

LAS RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO COMUNITARIO: ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS*

LORENZO PICOTTI**

Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Estudios de Trento

Sumario

Introducción. Parte I: La llamada «europeización» del derecho penal. 1. La ciencia del derecho penal ante la «frontera móvil» del Derecho comunitario. 2. Intereses de la Comunidad e intereses de relevancia comunitaria: nuevas exigencias de tutela penal y límites competenciales de las instituciones europeas. 3. Las principales características del proceso de «europeización» de los derechos penales nacionales. 4. El actual *acquis communautaire* en materia de sistemas sancionadores punitivos. 4.1. Sobre el sistema de sanciones administrativas comunitarias. 4.2. Elementos de armonización del Derecho penal sustantivo en el ámbito comunitario. Parte II: Sobre la propuesta de introducir un verdadero y propio sistema de «Derecho penal comunitario» para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea. 5. La propuesta de la Comisión Europea contenida en

* Traducción al español de Ana María Prieto del Pino, profesora asociada a tiempo completo del área de Derecho penal de la Universidad de Málaga. Conferencia pronunciada en la Universidad de La Laguna en noviembre de 2002.

** Profesor ordinario de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de los Estudios de Trento y Presidente Vicario del Centro de Derecho penal tributario de Torino, miembro de la Asociación de juristas por la tutela penal de los intereses comunitarios.

el «Libro Verde sobre la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y sobre la creación de una Fiscalía europea». 6. Valoración del planteamiento general de la propuesta. 6.1. Presupuestos estructurales. 6.2. Presupuestos normativos: el art. 280 del Tratado de la CE y el principio comunitario de subsidiariedad en la materia penal. 6.3. Presupuestos culturales. 6.4. El planteamiento general del «Libro Verde»: observaciones críticas. 7. Sobre las reglas suplementarias de «parte general» que sería necesario introducir. 8. Las figuras delictivas del sistema de Derecho penal comunitario. 9. Consideraciones finales.

Introducción

Si hasta hace más de 20 años se aceptaba sin discusión la ajenidad del Derecho penal respecto del Derecho comunitario y, por lo tanto, se descartaba —al igual que cualquier competencia de la Comunidad europea en la materia— la existencia y, según la mayor parte de las opiniones, la posibilidad incluso de que existiese un «Derecho penal comunitario»¹, hoy la cuestión se plantea en términos radicalmente distintos.

¹ La tradicional convicción extendida hasta los años ochenta con arreglo a la cual el «Derecho penal no forma parte de las competencias de la Comunidad, sino de las de cada uno de los Estados miembros», se expresaba oficialmente, por ejemplo, en la *Octava relación general sobre la actividad de las Comunidades Europeas de 1975*, citada en el preámbulo del conocido trabajo de GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, Milán, 1989, p. 1, que se remite para ulteriores referencias a la acorde jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la doctrina véase, por todos, la lúcida posición de PEDRAZZI, C., *Droit communautaire et droit pénal des États membres*, en *Droit communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano, 1981, p. 49 s., y en particular p. 50, el cual, tras haber subrayado que también el sector penal de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, está sujeto al principio de primacía del Derecho comunitario, no susceptible de limitaciones —según la doctrina del Tribunal de Justicia de la CE— según las diversas materias, repetía sin embargo que tal primacía no se habría podido expresar «al menos sobre la base del actual estado de los Tratados y de los sistemas nacionales» a través de la creación de nuevas normas incriminadoras ni siquiera en las materias de competencia comunitaria, dado el necesario respeto a los principios fundamentales con valor de garantías constitucionales como el de legalidad penal. Para otros perfiles véase también *idem*, «L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto italiano», en CAPPELLETTI, M., y PIZZORUSSO, A. (curatori), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982, p. 609 s.

En efecto, es preciso examinar la evolución de las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario que se ha verificado en estos años ante la exigencia de tutela de «nuevos» intereses comunitarios o de relevancia comunitaria (apdo. 2), definible sintéticamente como proceso de «europeización» del Derecho penal, de cada uno de los Estados miembros (apdo. 3), que se ha visto acompañada por la formación de un Derecho sancionador punitivo de origen comunitario y por el surgimiento de elementos de armonización también del Derecho penal en sentido estricto (apdo. 4).

Sólo tras realizar la referida incursión, a la que se dedica la Parte Primera de este trabajo, será posible verificar en la Segunda Parte si se puede decir que hoy se dan los presupuestos estructurales, normativos y culturales (apdo. 6) para la creación de un verdadero y propio «Derecho penal comunitario», a la luz del cual valorar las iniciativas concretas adoptadas por la Comisión Europea con el apoyo del Parlamento de Estrasburgo para elaborar el proyecto de *Corpus Juris*, que contiene normas de Derecho penal material y procesal dirigidas a tal fin. Y, en particular, la última reelaboración de tal propuesta, contenida en el «Libro Verde sobre la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y sobre la creación de una Fiscalía europea», presentado por la Comisión en diciembre de 2001 (apdo. 5).

De las numerosas cuestiones sobre las que versa el examen aludido, se abordarán en particular las de Derecho material que conciernen al planteamiento de fondo de la propuesta de la Comisión (apdo. 6.4), la disciplina de la parte general (apdo. 7) y algunos rasgos relativos a las concretas figuras incriminadoras seleccionadas (apdo. 8), realizando luego valoraciones críticas conclusivas sobre las perspectivas y condiciones de aplicación de la propia propuesta (apdo. 9).

PARTE I

LA LLAMADA «EUROPEIZACIÓN» DEL DERECHO PENAL

1. La Ciencia del Derecho penal ante la «frontera móvil» del Derecho comunitario

No poco tiempo ha transcurrido desde que nuestro querido maestro, Franco Bricola, con previsión de estudio profundo y abierto a la comparación jurídica y, por ello, sensible también a la evolución de la realidad existente fuera del mundo del Derecho, escribía al concluir un estudio sobre la protección penal de los intereses de la Comunidad

Europea que la opción entre las posibles soluciones dirigidas a colmar el *vacío de tutela* que aquéllos padecían, estaba condicionada, además de por factores jurídicos no despreciables, por «preeminentes factores políticos»².

En este campo es verdaderamente fuerte e inmediato el influjo estructural de las condiciones políticas, además de las económicas, que determinan el delicado equilibrio entre Comunidad y Estados miembros, no concebible como dato jurídicamente estático e inmutable, sino, sobre todo, como «frontera móvil» en evolución incesante, que encuentra reflejo en los límites de las competencias atribuidas a las instituciones europeas, así como, correlativamente, en la expansión e incidencia del propio Derecho comunitario en los diversos ordenamientos nacionales.

En un intento de esbozar un sintético cuadro de esta evolución hasta la actualidad, se puede decir que el desarrollo del mercado común, con el complejo de reglas que lo han hecho posible y lo rigen, ha interactuado con la progresiva potenciación de la Comunidad Europea y del ordenamiento jurídico comunitario, capaz de producir normas propias dotadas de *supremacía* y de *eficacia directa* en las confrontaciones con las nacionales³. Por ello, este último se ha expandido en una medida y con un poder de penetración cada vez mayores, rebasando las meras relaciones económicas de producción e intercambio, y llegando a implicar a las relaciones sociales con y entre los ciudadanos europeos y con las instituciones comunitarias en general.

El «Derecho vivo» en los diversos ordenamientos nacionales se ha ido adecuando así progresivamente a las exigencias siempre nuevas del Derecho comunitario, experimentando su influjo de manera cada vez más incisiva y amplia.

² BRICOLA, F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee* (1968), ahora en *Scritti di diritto penale*, II, 2, Milano 1997, p. 2358 s., 2385.

³ El principio, enunciado en el artículo 249 (ahora artículo 189) del Tratado de la CE ha sido ampliamente aclarado y aplicado en su más amplio alcance por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE (véase por todas la conocida sentencia de 9 de marzo de 1978, causa C-16/77, SIMMENTHAL, en *Raccolta ufficiale*, 1978, p. 629 s.) y, por lo tanto, aunque con cierta lentitud y algunas contradicciones, está plenamente reconocido también por la jurisprudencia interna de los Estados miembros. En Italia el desarrollo importante lo marca la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 1984, n. 170, en *Foro italiano*, 1984, 1, p. 2064 s., con comentario de TIZZANO.

