «aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo o de procedimientos a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo a la sanción».

La elección de la sanción sigue, pues, siendo competencia de los Estados miembros pero se encuentra vinculada al carácter efectivo y disuasivo de dicha sanción. De ello resulta que:

⁴² STJCE de 2 de febrero de 1977, AMSTERDAM BULB, as. 50/76, citada.

⁴³ STJCE de 15 de diciembre de 1977, DONCKERWOLCKE as. 41/76 ya citada.

⁴⁴ STJCE de 7 de julio de 1976, WATSON, as. 118/75, Rec.1975. pp. 1185 y ss.

⁴⁵ STJCE de 21 de septiembre de 1989, COMISIÓN/GRECIA, as. 68/88, citada.

1.º) Los Estados, deben reprimir los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad con la misma diligencia con la que reprimen los fraudes nacionales y que

2.º) Si el Derecho interno es insuficiente, el artículo 10 (anterior 5) TCE impone a los Estados miembros obligaciones específicas, ya que en virtud de esta obligación de colaboración general, los Estados miembros deben sancionar eficazmente las infracciones al Derecho comunitario.

B) *Evolución legislativa de la protección de los intereses financieros de la Comunidad*

La evolución jurisprudencial que hemos expuesto tiene un complemento importante en el trabajo de las instituciones cuyo objetivo es crear una regulación capaz de garantizar la eficacia de la represión penal de los fraudes comunitarios.

Los primeros tímidos intentos de intervención de la Comunidad para la protección penal de sus intereses se producen a finales de los años setenta y se traducen en la elaboración de un proyecto de Tratado. A partir de ahí se suceden las propuestas de las instituciones que culminan en la reforma del TUE en Maastricht con la inclusión en el TCE del artículo 209A TCE (hoy art. 280). También al TUE se debe la incorporación del pilar intergubernamental entonces denominado: «Disposiciones relativas a la cooperación en ámbitos de justicia y asuntos de interior» (T.VI TUE). En este último ámbito, el art.K.1 ap. 5) se refería a «la lucha contra la defraudación a escala internacional» y el ap. 7) «a la cooperación judicial en materia penal».

Tras la entrada en vigor del TUE la labor de las instituciones se desarrolla a dos niveles: el comunitario y el intergubernamental, con preferencia por este último por expreso deseo de los Estados miembros⁴⁶.

A la nueva visión de la represión de estas prácticas delictivas responde el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las*

⁴⁶ Así, el 18 de mayo de 1992, en la reunión del Consejo de las Comunidades europeas y de los Ministros de Justicia (la primera tras Maastricht) en Funchal (Portugal), las delegaciones nacionales, en el marco de la discusión del tercer pilar del Tratado de la Unión Europea (Título VI del Tratado), expresaron la preferencia por un refuerzo de la cooperación intergubernamental, más que por un desarrollo de la armonización, reforzando los trabajos del Consejo en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior.

Comunidades Europeas (CPIF), de 26 de julio de 1995, suscrito por el Consejo Europeo y pendiente de ratificación por parte de los Estados miembros. Este Convenio fue adoptado en aplicación del artículo K.3 TUE que pertenecía al mencionado Título VI. El carácter intergubernamental de esta política de la Unión explica la utilización de un instrumento de Derecho internacional clásico como es un convenio internacional.

El Convenio prevé la tipificación del delito y de la tentativa de delito de fraude a los intereses financieros de la Comunidad y en él se establece que la determinación de la existencia del delito se hará a la luz del Derecho comunitario, mientras que la determinación de la sanción concreta, así como de la imputabilidad, se regirán por las normas penales y procesales nacionales.

En el ámbito comunitario el avance más importante es la adopción del Reglamento 2988/95 de 18.12.1995⁴⁷ aplicable a fraudes, abusos y otras irregularidades consideradas infracciones administrativas. Este reglamento establece la obligación a cargo de los Estados y de las instituciones comunitarias de sancionar administrativamente las infracciones. Las sanciones previstas están sometidas al principio de legalidad y pueden ser de distintos tipos: pecuniarias, privación total o parcial de las ventajas concedidas por la norma comunitaria; exclusión o retirada del beneficio de la ventaja; retirada temporal o definitiva de la autorización para participar en regímenes de ayudas. Esta normativa es aplicable tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

Recientemente y en relación con el Derecho originario, la reforma del TUE, llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam, modifica la regulación de los intereses financieros de la Comunidad aceptando en parte las críticas de la Comisión respecto a la anterior previsión normativa⁴⁸. El nuevo

⁴⁷ DOCE, L 312 de 23.12.1995. El Reglamento fue adoptado en función del artículo 235 TCE (actual art. 308), cláusula de apoderamiento de competencias que permite a la Comunidad legislar en materias en las que en principio no posee competencias.