Este proceso ha afectado, con algunas resistencias peculiares, también al Derecho penal⁴. En efecto, por un lado, la materia penal no se encuentra entre las competencias comunitarias explícitas, habiendo sido originariamente ignorada, más que excluida, por los Tratados, y luego, conscientemente mantenida fuera del ámbito de las normas derivadas. Y ello, no sólo por la celosa defensa de su específica connotación nacional por parte sobre todo de algunos de los Estados miembros, que la consideran símbolo de soberanía⁵, sino también por preeminentes razones de garantía de los derechos fundamentales de la persona —partiendo del respeto del principio de legalidad, que ha de ser rigurosamente salvaguardado en esta materia— en cuanto resultantes de las «tradiciones constitucionales comunes» de los propios ordenamientos europeos⁶.

Por otra parte, las figuras penales nacionales, cada vez con más frecuencia, establecen sanciones de conformidad con lo establecido en las

⁴ Un lúcido cuadro de los diversos planos de inserción entre Derecho penal y Derecho comunitario ha sido ofrecido recientemente por BERNARDI, A., «I tre volti del "diritto penale comunitario"», en PICOTTI, L. (curatore), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 41 s. Para un examen más amplio, sobre todo a la luz de la labor propulsora del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, véase RIONDATO, S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; para una síntesis esencial, MANACORDA, S., «Unione europea e sistema penale», en *Studium juris*, 1997, p. 952 s.; y ya *idem*, «L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale», en *Foro italiano*, 1995, IV, p. 55 s.

⁵ Para una profunda reconstrucción general de las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario *cfr.* GRASSO, G., *Comunità europee*, cit., con amplias referencias bibliográficas, y en particular p. 204 s. para el examen de los diversos intentos de la Comisión Europea de introducir un verdadero sistema de Derecho penal comunitario (véase —con actualizaciones— también la traducción al español realizada por GARCÍA RIVAS, *Comunidades Europeas y Derecho penal*, Castilla-La Mancha, 1993).

⁶ Para una atenta reconstrucción véase GRASSO, G., «La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri», en *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 617 s.; así como BERNARDI, A., «"Principi di diritto" e diritto penale europeo», en *Annali dell'Università di Ferrara*, 1998, p. 57 s.; Por último la importante reconstrucción de PALAZZO, F., «Die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichts und die europäischen Prinzipien des Strafrechts», en TIEDEMANN, K. (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik*, Köln, 2001, p. 23 s. Permisamente, por otra parte, remitir para un examen reciente de la problemática en el ámbito del derecho internacional a PICOTTI, L., «I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale», en *I diritti fondamentali in Europa (Atti del Convegno di Taormina, 30 e 31 maggio - 1° giugno 2001)*, en prensa, también en *Indice penale*, 2003, n. 1, con referencias bibliográficas esenciales.

regulaciones y las normas extrapenales contenidas u originadas por reglamentos y Directivas comunitarias, o bien interfieren con ellas. Tal es el caso de la regulación de la banca y de los mercados financieros, de la materia ambiental, de la seguridad en los lugares de trabajo, de la libertad de establecimiento y de ejercicio de las profesiones en todo el territorio comunitario, etc.

En verdad, el referido vacío de tutela penal de los intereses comunitarios o de los que han devenido relevantes para la Comunidad entera, que serán abordados de manera más analítica en el siguiente apartado, ha sido suplido a través del recurso al Derecho penal de los Estados miembros.

La consecuencia del doble condicionamiento aludido ha sido que, no de una forma distinta a la de otras ramas de los ordenamientos jurídicos nacionales, el Derecho penal ha debido y debe no sólo hacerse *compatible* con el comunitario, absteniéndose de interferir con él, sino también *adecuarse* positivamente a las nuevas exigencias de tutela que nacen de la existencia, de la acción y de la normativa de la Comunidad Europea, suministrando —si es necesario— la correspondiente defensa sancionadora.

Por consiguiente, también la Ciencia penal, que durante largo tiempo se había ocupado sólo marginalmente de estos temas, ha debido tomar conciencia de la evolución en curso y se está enfrentando hoy, de manera amplia y profunda, con el transformado cuadro jurídico y estructural⁷.

Ahora bien, sólo la conciencia del connatural dinamismo y de la potencialidad innovadora que caracteriza a las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario podrá hacer abandonar definitivamente a los penalistas aquella actitud cultural proclive a la conservación y a la consolidación de lo existente, que demasiado a menudo los distingue, y favorecer la búsqueda de nuevas soluciones hermenéuti-

⁷ En la doctrina italiana, a las obras «clásicas» de RIZ, R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984 (más recientemente también *idem*, «Unificazione europea e presidi penalistici», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 179 s.) y GRASSO, G., *Comunità europee*, cit. —así como, entre sus otras muchas aportaciones, *idem*, «La formazione di un diritto penale dell'Unione europea», en *idem* (curatore), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 1 s.— se suman las aportaciones más recientes de PALIERO, C. E., «La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 466 s., y ahora también DONINI, M., «Sussidiarietà penale e diritto comunitario», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, en prensa.

cas, de originales sistematizaciones dogmáticas y de adecuadas propuestas de reforma.

2. Intereses de la Comunidad e intereses de relevancia comunitaria: nuevas exigencias de tutela penal y límites competenciales de las instituciones europeas

En el plano sustancial, la expansión de los medios y campos de intervención y actuación de la Comunidad Europea ha hecho surgir nuevas exigencias de tutela, encomendándolas —si es necesario— también a las sanciones penales cuando se trata de intereses que gozan de específica relevancia comunitaria en el plano de su *titularidad* o bien de sus *contenidos*, caracterizados por una nueva dimensión supranacional.

Así, se pueden distinguir dos categorías fundamentales de intereses considerables como de relieve comunitario: los «*propios*» de la Comunidad Europea, como sujeto jurídico autónomo, dotado de instituciones propias y de un aparato administrativo y organizativo propio, distinto del de los Estados nacionales o de otros entes; y los «*comunes*», que han adquirido relevancia comunitaria por la nueva dimensión supranacional determinada por las acciones de la propia Comunidad en un contexto de integración económica, política y social cada vez más estrecha⁸.

Emblemáticos dentro de la primera categoría son los intereses financieros de la Unión Europea, estrechamente conectados a la expansión del presupuesto comunitario, que ya ha asumido dimensiones considerables, con paralelo incremento también de las lesiones a las que están expuestos y de los correspondientes daños para todos los contribuyentes europeos. Como demuestran los organismos competentes para combatir los fraudes y las irregularidades en la percepción y des-

⁸ En parte era distinta la bipartición propuesta ya por GRASSO, G., *Comunità europee*, cit., p. 9 s., que hablaba de intereses «institucionales» ligados a la *existencia* de las Comunidades Europeas y al ejercicio de sus poderes; y de intereses en cambio emergentes de las actividades de las Comunidades en su concreto desenvolvimiento fundamentalmente concerniente a los sectores económicos, en los que se encuadraba también el ámbito específico de la captación abusiva de subvenciones comunitarias (p. 17 s.): éste parece sin embargo que ha de reconducirse a los intereses sobre todo —pero como se explicará no sólo— «patrimoniales» *propios* de las Comunidades.

tino de los recursos comunitarios⁹, dichas agresiones se manifiestan con alarmante intensidad y frecuencia, no sólo de cara al exterior, sino también en el interior de las instituciones comunitarias, dado el estrecho vínculo existente entre fraudes, por un lado, y actos de corrupción por otro, además de —a menudo— actividades de blanqueo de las correspondientes ganancias. Una corrupción que, concretamente, ha llegado clamorosamente a conocimiento de la opinión pública con ocasión del escándalo que hace algunos años alcanzó a la propia Comisión Europea, dando lugar a la reforma de los mecanismos de gestión y de control de los recursos financieros¹⁰.

Hoy día resulta claro que, frente a la cada vez más amplia capacidad de gasto y de financiación de la que disponen las instituciones comunitarias y de las cada vez más extendidas competencias decisorias de sus órganos y funcionarios, con creciente incidencia sobre el desenvolvimiento cotidiano de la vida económica y social de los operadores, de los ciudadanos y de las propias instituciones y acciones de los Estados europeos, los bienes jurídicos *imparcialidad*, *corrección* y *buen funcionamiento* de la Administración y de las agencias comuni-

⁹ La referencia se hace en particular a la OLAF, la Oficina para la lucha contra el fraude, establecida por decisión de la Comisión del 28 de abril de 1999 en lugar de la disuelta UCLAF, a la cual se le confiere una más amplia autonomía respecto de la propia Comisión y de las otras instituciones europeas para garantizar un control también interno de las mismas que, con anterioridad, se reveló totalmente insuficiente. De los Informes anuales, realizados primero por la UCLAF y ahora por la OLAF, que ofrecen una evaluación periódica del impacto y de las principales clases de fraudes e irregularidades que lesionan el balance comunitario, se desprende un monto de los daños irrogados tan sólo por las violaciones denunciadas oficialmente que gira en torno al 5% del propio balance, estimándose sin embargo que con los daños presuntos, en atención al alto número de casos no probados, se llega al 20% (véase al respecto la amplia investigación de SIEBER, U., «Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, p. 358 s.). El último Informe anual de la OLAF, sobre el año 2000 (Doc COM/2001/255, p. 70), arroja la cifra de 6.915 casos de fraude registrados, con un impacto de 2.030 millones de euros.

¹⁰ Es famoso el escándalo que ha obligado a dimitir antes de la conclusión del mandato a la Comisión Europea entera, presidida por Santer, que se ha visto seguida —sobre la base de un informe elaborado por expertos designados al efecto, con sus correspondientes propuestas de reforma— por una reorganización institucional, caracterizada entre otras cosas por la mencionada creación de la OLAF en sustitución de la UCLAF. Sobre esta cuestión y, en especial, sobre las estrategias para reformar la Comisión y lograr una prevención y lucha contra el fraude y la corrupción más eficaces, véanse el Libro Blanco – Reforma de la Comisión COM (2000) definitivo, de 5 de abril de 2000, y la Comunicación de la Comisión sobre la Tutela de los intereses financieros de las Comunidades. Lucha contra el fraude. Para un enfoque estratégico global COM (2000) 358 definitivo, de 28 de junio de 2000.

tarias se revelan no menos importantes y necesitados de tutela que los intereses financieros en sentido estricto.

La segunda categoría —más variada— de intereses supranacionales, de la cual emerge la necesidad de tutela también a través de sanciones penales, está constituida por aquellos bienes jurídicos que en sí mismos nacen en una dimensión nacional (son tales, por ejemplo, la competencia, el desarrollo económico, la moneda, el medio ambiente, la salud, la seguridad en los puestos de trabajo, el empleo, etc.), pero que han adquirido ya una específica *relevancia* «comunitaria» y, así, una nueva *calidad*, en virtud de las «acciones» de la Comunidad que los asumen, tutelan o desarrollan para la persecución de los objetivos establecidos por los Tratados.

Considérese, ante todo, el artículo 2 del Tratado CE, que asigna a la Comunidad Europea la misión de promover —mediante la instauración de «un mercado común» y de «una unión económica y monetaria», así como la ejecución de las políticas y de las acciones comunes a las que se refieren los sucesivos artículos 3 y 4— un «desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas», un crecimiento no inflacionista y un elevado grado de convergencia de los resultados económicos, un «elevado nivel de protección del ambiente y su mejora», «un elevado nivel de empleo y de protección social», la mejora de la «calidad de vida», la cohesión económica y social», así como la «solidaridad entre los Estados miembros».

Los objetivos comunitarios individualizan así, directa o indirectamente, una amplia gama de intereses o bienes jurídicos a desarrollar y proteger, que encuentran concreción en las sucesivas disposiciones a partir del art. 3 del Tratado de la CE, conforme al cual la acción de la Comunidad comporta no sólo la prohibición de aranceles aduaneros entre los Estados miembros (letra *a*), sino, más radicalmente, la eliminación de los obstáculos a la «libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» (letra *c*), y ahora, además, de las informaciones (gracias —entre otras cosas— a las redes telemáticas trans-europeas, a las que se refiere la letra *o*); la introducción de una «moneda única» conforme al art. 4 del Tratado de la CE, que ha devenido ya también materialmente «común» entre muchos de los Estados miembros con la adopción del euro¹¹; un régimen que, también a tra-

¹¹ Sobre las repercusiones incluso penales de la regulación comunitaria para la tutela del euro me remito al exhaustivo cuadro delineado por VERVAELE, J. A. E., «La contraffazione dell'euro: verso una federalizzazione del diritto nell'Unione Europea?» (trad. it. a cura di E. Fronza), en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, n. 4, en prensa.

vés de la «aproximación de las legislaciones» necesaria para el funcionamiento del mercado interior (letra *h*), garantice que la «competencia no sea falseada» (letra *g*); «políticas comunes» en materia comercial (letra *b*), de agricultura y pesca (letra *e*), transportes (letra *f*), sector social (letra *j*) y medio ambiente (letra *l*); la promoción de las políticas de empleo (letra *i*); la competitividad de la industria (letra *m*); la investigación y el desarrollo tecnológico (letra *n*); la protección de la salud (letra *p*) y de los consumidores (letra *t*); etc.

Una pluralidad de intereses individuales y colectivos articulada de este modo, a menudo de importancia primaria, necesita, evidentemente, ser tutelada a través de instrumentos sancionadores, que deben ser de naturaleza penal allí donde ello venga exigido para asegurar eficazmente el ejercicio y, más aún, los resultados de las «acciones» comunitarias con las que están vinculados.

Ahora bien, a falta de una competencia normativa reconocida para establecer directamente y, sobre todo, para hacer aplicar después sanciones de naturaleza penal, las Comunidades hasta ahora han recurrido a medidas de naturaleza solamente *administrativa*, abarcadas, explícita o implícitamente, por sus atribuciones¹², y empleando después los recursos penales de los Estados miembros sobre la base del denominado principio de *garantía*¹³.

¹² Sobre la amplitud cada vez mayor del sistema de sanciones administrativas del que puede disponer la Comunidad, incluso más allá de las expresamente previstas por los tratados en materia de competencia, véase la fundamental sentencia del tribunal de Justicia CE de 27 de octubre de 1992, causa C-240/90, la Comisión contra la República Federal de Alemania, y —entre los muchos existentes— el profundo comentario de GRASSO, G., «Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 740 s.; así como el posterior Reglamento comunitario n. 2988/95, de 18 de diciembre de 1995, que ha establecido reglas y principios generales sobre la materia. Para una amplia reconstrucción crítica y sistemática véase en la doctrina italiana, recientemente, MAUGERI, A., «Il regolamento n. 2988/95: un modelo di disciplina del potere punitivo comunitario», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, p. 527 s y 929 s.

¹³ El principio, vinculante para los Estados miembros, ha sido recibido por la jurisprudencia del tribunal de Justicia que ha encontrado el fundamento normativo en la obligación de solidaridad comunitaria, establecida por el artículo 5 (ahora 10) del Tratado de la CE, según el cual, los Estados, para asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario y «ayudar a la Comunidad en el cumplimiento de sus propias misiones», *deben* «adoptar todas las medidas de carácter general o particular» adecuadas a tal fin, incluidas, si es necesario, sanciones de naturaleza penal, que deberán ser de naturaleza y entidad análogas a las previstas por violaciones similares del derecho nacional y, asimismo, «eficaces, proporcionales y disuasorias» (Tribunal de Justicia de la CE, de 21 de septiembre de 1989, causa C-68/88, la Comisión contra Grecia, en *Raccolta ufficiale*, p. 2965 s.; y entre las muchas pos-

En verdad, a partir del Tratado de Maastricht de 1992 la «materia penal» está explícitamente mencionada en el ámbito del llamado Tercer Pilar de la Unión Europea, cuyo objetivo fundamental es crear y desarrollar un único «*espacio de libertad, seguridad y justicia*» sobre todo el territorio común (artículo 2 del Tratado de la UE). Pero los instrumentos jurídicos previstos a tal fin por el Título VI del Tratado de la Unión se refieren expresamente tan sólo a la «*cooperación de policía y judicial en materia penal*», promovida por el Consejo con acuerdos intergubernativos a través de los que —por unanimidad— se pueden establecer Convenciones internacionales y adoptar decisiones-marco, posiciones comunes o simples decisiones (artículo 34 del Tratado de la UE), que no tienen jamás «eficacia directa», y, por tanto, requieren siempre una posterior puesta en práctica a través de las normativas estatales internas.

Especialmente después de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam de 1997, en cuanto concierne en particular a la previsión de las decisiones-marco dirigidas a la «aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros» (artículo 34, apartado 2, letra b, del Tratado de la UE)¹⁴, el recurso a dichos instrumentos asumiendo un papel cada vez más relevante en sectores muy significativos, que van desde la lucha contra el terrorismo internacional y contra la delincuencia organizada¹⁵ —compre-

teriores: Tribunal de Justicia de la CE de 27 de febrero de 1997, causa C-177/95, *Ebony Maritim y Loten Navigation* contra el Prefecto de la provincia de Brindisi; Tribunal de Justicia de la CE de 8 de julio de 1999, causa C-186/98, *Nunes y de Mato*).