⁴⁸ En noviembre de 1995, la Comisión elaboró un Informe sobre la aplicación del art. 209A TCE cuyas conclusiones eran, sustancialmente, que el principio de asimilación no garantizaba la debida represión de los fraudes a los intereses financieros comunitarios. La inoperancia del principio derivaba, según la Comisión, de que no se hubiese recogido en dicha norma el necesario carácter efectivo, proporcionado y disuasivo de las sanciones como requiere la jurisprudencia comunitaria. El Informe proponía ir más allá del principio de asimilación e iniciar una labor de aproximación de las prácticas nacionales (por ejemplo de los procedimientos de recaudación) y de las sanciones administrativas.

artículo 280 TCE (antiguo 209A TCE) incorpora expresamente el principio de asimilación tal como ha sido configurado por la jurisprudencia del TJCE, recogiendo el necesario carácter disuasivo y eficaz de las sanciones. La nueva redacción merece un juicio positivo aunque no se trata más que de una formalización del criterio jurisprudencial ya consolidado. Puede, en cambio, discutirse la exclusión que hace la citada norma de una labor de armonización de la legislación penal y procesal, aunque es comprensible, hasta cierto punto, que sea así.

La reforma de Amsterdam introduce también significativas novedades en el pilar intergubernamental sobre cooperación en asuntos de justicia e interior (anterior artículo K TUE) que, en realidad, se desdobra. Por una parte, el nuevo Título VI pasa a ocuparse de: «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal». Se trata de una peculiar reforma que no sólo afecta al contenido del Título, sino, también, a su naturaleza ya que, aun sin perder su carácter de política intergubernamental, en cierta medida se acerca al pilar comunitario, pues se introducen mecanismos y controles hasta ahora limitados a este ámbito. Así, el art. 29 TUE prevé como los instrumentos de esa nueva política: «la aproximación de las normas de los Estados en materia penal de conformidad con el art.31 c»; y éste establece que las acciones comunes incluirán⁴⁹: «la adopción progresiva de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos del delito y a las penas en los ámbitos de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas». El criterio de adopción de decisiones sigue siendo la unanimidad, pero el nuevo Título introduce tres nuevos instrumentos jurídicos denominados decisiones, decisiones-marco⁵⁰ y convenios. Se trata de actos con denominación y contenido diverso de los que se adoptan en el ámbito comunitario, pero constituyen una novedad respecto a las posibilidades que, hasta el momento, poseían las instituciones de intervención legislativa en los ámbitos intergubernamen-

⁴⁹ En relación con estas normas mínimas una Declaración aneja al Tratado sobre la letra e) del art. K.3 dispone la no obligatoriedad de introducir sanciones mínimas para los Estados cuyo ordenamiento jurídico no las prevea.

⁵⁰ El artículo 34 del TUE establece que: «(...) las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y medios». Es evidente el paralelo entre las decisiones-marco y las directivas comunitarias ya que el artículo 249 TCE afirma que «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

tales, lo cual nos permite hablar de un cierto acercamiento de ambos niveles. En la misma óptica, hay que interpretar la extensión de competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con el control de los mencionados actos. En efecto, el nuevo artículo 35 TUE prevé la competencia prejudicial del TJCE sobre la validez e interpretación de las decisiones-marco y convenios y de las medidas dictadas para su aplicación. Se trata, en todo caso, de una relativa ampliación de competencias, ya que se condiciona su eficacia a la aceptación expresa por parte de los Estados miembros.

En el ámbito comunitario, el Tratado de Amsterdam introduce el nuevo Título IV sobre «libre circulación de personas, asilo y emigración», cuyo artículo 61 TCE establece en su letra e) que el Consejo adoptará: «medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal destinadas a garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y lucha contra la delincuencia dentro de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea».