¹⁴ En el plano práctico, las decisiones-marco se asemejan a las directivas de armonización previstas en el ámbito del Primer Pilar, en la medida en que establecen objetivos y términos vinculantes «en lo que respecta al resultado a obtener», sin perjuicio de la «competencia de las autoridades nacionales en lo concerniente a la forma y a los medios» para conseguirlo (art. 34, apartado 2, letra b, del Tratado de la UE). Sin embargo, su no ejecución cobra trascendencia sobre todo en el plano político, no comportando sanciones jurídicas formales (excepto el procedimiento extremo al que se refiere el artículo 7 del tratado de la UE en el caso de «violación grave y persistente» de los principios fundamentales de la Unión) como el sometimiento al proceso por incumplimiento de las obligaciones nacidas del tratado de la CE (artículos 226 y siguientes del Tratado de la CE) o la responsabilidad resarcitoria del Estado por los consiguientes daños (fundamentada por el Tribunal de Justicia sobre el principio al que se refiere el artículo 10 del Tratado de la CE), que son previstas en cambio por el Derecho comunitario en sentido estricto.

¹⁵ Véase una exposición de las iniciativas en el ámbito del Tercer Pilar en SALAZAR, L., «L'Unione europea e la lotta alla criminalità organizzata: da Maastricht ad Amsterdam», en *Documenti Giustizia*, 1999, n. 4-6, p. 391 s. Sobre intervenciones más recientes contra la «facción afgana de los Talibanes» y el terrorismo internacional véanse, respectivamente, el Reglamento de la CE n. 467/2001 del Consejo de fecha 6

diéndose dentro de ésta la delincuencia informática¹⁶—, pasando por el control de las «fronteras exteriores», hasta la lucha contra una amplia serie de delitos graves, como el tráfico de seres humanos, los delitos contra los menores, el tráfico ilegal de estupefacientes y de armas, la corrupción y el fraude (art. 29 del Tratado de la UE). La tendencia emergente es la de reforzar la cooperación judicial y policial con y entre Estados miembros, no sólo a través de la coordinación de las estructuras operativas y la creación de organismos supranacionales (como *Europol* y *Eurojust*)¹⁷, sino también a través de la armonización normativa de significativos ámbitos de los derechos penales nacionales, según una línea de «política criminal europea» que parece destinada a asumir un peso cada vez mayor en el proceso de integración comunitaria, de conformidad con el objetivo general de garantizar un «nivel elevado» de seguridad interna y externa en todo el territorio de la Unión (artículo 29 del Tratado de la UE).

Se podría —desde esta perspectiva— extraer directamente una tercera categoría de bienes jurídicos de relevancia «común» europea, constituida por todos aquellos que resultan agredidos por las mencionadas formas graves de delincuencia transnacional, objeto prioritario de debate por parte de la política criminal de la Unión Europea a través de los instrumentos del Tercer Pilar.

Pero se trata de bienes que, en parte, se superponen a los ya anteriormente individualizados y reconducibles al núcleo fuerte de los intereses de titularidad o, al menos, de relevancia comunitaria en sentido estricto (como los intereses financieros, lesionados por el «fraude» y por la «corrupción», expresamente mencionados por el artículo 29 apartado 2 del Tratado de la UE); y, por otra parte, son tan heterogéneos entre sí, además de respecto a los propios de las «instituciones» o de las «acciones» comunitarias, que no presentan rasgos distintivos comunes, salvo, desde el punto de vista empírico, el de ser blanco de

de marzo de 2001, en *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* de 9 de marzo de 2001, n. L 67, p. 1 s., y la decisión marco de 13 de junio de 2002, n. 2002/475/GAI, en *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* de 22 de junio de 2002, n. L 164, p. 3.

¹⁶ En dicho ámbito destaca la propuesta de decisión marco contra los ataques informáticos de 19 de abril de 2002 COM (2002) 173 definitivo, así como la Comunicación de la Comisión de 16 de junio de 2001 sobre la *Seguridad de las redes y seguridad de la información: propuesta para un enfoque estratégico europeo*.

¹⁷ Véanse, respectivamente, la Convención *Europol* que instituye la Oficina europea de policía en *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. C 316, de 27 de noviembre de 1995, p. 1, y la decisión del Consejo que crea la unidad provisoria de cooperación judicial de 14 de diciembre de 2000, *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, n. L 324 de 21 de diciembre de 2000, p. 2.

graves formas de delincuencia transnacional en territorio europeo, si bien no de forma distinta que en cualquiera otra parte del mundo (piénsese en el terrorismo, en el tráfico de seres humanos, en los delitos contra los menores, en los diversos tráficos ilícitos, en la delincuencia organizada, etc., que igualmente se mencionan en el citado artículo 29 apartado 2 del Tratado de la UE).

En conclusión, los instrumentos del Tercer Pilar refuerzan, además de la cooperación judicial y policial, el desarrollo de una *política criminal común* en el ámbito europeo tendente a superar la multiplicidad de formulaciones incriminadoras, la diversidad de consecuencias sancionadoras y las diferentes praxis aplicativas de los ordenamientos penales de cada uno de los Estado miembros, *sin* delimitar, sin embargo, ni siquiera un área específica de bienes jurídicos nuevos a tutelar penalmente como intereses «comunitarios».

Ahora bien, la específica cualificación sustancial de estos últimos los hace inmediatamente merecedores y necesitados de tutela penal, la cual debe ser no sólo más *eficaz*, sino también *equivalente* en todo el «espacio jurídico europeo», prescindiendo de los confines territoriales de cada uno de los Estados. Y ello porque, en realidad, son *directamente* referibles —en relación con las dos categorías antes individualizadas— al ordenamiento comunitario en sentido estricto.

Se impone, por lo tanto, la creación a este nivel, con los instrumentos del Primer Pilar, de nuevas y precisas disposiciones *comunes*, igualmente respetuosas con los principios generales de *subsidiariedad* y de *proporcionalidad* que operan, con «duplicada» y, en parte, autónoma validez tanto en el ámbito del Derecho comunitario como del Derecho penal¹⁸.

Por otra parte, la necesidad de un elevado nivel de armonización o, mejor, de *unificación* de algunos institutos que caracterizan el emergente «Derecho penal comunitario» (en sentido estricto) parece aun más urgente si se toma en consideración el paralelo proceso de fundación constitucional de la Unión y de extensión a nuevos Estados miembros.

¹⁸ La cuestión volverá a abordarse concretamente *infra*, apartado 6.2. En general véanse al respecto DONINI, M., *Sussidiarietà penale*, cit.; y el trabajo anterior de PICOTTI, L., «Potestà penale dell'Unione europea contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE», en Grasso, G. (coordinador), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali (Atti del seminario di Catania, 19-20 giugno 1998)*, Milano 2000, p. 357 s., en especial 374 s.

3. Las principales características del proceso de «europeización» de los Derechos penales nacionales

Los presupuestos para la creación de un Derecho penal comunitario están constituidos por el avanzado estadio de desarrollo del proceso de «europeización» de los ordenamientos penales nacionales, que se sitúa en el sumario contexto estructural y dinámico esbozado *supra*, pero cuyas específicas cadencias jurídicas, reconocibles —con matices diversos— en todos los Estados miembros han sido ya mejor analizadas¹⁹.

La fuerza propulsora la han suministrado, en efecto, las instituciones comunitarias y, de manera particular, el Tribunal de Justicia europeo, cuya jurisprudencia ha sedimentado un *acquis communautaire* vinculante para los Estados miembros, con reflejos indirectos también sobre los Estados candidatos a ingresar en la Unión, dado que también éstos deben ya adecuar sus ordenamientos jurídicos internos.

A este proceso no es ajeno, a fin de cuentas, el influjo cada vez más importante y puntual del Tribunal Europeo de derechos humanos de Estrasburgo, que, al determinar los estándares generales de garantía y tutela —también en el ámbito penal— de los derechos fundamentales del hombre en todo el Viejo Continente²⁰, contribuye a concretar el con-

¹⁹ Véanse las recientes monografías de SATZGER, H., *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln, 2001, para Alemania, con abundantísima bibliografía también extranjera (actualizada a junio de 2000), que destaca de forma paradigmática cómo —aun prescindiendo del incrementado interés de la doctrina por la cuestión y de la expansión de las disposiciones comunitarias que afectan directa o indirectamente a la materia penal— entre 1990 y 1999 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha ocupado en 116 ocasiones de cuestiones interpretativas prejudiciales de Derecho comunitario suscitadas en juicios penales de los Estados miembros con arreglo al art. 177 (ahora 234) del tratado de la CE, algunas de las cuales han dado vida a las más importantes decisiones del tribunal comunitario (p. 6 y nota 50). En relación con el ordenamiento jurídico español véase el reciente trabajo de CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001, con ulteriores referencias bibliográficas a la doctrina de lengua española y también en parte a la italiana; a éste se añade la recopilación de escritos SILVA SÁNCHEZ, J.M.; SCHÜNE-MANN, B., y DE FIGUEIREDO DIAS, J. (editores), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995. Para Italia véanse, además de GRASSO, G., *Comunità europee*, cit., y de sus diversos trabajos posteriores, las obras de BERNARDI, A., *I tre volti*, cit.; *idem*, «Principi di diritto», cit., así como MANACORDA, S., *Unione europea*, cit.; *idem*, *L'efficacia espansiva*, cit.

²⁰ Véanse, en particular, GRASSO, G., «La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri», en *Riv. internaz. dir. uomo*, 1991, p. 617 s.; BERNARDI, A., «Principi di diritto», cit., en especial p. 264 s.

tenido de los «principios comunes» sobre los que se asienta la propia Unión (artículo 6 del Tratado de la UE)²¹.

Por lo que respecta al ordenamiento comunitario, las etapas hasta hoy más significativas del proceso de «europeización» del Derecho penal se pueden esquematizar como sigue.

En primer lugar, se estableció la ya pacífica necesidad de *no aplicar* o de restringir el alcance de las normas penales estatales, incluidas las incriminadoras, que entren en contradicción en todo o en parte con disposiciones comunitarias que atribuyan derechos y facultades a los ciudadanos. Y dentro de tales disposiciones se cuentan, además de los reglamentos y de las sentencias del Tribunal de Justicia, las Directivas susceptibles de ejecución directa (*self executing*) porque no han sido aplicadas en el plazo establecido que sean suficientemente detalladas en su contenido regulador²².

A las normas comunitarias, sin embargo, no les está asegurada plena preeminencia sólo en *favor rei*, a través del mecanismo de las causas de justificación y, en particular, la del ejercicio del derecho (artículo 51 del Código penal italiano) o a través del concepto hermenéutico de «límite normativo» de los preceptos y de las sanciones penales nacionales, como sucede con las Directivas no aplicadas.

De hecho, se reconoce también una eficacia general *integradora* del Derecho comunitario respecto del Derecho penal nacional a través de la regulación extrapenal presupuesta o remitida por los tipos penales, que puede estar constituida directamente por fuentes comunitarias de naturaleza reglamentaria o por Directivas transpuestas en el Estado miembro²³. El primero incide, así, sobre el alcance de las figuras pena-

²¹ También el Consejo de Europa y el derecho internacional en general están conduciendo en una medida cada vez mayor a una armonización de importantes sectores de los ordenamientos penales nacionales: considérense como colofón, junto a las numerosas medidas e instrumentos contra el terrorismo internacional, entre las convenciones ya concluidas que se refieren a la materia penal, las del Consejo de Europa sobre Cybercrime firmada en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y la de la ONU sobre la delincuencia organizada internacional firmada en Palermo el 2 de diciembre de 2000; además de aquellas un poco anteriores en materia de corrupción internacional (sobre lo cual me remito a la detenida exposición de HUBER, B., «La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale», en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001, p. 467 s.).

²² En la doctrina véase sintéticamente BERNARDI, A., *I tre volti*, cit., p. 68 s., 70; en la jurisprudencia italiana Cassazione, sezione III penale, 26 giugno 1997, Apra, en *Foro italiano*, 1998, 11, p. 531 s., con amplias referencias a precedentes.

²³ Cfr. BERNARDI, A., *I tre volti*, cit., p. 62 s. (con referencia a los «elementos normativos de las figuras») y p. 65 s. para un examen más específico del peculiar fenó-

les nacionales o, cuando menos, sobre la extensión e interpretación de sus elementos de naturaleza normativa, además de en el caso de normas penales en blanco: con el efecto de que las disposiciones de origen comunitario contribuyen a la determinación del mismo momento *constitutivo* de los preceptos penalmente sancionados²⁴.

En tercer lugar, se ha afianzado la conciencia de que los jueces nacionales, incluidos los de lo penal, son, simultáneamente, «jueces comunitarios» en el sentido de que a ellos directamente se les exige que interpreten y apliquen el Derecho comunitario, con la obligación no sólo de no aplicar el Derecho estatal eventualmente divergente o de integrarlo con normas comunitarias extrapenales, sino también de *interpretar* las normas nacionales, incluidas las penales —las cuales, obviamente, son susceptibles de diversos resultados hermenéuticos, como sucede normalmente— *de forma acorde con el Derecho comunitario*. Y ello, incluso cuando el resultado del procedimiento de aplicación pueda dar lugar a una extensión de los tipos delictivos nacionales, siempre que aquél esté comprendido en el ámbito de su significado normativo y, por tanto, respetando el único límite que es el representado por la prohibición de analogía *in malam partem*²⁵.

Las exigencias específicas de garantía y certeza, propias de la materia penal, no determinan en definitiva ninguna «zona franca» dentro de los ordenamientos nacionales en la que sea teóricamente posible derogar los principios de supremacía y de aplicabilidad directa del Derecho comunitario, siendo inamovible sólo la exigencia general de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien, a este respecto se ha de precisar que la garantía de estricta *legalidad* en el ámbito penal, establecida expresamente por muchísimas Constituciones nacionales e impuesta en términos generales por la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, que es reivindicada como fundamento de la Unión²⁶, no puede ser entendida como prohibición

meno del «reenvío» de la norma nacional «meramente sancionadora» a la norma comunitaria que contiene el precepto.

²⁴ Así SATZGER, H., *Die Europäisierung*, cit., cap. 4, p. 187 s.

²⁵ Así SATZGER, H., *Die Europäisierung*, cit., p. 518 s. y, en particular, p. 563 s. y pp. 704-705 (punto 16).

²⁶ Junto a la explícita redacción del art. 6 del tratado de la UE, resulta significativo hoy día también el contenido equivalente de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en diciembre de 2000, cuyo art. 49 enuncia de forma explícita el principio de legalidad en materia penal (además del más innovador de «proporcionalidad» de los delitos y de las penas), estableciendo que

de cualquier fuente distinta de la ley *estatal* escrita, y menos como legitimación de una soberanía exclusiva y absoluta del Estado nacional en materia penal²⁷.

Por el contrario, emerge cada vez con más fuerza la idea de que el concepto de legalidad en materia penal debe ser entendido a nivel supranacional como obligación del juez de aplicar reglas jurídicas claras y predeterminadas, fácilmente reconocibles por parte de los destinatarios y de los ciudadanos en general, establecidas con anterioridad al hecho por *fuentes legítimas* de producción conformes con los ordenamientos de los que provienen y en los cuales deben ser aplicadas; pero que pueden ser también distintas de las leyes estatales escritas de origen parlamentario, y abarcar, en su caso, fuentes supranacionales y jurisprudenciales dentro de los límites establecidos por el reparto de competencias en la materia.

Por lo demás, el mismo legislador estatal, incluido el Parlamento que representa la voluntad popular, está fuertemente condicionado por vínculos supranacionales, además de constitucionales, en sus decisiones y valoraciones político-criminales referentes al objeto, las técnicas y los límites de la tutela penal. Por lo tanto, no puede decirse ya que aquéllas sean de su *exclusiva* competencia, ni objeto de una *absoluta* «disponibilidad» política nacional.

En concreto, precisamente de cuanto se ha expuesto se desprende que en el ámbito de la Unión Europea los Estados miembros no deben sólo respetar los «límites» establecidos por el Derecho comunitario, absteniéndose de implantar —así como de aplicar— normas penales que entren en contradicción con éste, sino que deben también asegurar positivamente, en virtud de la obligación de solidaridad comunitaria a la que se refiere el art. 5 (ahora 10) del Tratado de la CE, la eficacia de los preceptos comunitarios y la tutela efectiva de los bienes y de los intereses de los que ellos son portadores o

«Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en el que se ha cometido, no constituía delito según el *derecho* interno o el *derecho internacional*» (cursiva añadida). Se hace una remisión sobre esta cuestión a PICOTTI, L., *I diritti fondamentali*, cit., y a las ulteriores referencias bibliográficas que allí se recogen.