Sintetizando el alcance de la reforma, podría decirse que las novedades introducidas son una puerta abierta para una más intensa labor de armonización en materia penal que debería tener como prioridad la protección de los intereses financieros de la Comunidad ya que, a pesar de los indudables avances que supone la nueva regulación, la protección de esos intereses por parte de los Estados miembros no se lleva a cabo de manera uniforme. El principio de asimilación no ha sido suficiente para evitar las diferencias de tratamiento de los delitos contra la Hacienda comunitaria. De hecho, actualmente puede hablarse de la existencia de tres modelos posibles según que la asimilación a los intereses nacionales sea⁵¹:

- Expresamente prevista: Alemania (art. 264 StGB), Italia (316 bis y 640 bis C.p), Portugal (arts. 36, 37 y 38 C.p. y Decreto-Lei n.º 28/84), España (309 y 306 Nuevo Código penal).
- Sólo admitida aplicando las normas nacionales que se refieren únicamente a la Hacienda nacional: Inglaterra, Dinamarca, Irlanda y Países Bajos.
- Puesta en duda en la medida que la legislación nacional no permite la asimilación, pues no parece cubrir todas las hipótesis de fraude comunitario: Francia en la que hay que recurrir al tipo general de

⁵¹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Incompatibilités entre systèmes juridiques et mesures d'harmonisation: Rapport finale du groupe d'experts*, op. cit..., pp. 97 y ss.

la estafa del artículo 313-1 NC.p., al de falsedad documental de los arts. 441-1-2-3-7-8 NCp o a las leyes especiales sobre fraudes y falsificaciones en materia de servicios o productos de la Ley de 24 de enero de 1978; Bélgica en la que el Real Decreto de 31 de marzo de 1993 relativo a falsa declaración para obtención de la subvención no parece aplicable a las subvenciones comunitarias; Grecia cuyo Código penal tipifica fraudes en detrimento del Estado y otros organismos públicos sin mencionar la Comunidad Europea.

Para corregir esas deficiencias, la intervención de la Comunidad se ha movido, como hemos visto, en torno a tres diferentes ejes: la elaboración jurisprudencial de principios comunes aplicables a las sanciones —como el principio de asimilación—; la cooperación intergubernamental —que encuentra su fundamento en las relaciones intergubernamentales de la Comunidad— y, por último, la armonización de las legislaciones nacionales, realizada a través de Convenios —como el CPIF—, o mediante normas de Derecho comunitario —como el ya mencionado Reglamento 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995—.

Cada una de estas tres técnicas presenta, sin embargo, ciertos problemas. Así, el principio de asimilación no se ha demostrado eficaz y capaz de garantizar un tratamiento no discriminatorio entre los agentes económicos de los diversos Estados miembros. La cooperación no acaba de arrancar y, en la medida que utiliza instrumentos de Derecho internacional, complica el ya complejo sistema represivo europeo. Por último, la armonización es sólo embrionaria, pero, como la cooperación, puede llevar a una excesiva complejidad. Por estas razones está justificado pensar que la única alternativa a las actuales disfunciones derivadas de la diversidad de regulaciones penales consiste en avanzar por el camino de la unificación⁵².

⁵² Respecto al fraude a los intereses financieros de la Comunidad, el grupo de expertos encargado de la elaboración del *Corpus Iuris* partía de la premisa de que: «en efecto la represión de esta criminalidad se encuentra con obstáculos que responden a la discontinuidad de la acción represiva (la competencia de las autoridades represivas se circunscribe en lo esencial a las fronteras nacionales) y a la disparidad de los sistemas en los que se basa». M. DELMAS-MARTY y otros, *Hacia un espacio judicial europeo, Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, 1997, p. 9.

2. EL *CORPUS IURIS*

Justamente es la idea de la unificación la que ha inspirado la elaboración por parte de un grupo de expertos de «un conjunto de reglas penales que constituyen una especie de *Corpus Iuris* limitado a una serie de infracciones y destinado a asegurar, en un espacio judicial europeo medianamente unificado, una represión más justa y más eficaz»⁵³. Un análisis pormenorizado del texto resulta imposible en estas líneas, por lo que debemos limitarnos sólo a una breve descripción.

El *Corpus Iuris* está dividido en dos partes: Derecho penal y Procedimiento penal. Cada una de ellas contiene una serie de principios, reglas y comentarios, a las que sigue una parte dispositiva. Esas reglas, se dice en la introducción: «obedecen a los principios rectores ya pertenecientes a la tradición jurídica europea común, tal y como se ha elaborado en el curso de la historia y como, por otra parte, la consagran los principios fundamentales de derecho comunitario interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) y el Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (CEDH)»⁵⁴.