²⁷ Sobre el alcance y la interpretación del artículo 7 del CEDH, no coincidente con una acepción estricta de reserva de ley estatal, véase por todos BERNARDI, A., «Nessuna pena senza legge (art. 7)», en BARTOLE, S.; CONFORTI, B., y RAIMONDI, (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 s., en particular p. 270, con amplias referencias a la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y (antes) de la correspondiente Comisión.

garantes mediante sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias»²⁸.

De ahí que la expansión general de la normativa comunitaria se haya visto correspondida por esa amplia producción de preceptos y disposiciones nacionales que contienen sanciones muchas veces penales, además de administrativas, para tutelar intereses comunitarios o de relevancia comunitaria de los cuales ya se ha hablado, y que regularmente se verifica en sede de ejecución de Directivas comunitarias, de decisiones marco o de convenciones de la Unión Europea²⁹.

La «injerencia» directa de las fuentes comunitarias y europeas en el ámbito penal no se limita, por tanto, a los vínculos cada vez más extendidos y penetrantes que encuentra el intérprete en la aplicación del Derecho penal nacional, sino que se manifiesta también en la predeterminación de los casos y, a veces, del contenido de los tipos delictivos. Por supuesto, se manifiesta también en la determinación de la cualidad y entidad (mínima y/o máxima) de la pena, partiendo de la base de que sólo a través de una cada vez más fuerte *armonización* o, directamente, *unificación* de la legislación y de las propias praxis sancionadoras penales en los diversos Estados miembros se puede alcanzar el objetivo de una tutela *equivalente* —además de «proporcionada»— y, por ello, más «eficaz» y «disuasoria» desde el punto de vista de la prevención general en todo el territorio de la Unión a partir de los bienes jurídicos comunitarios o de relevancia común.

4. El actual *acquis communautaire* en materia de sistemas sancionadores punitivos

El proceso de «europeización» de los ordenamientos penales nacionales examinado se ha visto acompañado por sistemáticas intervenciones de las instituciones comunitarias, y en particular del Tribunal de justicia, que han propiciado un recurso cada vez más frecuente a sanciones punitivas de fuente comunitaria, *per se* «*alternativas*» a las

²⁸ Principio enunciado expresamente por primera vez por el Tribunal de Justicia de la CE en la conocida sentencia del llamado maíz griego de 21 de septiembre de 1989, cit., en nota 13.

²⁹ En Italia la obligación de ejecución de las Directivas comunitarias se cumple normalmente con gran retraso, que se procura remediar a través de amplias delegaciones al ejecutivo realizadas por el Parlamento recogidas en la llamada ley comunitaria emanada anualmente.

penales en sentido estricto, pero que ha terminado por consolidar un importante conjunto de principios generales en la materia, capaz de funcionar como factor de armonización cuando no de incipiente unificación también del Derecho penal propiamente dicho.

4.1. *Sobre el sistema de sanciones administrativas comunitarias*

La falta de un verdadero y propio sistema de Derecho penal comunitario, ante todo, ha llevado a la Comisión, con la aprobación del Consejo y el aval expreso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a recurrir cada vez más a la previsión y aplicación de sanciones y medidas punitivas de naturaleza *administrativa*.

Inicialmente, las sanciones comunitarias previstas de modo explícito eran sólo las llamadas «ammende», establecidas por algunas disposiciones de los Tratados (por ejemplo, por los artículos 47, apartado 3; 58, apartado 4; 65, apartado 5, y 66, apartado 6, del Tratado de la CECA) o por determinados reglamentos (por ejemplo: n. 17/62; n. 1017/68; n. 4056/86 y n. 4064/89, en materia de competencia; n. 11/60, en el ámbito de las discriminaciones sobre precios y en las condiciones de transporte), adoptadas en virtud del reenvío realizado, respectivamente, por los arts. 87 y 79 apartado 3 del Tratado de la CE³⁰. Aun siendo sanciones directamente aplicables por los órganos comunitarios con procedimientos de naturaleza administrativa, para su ejecución forzosa existe un necesario reenvío a los procedimientos coactivos de naturaleza civil de los Estados miembros. Ello ha dado lugar a que, inmediatamente, se les haya negado la naturaleza penal, a pesar de su declarada finalidad represiva y preventiva de comportamientos ilícitos³¹.

Posteriormente la Comisión ha hecho cada vez un recurso más amplio en un numero creciente de hipótesis y a través de actos o regla-

³⁰ Sobre el tema véase el análisis de GRASSO, G., *Comunità europea*, cit., cap. I, en especial p. 46 s.

³¹ Véase por todos GRASSO, G., *Comunità europea*, cit., en particular pp. 48-49, con referencia a la acorde doctrina penal italiana y extranjera y la exposición de ulteriores patrones de distinción de las sanciones penales en sentido estricto, pero, sobre todo, de asimilación a las sanciones administrativas de naturaleza punitiva establecidas en nuestra Ley n. 689 de 1981 (*ibidem*, p. 51) o en la ley alemana en materia de *Ordnungswidrigkeiten*; más recientemente, *idem*, «La formazione di un diritto penale dell'Unione europea», en GRASSO, G. (curatore), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 1 s., 5.

mentos propios (además de los del Consejo) a nuevas tipologías de sanciones, definidas como *atípicas*, caracterizadas por una naturaleza frecuentemente interdictiva y no sólo patrimonial (como la exclusión de beneficios, la reducción de ayudas concedidas, la restitución de sumas que rebasen un cierto porcentaje, etc.), quedando confiada por lo demás su determinación y su aplicación a los órganos de los propios Estados miembros. Y el Tribunal de Justicia, en un importante pronunciamiento realizado en 1992, las ha reconocido como legítimos instrumentos sancionadores de naturaleza *administrativa* para la ejecución del Derecho comunitario en los concretos ámbitos competenciales³².

El propio Tribunal ha desarrollado, al mismo tiempo, un conjunto muy rico y articulado de principios generales, establecido para garantizar y organizar los procedimientos, los presupuestos de aplicación y la graduación de dichas sanciones, que, estando caracterizadas por un contenido sustancialmente «punitivo»³³, requieren el recurso a consolidados principios de impronta penal como, por otra parte, ha puesto de relieve también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo a propósito de ilícitos administrativos de naturaleza punitiva³⁴. Tal es el caso de los principios de legalidad e irretroactividad de las normas sancionadoras, de la culpabilidad como requisito subjetivo de imputación y reproche, del conexo reconocimiento de causas de exclusión de la responsabilidad subjetiva —como las diversas hipótesis de error, incluido el de prohibición— además de la objetiva, como las eximentes; de los criterios personalistas de graduación de las san-

³² Resulta fundamental al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 27 de octubre de 1992, causa C-240/90, la Comisión contra la República Federal de Alemania, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 557 s. (con comentario de GRASSO, G., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, ibidem*, p. 740 s.), con arreglo a la cual la introducción de sanciones administrativas le está permitida a las instituciones comunitarias incluso en los casos no expresamente previstos por los Tratados fundacionales, a condición de que aquélla sea «necesaria» para el logro de los objetivos perseguidos: sobre esta cuestión véase por todos GRASSO, G., *La formazione*, cit., p. 7.

³³ Véase ya la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 15 de julio de 1970, en *Raccolta* 1970, pp. 702-703, cit. por GRASSO, G., *Comunità europee*, cit., p. 50 y nota 27.

³⁴ En el *leading case* Özturk, con la sentencia de 21 de febrero de 1983 —en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, p. 894 s., con comentario de PALIERO, C. E., «“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo»— el Tribunal ha acogido una noción amplia de «materia penal» a la que referir las garantías previstas por el artículo 6 de la Convención, que abarca también los ilícitos administrativos de naturaleza punitiva.

ciones; del respeto del principio general de proporcionalidad, que debe ser aplicado especialmente en casos de acumulación también con sanciones penales; etc.³⁵

Por ello, hoy se puede decir que *l'acquis communautaire* en materia de sanciones punitivas diseña un verdadero y propio «sistema», que acompañado también de profundos estudios comparativos sobre los sistemas sancionadores administrativos de los Estados miembros³⁶, ha sido en gran parte recogido y definido en un texto normativo orgánico sobre la tutela de los intereses financieros de las Comunidades —el Reglamento del Consejo de la CE de 18 de diciembre de 1995 n. 298/95— con el que se ha reconocido valor general a los principios antes mencionados, diseñando así una suerte de «parte general» de la materia, que abarca también la delicada regulación de las relaciones entre ilícitos sancionadores de origen comunitario e ilícitos sancionadores de origen nacional eventualmente concurrentes con ilícitos penales (nacionales) en sentido estricto³⁷.