En la primera parte, dedicada al Derecho penal, se definen ocho infracciones: fraude al presupuesto comunitario y fraude en subastas y concursos públicos; corrupción, ejercicio abusivo del cargo, malversación, revelación de secretos oficiales; blanqueo y receptación y asociación ilícita. Para hacer eficaz su represión se parte del principio de territorialidad europeo —expresión del espacio judicial europeo—, que se concreta en la creación de un Ministerio público europeo: órgano único y centralizado que coordina la labor de los Fiscales Europeos Delegados elegidos en los Estados miembros en el seno de la carrera fiscal. La garantía judicial corre a cargo de las jurisdicciones nacionales en lo que se refiere al control de las investigaciones, fallo y recursos ordinarios, y del TJCE por lo que respecta a los recursos de interpretación.

El *Corpus Iuris* es, y en este sentido hay que valorarlo, un primer intento de puesta en común del patrimonio penal europeo, que tiene la virtud de intentar una síntesis de las soluciones más adecuadas contenidas en los distintos ordenamientos penales de los Estados miembros. Pero, no hay que olvidarlo, no es aún más que una propuesta.

⁵³ *Corpus Iuris*, p. 22.

⁵⁴ *Ibidem*.

IV. CONCLUSIONES

Al final la pregunta que encabeza estas reflexiones conclusivas es la misma que se formulaba al inicio de este trabajo, es decir: si es deseable y posible un Derecho común penal europeo. La respuesta debe pasar por admitir que el sistema actual de articulación entre Derecho comunitario y Derechos penales nacionales es claramente insuficiente y es urgente buscar soluciones. Una de ellas sería avanzar hacia la elaboración de un sistema penal comunitario, optando por la unificación⁵⁵.

Necesariamente una labor de unificación debe proceder paso a paso, comenzando por los aspectos más cercanos a la Comunidad como los intereses financieros comunitarios. Para ello, previamente, hay que modificar la concepción de esos intereses viéndolos desde la óptica de la aparición de unos nuevos bienes jurídicos protegidos de carácter supranacional, que exigen para su eficaz protección un nuevo Derecho común, también de carácter supranacional. El fundamento de éste último se encontraría, pues, en el hecho de que: «el nacimiento de organismos supranacionales, que reemplazan a los Estados en la gobernación de importantes sectores de la vida económica y que están facultados para emitir disposiciones dotadas de eficacia directa en el territorio de los Estados miembros, implica la aparición de un haz de posibles objetos de tutela penal (bienes jurídicos, en terminología penal)»⁵⁶.

Si se acepta la existencia de estos bienes jurídicos supranacionales es posible defender, para los delitos cometidos contra ellos, el «desarrollo de un sistema autónomo de sanciones específicas»⁵⁷, es decir, de un Derecho penal autónomo de la Comunidad que supere la insuficiente protec-

⁵⁵ La posibilidad de elaborar un Derecho penal común europeo tiene ya una cierta tradición en la doctrina penal europea. Véanse, por ejemplo, H. H. JESCHECK, «L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione», *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 1971, pp. 633 y ss.; C. PEDRAZZI, «Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità Economica Europea», en *L'Indice penale*, n.º 3-1967 y M. RIGAUX, «Sur la route du droit pénal européen», en *Revue de Droit penal et criminologie*, n.º 7-1973, pp. 648 y ss.

⁵⁶ G. GRASSO, *Comunidades Europeas y Derecho penal*, op. cit., p. 45.

⁵⁷ B. VILÁ COSTA, «Régimen jurídico de las sanciones por las infracciones a las normas comunitarias», en *Rev. Inst. Europeas*, Madrid, sep-nov, 1992, pp. 814 y 815.

ción derivada de la asimilación de fondos comunitarios con los fondos nacionales en materia de sanciones⁵⁸.

Todo esto exige tener que elegir entre las soluciones que aportan los distintos sistemas penales, lo cual implica, como es lógico, hacer un estudio comparado de las regulaciones de los Estados miembros. Sólo así se podrá garantizar que esas posibles opciones respondan a la tradición jurídica europea y sean las más eficaces desde el punto de vista de la garantía de los derechos de los europeos, evitando las actuales discriminaciones.