4.2. *Elementos de armonización del Derecho penal sustancial en el ámbito comunitario*

Ahora bien, también en un ámbito estrictamente penal, respetuoso asimismo con el actual reparto de competencias antes mencionado entre Derecho comunitario e instrumentos del denominado Tercer Pilar de la Unión Europea, han surgido elementos significativos que son el preludio de una armonización más profunda, cuando no de una unificación, en campos concretos del Derecho penal sustantivo, como es, concretamente, el de la lucha contra los fraudes a los intereses financieros de la Comunidad.

³⁵ Véase el articulado análisis de RIONDATO, S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.

³⁶ Véase el amplio *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes*, volumen I —*Rapports nationaux*— y II —*Rapports de synthèse*—, Bruxelles, 1994. Sobre este tema véase la detallada exposición que ofrece CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal*, cit., p. 125 s.; así como SATZGER, H., *Die Europäisierung*, cit., p. 92 s.; BERNARDI, A., *I tre volti*, cit., p. 48 s., con amplias referencias bibliográficas.

³⁷ Véase al respecto el artículo 7 del Reglamento de la CE n. 2988/95 y, en la doctrina, además de los autores ya citados, el detenido comentario de MAUGERI, A., «Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario», en GRASSO, G. (curatore), *La lotta contro la frode*, cit., p. 149 s, en particular pp. 253-256.

A este respecto, se debe considerar que —a causa de la excesiva lentitud del proceso de ratificación de los instrumentos convencionales aprobados según los procedimientos del Tercer Pilar— no están aún en vigor ni la Convención de la Unión Europea de 26 de julio de 1995 sobre la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (Convención PIF), ni los correspondientes protocolos adicionales de 27 de septiembre de 1996 (sobre la corrupción de los funcionarios extranjeros y comunitarios: Primer Protocolo) y de 19 de junio de 1997 (sobre blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y confiscación de las ganancias: Segundo Protocolo). Por ello, la Comisión Europea ha reproducido el núcleo esencial de las citadas disposiciones convencionales de naturaleza penal en una propuesta de Directiva comunitaria, presentada el 23 de mayo de 2001 para la aprobación del Parlamento y del Consejo, según el procedimiento de codecisión al que se refiere el art. 251 del Tratado de la CE, sobre el declarado presupuesto de una competencia directa de la propia Comunidad para establecer, en tutela de los propios intereses financieros y en virtud del art. 280, apartado 4, del Tratado CE, disposiciones de Derecho penal sustantivo en el ámbito del Primer Pilar³⁸.

La propuesta prevé, ante todo, una definición *común* de tres figuras delictivas, que son el *fraude* a los intereses financieros de las Comunidades (art. 1 de la Convención PIF, con el que se corresponde el art. 3 de la propuesta de Directiva), la *corrupción* activa y pasiva de funcionarios públicos también extranjeros además de los comunitarios (artículos 2 y 3 del Primer Protocolo de la Convención PIF, que se corresponden con el art. 3 de la propuesta de Directiva) y el *blanqueo* de las correspondientes ganancias (artículos 2 y 1 *sub e* del Segundo Protocolo de la Convención PIF, que remite a la definición del art. 1 de la Directiva CE 91/308 sobre blanqueo, que se corresponde con el art. 6 de la propuesta de Directiva).

Además, se establecen criterios vinculantes para establecer las tipologías de *penas* para las personas físicas y jurídicas (respectivamente, artículos 2 de la Convención PIF y 4 del Segundo Protocolo, con los cuales se corresponden los artículos 10 y 11 de la propuesta de Directiva), graduadas, en el caso del fraude, por diversos umbrales de montos económicos que sean objeto de dicha conducta (para los de importes inferiores a 4.000 euros se pueden establecer también meros ilícitos administrativos, mientras que para los de cantidades superiores son

³⁸ A dicha competencia se hace referencia expresa tanto en las introducciones al texto normativo como en la exposición de motivos de la propuesta. Véase COM (2001) 272 definitivo, p. 2 s., p. 6 s.

obligatorias sanciones de naturaleza penal, que deben ser privativas de libertad cuando menos en las hipótesis más graves, es decir, en supuestos de importes defraudados que rebasen un límite determinado por los Estados, no superior a 50.000 euros). Por lo que respecta a las penas para la corrupción se remite, sin embargo, a lo previsto en los Estados miembros para delitos análogos, según el principio de asimilación (artículo 4 del Primer Protocolo, con el que se corresponde el artículo 5, y de forma más genérica el 7 de la propuesta de Directiva).

A dichas disposiciones, que según una distinción tradicional se pueden considerar de «parte especial», se añade una significativa, aunque embrionaria, regulación de determinados institutos de «parte general», que se refiere en particular a la punibilidad de la *tentativa* y de la *participación criminal* en sus variantes de inducción, complicidad y cooperación (artículo 1, apartado 3 de la Convención, con el que se corresponde el artículo 7, apartado 2, de la propuesta de Directiva); el *elemento subjetivo*, que debe ser intencional en el caso de ilícito penal, así como su prueba, que puede ser inferida a partir de elementos externos (artículo 1, apartado 3 de la Convención, con el que se corresponde el artículo 7, apartado 2, de la propuesta de Directiva); la *responsabilidad con efectos sancionadores de las personas jurídicas*, que debe ser reconocida, aunque no necesariamente de naturaleza penal, junto con la de los responsables de la empresa (respectivamente, artículos 3 de la Convención PIF y 3 del Segundo Protocolo, con los que se corresponden los artículos 8 y 9 de la propuesta de Directiva). Finalmente, se prevén hipótesis de *confiscación obligatoria* de las ganancias ilícitas, también por «equivalencia» (artículo 9 del Primer Protocolo, con el que se corresponde el artículo 12 de la propuesta de Directiva).

Aunque muchos Estados —entre los que se encuentran España e Italia— han asumido la mayor parte de los instrumentos antes mencionados del Tercer Pilar, con la excepción de algunas modificaciones de formulación realizadas y de sensibles diferencias de tratamiento sancionador o de régimen de procedibilidad, después de muchos años (más de siete) desde su aprobación por parte de los órganos de la Unión, dichos instrumentos no han sido aún ratificados por todos sus Estados miembros. Mientras, en el plano de los posibles instrumentos del Primer Pilar, la propuesta de Directiva de la Comisión Europea ha encontrado el apoyo del Parlamento, pero encuentra fuertes resistencias de naturaleza sobre todo política a su aprobación por parte del Consejo, pese a la opinión favorable de su servicio legal desde el punto de vista jurídico en la medida en que con-

cierno a la capacidad de la Comunidad de recurrir a instrumentos de naturaleza incluso penal en la lucha contra el fraude *ex art.* 280 del Tratado CE³⁹.

Ninguna de las normas citadas está por lo tanto en vigor a nivel europeo. Y se puede afirmar, para concluir, que aunque se han adoptado ya hace tiempo, en todo el ámbito comunitario, los principios generales esenciales reguladores del «Derecho punitivo» (en sentido amplio), en el ordenamiento actual no existe aún una «armonización», y menos aún una «unificación» del Derecho penal en sentido estricto. No obstante, ya están concretamente individualizadas las intervenciones más urgentes que, a partir de los diversos sectores, parecen indispensables para unificar —o armonizar a un nivel elevado— algunas disposiciones sancionadoras específicas e institutos esenciales de la parte general que sirvan para garantizar la funcionalidad y la efectividad del Derecho comunitario.

PARTE II

Sobre la propuesta de introducir un verdadero y propio sistema de «Derecho penal comunitario» para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea

5. La propuesta de la Comisión Europea contenida en el «Libro Verde sobre la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y sobre la creación de una Fiscalía europea»

La última etapa de la evolución examinada, que ha llevado en poco más de veinte años a superar la convicción inicial de que el Derecho

³⁹ El parecer del servicio jurídico del Consejo expresado el 25 de julio de 2001, haciendo referencia asimismo a una opinión precedente sobre la propuesta de decisión marco en materia de protección del ambiente, establece que el legislador comunitario tiene la capacidad jurídica de obligar a los Estados miembros a prever sanciones penales en la medida en que considere que el respeto de las normas comunitarias sólo pueda ser garantizado por aquéllas, subrayando que dicha competencia no atañe a «la aplicación del Derecho penal nacional» ni a «la administración de la justicia en los Estados miembros», objeto de expresa limitación conforme

penal era algo ajeno respecto del Derecho comunitario⁴⁰, está emblemáticamente encarnada, si bien sólo provisionalmente, por el «Libro Verde sobre la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y sobre la creación de una Fiscalía europea», presentado por la Comisión Europea en diciembre de 2001⁴¹.