Ahora bien, lo anteriormente propuesto encuentra un obstáculo evidente en la ausencia de competencias penales de la Comunidad Europea y la posible atribución de esa competencia, por lo general, se niega. La razón más frecuente para rechazar la atribución de competencias penales a la Comunidad tiene su fundamento en el proceso decisorio comunitario. Éste no parece compatible con el principio de legalidad, reconocido en los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en función del cual se confía al órgano representante de la voluntad popular el monopolio legislativo en materia penal. El respeto a este principio hace difícil admitir una actividad normativa del Consejo en materia penal (por vía reglamentaria), sin que la mayor implicación del Parlamento a través del procedimiento legislativo de codecisión —introducido por el TUE—, sea razón suficiente para considerar legitimado democráticamente el proceso de toma de decisiones en la Comunidad. A este respecto quizás hay que empezar por discutir esa falta de legitimidad, por lo menos del Derecho originario; y en todo caso, admitido que la actividad normativa de las Comunidades tiene repercusiones penales, el problema no es tanto negar la competencia penal de la Comunidad sino mejorar la legitimación del procedimiento legislativo comunitario.

Sí es cierto, en cambio, que, aunque se consiguiese la democratización del proceso legislativo comunitario, quedaría sin resolver el problema del control constitucional de eventuales normas comunitarias de carácter penal, ya que la producción legislativa comunitaria está controlada

⁵⁸ De manera similar para los delitos de funcionarios comunitarios podría pensarse en «un sistema propio de sanciones, quizá inspirado en un substrato de reglas deontológicas comunes a las distintas administraciones» basado en el Protocolo sobre la responsabilidad y la protección en materia penal de los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas de 1976, cfr. B. VILÁ COSTA, *Idem*.

exclusivamente por el TJCE, sin que quepa intervención de los órganos jurisdiccionales internos⁵⁹.

En cualquier caso, lo anterior demuestra que el problema de la posible atribución de competencias penales a la Comunidad es más político que jurídico. La elaboración de un Derecho común penal se encuentra vinculada a la evolución política de la Comunidad, y en última instancia a la idea de dotar a la Unión Europea de una Constitución que recoja lo mejor de la tradición europea en materia de derechos humanos y resuelva el problema de falta de legitimidad democrática en la toma de decisiones de la Comunidad Europea.

Mientras se llega a eso —si se llega— debemos buscar la respuesta que ponga fin a las numerosas carencias y conflictos que se producen en este ámbito y el primer paso de ese proceso es aceptar que la limitación de la soberanía estatal en materia penal se ha producido ya; porque de otra manera no será posible imaginar una política penal común cuya base radique en el reconocimiento y establecimiento de principios comunes y de reglas precisas idénticas que aseguren la compatibilidad de los sistemas nacionales y eviten las actuales disfunciones que se originan en la articulación de Derecho comunitario y Derecho penal.

Y no hay que olvidar que la historia del viejo continente demuestra que la unificación penal no es pura utopía.

SUMMARY

The present system articulating European Community Law and the various National Criminal Law systems is clearly insufficient and solutions need to be found urgently. One of them might be a common criminal system, which implies unifying. This unification should be carried out gradually, beginning with the community's financial interests, newly protected legal assets of a supranational character which need a new common law, likewise of supranational character if they are to be really protective. Evidently we have to bear in mind that the possibility of a common criminal law is linked to the political development of the Community, and ultimately to the idea of a European Union Constitution which would solve the problems of the lack of democratic legitimacy which surfaces whenever the Community takes its decisions. But until this takes place, we ought to think about a common criminal policy to solve the existing disfunctions arising from the clash between Community Law and National Criminal Laws, all the while bearing in mind that the History of the Old Continent demonstrates that criminal unification is no Utopia.

⁵⁹ G. GRASSO, *Comunidades Europeas...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

RÉSUMÉ

Le système actuel d'articulation entre le Droit communautaire et les Droits pénaux nationaux étant nettement insuffisant, il est donc urgent de chercher des solutions. L'une d'entre elles consisterait à élaborer un système pénal communautaire en vue d'arriver à une unification. Celle-ci devra se faire peu à peu en commençant par les intérêts financiers communautaires: nouveaux biens juridiques protégés de caractère supranational qui exigent pour leur efficace protection un nouveau Droit commun de caractère supranational. On ne peut manifestement pas ignorer que l'élaboration de ce possible Droit pénal commun est étroitement liée à l'évolution politique de la Communauté, et, par là même, à l'idée de doter l'Union Européenne d'une Constitution susceptible de résoudre le problème du manque de légitimité démocratique lors de la prise de décisions communautaires. Dans cette attente il faut donc penser à construire une politique pénale commune qui puisse résoudre les actuelles disfonctions causées par le point de rencontre entre Droit communautaire et Droit pénal. Sans pour autant oublier que l'histoire du vieux continent démontre que l'unification pénale n'est pas une pure utopie.