El texto selecciona y reelabora, según discutibles criterios pragmáticos y de oportunidad política, los resultados de la larga actividad investigadora de un reducido grupo de estudiosos europeos del derecho y del procedimiento penal que, a iniciativa de la XX Dirección de la Comisión y del Parlamento europeo, ha redactado⁴² y reformulado luego parcialmente, como conclusión del estudio denominado *suivi*⁴³, el proyecto de un *Corpus juris* para la tutela penal de los intereses financieros de la Comunidad.

El «Libro Verde», aunque asume la directriz de crear una Fiscalía europea como nuevo órgano comunitario a fin de asegurar una eficaz tutela penal de los mencionados intereses en todo el territorio de la Unión —propuesta de principio considerada ya fuera de discusión tras haber sido presentada oficialmente en la conferencia de Niza de diciembre de 2000⁴⁴—, no persigue una implantación general. Cierta-

al último inciso del apartado 4 del artículo 280 del Tratado de la CE (una interpretación análoga puede encontrarse ya en PICOTTI, L., *Potestà penale*, cit., en particular, p. 369 s.). La conclusión es que la propuesta de Directiva en cuestión está comprendida dentro de la competencia de la Comisión.

⁴⁰ Pueden verse referencias sintéticas *supra*, nota 1.

⁴¹ Presentado en Bruselas con fecha 11 de diciembre de 2001, COM (2001) 715 definitivo. Puede encontrarse también en http://europa.eu.int/olaf/livre_vert.

⁴² La primera versión del *Corpus juris* es de 1996, editada en lenguas francesa e inglesa (París, 1997). Para la traducción al italiano realizada por Rosana Sicurella, *cfr.* GRASSO, G., *Verso un diritto penale europeo*, Milano, 1997. Entre las muchas contribuciones al debate y al estudio del mismo destaca el volumen de HUBER, B. (editora), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts (Europäisches Kolloquium Trier, 4.-6. März 1999)*, Freiburg im Breisgau, 2000.

⁴³ Cuyos resultados están publicados en cuatro volúmenes de los que son editores DELMAS MARTY, M. y VERVAELE, J. A. E., *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, vol. I-IV, Antwerpen, ecc., 2000-2001. En el primero —editado tanto en inglés como en francés— está publicado el nuevo texto del *Corpus Juris* (pp. 189-213) con la relación de síntesis de Delmas-Marty y una exposición de los motivos de las modificaciones realizadas artículo por artículo; en los otros, los informes de los 15 relatores nacionales (II y III) y el estudio sobre «cooperación horizontal y vertical» (IV).

⁴⁴ La propuesta —Bruselas, 29.9.2000 COM (2000) 608 definitivo— se presentó en realidad por separado como «Contribución complementaria» sobre la «tutela penal de los intereses financieros comunitarios: un fiscal europeo», tardíamente con respecto a la de modificaciones institucionales sistemáticas y de los Tratados elaborada

mente, ello obedece a la intención de evitar la configuración de una suerte de «Código comunitario» de Derecho penal y procesal penal, que podría encontrar resistencias políticas aún mayores, consideradas ahora mismo insuperables, por parte de la mayoría de los Estados miembros.

El «Libro Verde», sin embargo, tiene el indudable mérito de centrar el debate, en plazos relativamente breves, sobre un objeto concreto y determinado, ofreciéndose como medio para recabar consultas de una forma amplia, no solamente de las instituciones, sino también de docentes universitarios, estudiosos, magistrados, agentes de las fuerzas de policía y de los organismos de investigación, funcionarios de la Administración, asociaciones de juristas y abogados, con el método más abierto posible, a fin de adquirir ulteriores elementos de valoración no tanto sobre la «propuesta de principio» en sí misma, como cuanto sobre la definición concreta de las competencias del Fiscal europeo, sobre las modalidades de su funcionamiento, sobre las reglas de actuación y, en definitiva, sobre el contexto jurídico en el que debería operar. A tal fin, el «Libro Verde» establece una serie de requisitos concretos que acompañan a la exposición de los diversos aspectos en los que se articula la propuesta.

En esta sede, tras una breve crítica a los presupuestos estructurales, normativos y culturales sobre los que se fundamenta la *valoración globalmente favorable* del planteamiento general («exigencia general» establecida por el «Libro Verde», al que se dedica el siguiente apartado 6), me limitaré a tratar dos cuestiones fundamentales de *Derecho penal sustantivo*, a saber: la relativa a las *figuras delictivas* para las cuales debería ser competente la Fiscalía europea, confrontando las definiciones normativas propuestas en el «Libro Verde» con las contenidas en las dos sucesivas formulaciones del *Corpus juris* («requisito n. 2» establecido por el «Libro Verde», al que se dedica el apartado 7) y la concerniente a la necesidad o no de adoptar *reglas comunes suplementarias*, además de las sugeridas en el «Libro Verde» a la luz también de la regulación de la «parte general» propuesta y después reformulada en el propio *Corpus juris* («requisito n. 3» establecido por el «Libro Verde», al que se dedica el apartado 8).

por la Comisión; y no contó con tiempo para ser abordado adecuadamente ni para realizar consulta previa a los representantes de los Estados miembros que, en su inmensa mayoría, se mostraron contrarios a una inmediata aceptación, coincidiendo en la exigencia de mayores profundizaciones y de una posterior revisión en otra conferencia intergubernamental (sobre la cuestión, véase la introducción al Libro Verde, p. 7).

6. Valoración general de la propuesta

La valoración general sobre la factibilidad y oportunidad de la propuesta contenida en el «Libro Verde» de instituir por vez primera un sistema, aunque sea limitado, de Derecho penal comunitario —limitado por razones de competencia jurídica a la tutela solamente de los intereses financieros de la Unión— se basa en los *presupuestos estructurales, normativos y culturales* que han sido objeto de análisis en la Primera Parte de este trabajo.

Bastará aquí con referirse sintéticamente a las cuestiones esenciales para motivar el conclusivo juicio *favorable* que se puede formular al respecto, con la salvedad de las observaciones críticas que serán desarrolladas a continuación.

6.1. *Presupuestos estructurales*

El avanzado estado de desarrollo no sólo del mercado común, sino también del proceso de integración europea en general, últimamente reforzado por una unidad monetaria que implica a una gran parte de los países miembros y que confiere dimensión financiera a la unidad territorial que persigue la Unión, creando un «espacio de libertad, seguridad y justicia» común (artículo 2 del Tratado de la UE), requiere un decisivo reforzamiento también de los instrumentos de tutela del presupuesto y de los medios financieros, gracias a los cuales se desarrollan las acciones e iniciativas de las Comunidades y de la Unión.

Hacer posible el recurso al Derecho penal directamente por parte de las instituciones comunitarias, sea en sede de formulación de las imputaciones, sea en sede de promoción y ejercicio de la correspondiente actuación procesal con actividades conexas de investigación, seguramente puede servir para colmar las graves «lagunas de tutela» que han sido señaladas ya hace tiempo⁴⁵, adecuando el ordenamiento comunitario a las crecientes exigencias de eficaz y equivalente prevención y represión del fraude y de los delitos relacionados con él, entre los que se han de considerar, en primer lugar, la corrupción y el blanqueo de capitales.

⁴⁵ De 1968 es la contribución de BRICOLA, F., *Alcune osservazioni*, citada en nota 2.

Por otra parte, la creación de un primer núcleo de «Derecho penal comunitario» en sentido estricto no contradice, sino que se sitúa en el contexto más general de las competencias de la propia Unión Europea en la lucha contra la criminalidad organizada en general y la de índole económica en particular, dado que la inclusión de la lucha contra los fraudes entre los objetivos perseguidos por los instrumentos del Tercer Pilar deja expresamente *a salvo* las competencias de la Comunidad al respecto (artículo 29 del Tratado de la UE)⁴⁶.

Y puesto que la criminalidad económica y financiera se organiza y extiende a nivel transnacional disfrutando incluso de los amplios espacios de impunidad que derivan de la falta de armonía y de los límites de las competencias penales de los Estados miembros, penetrando en los mecanismos del sistema económico y político hasta el punto de representar una grave amenaza no sólo para el buen funcionamiento del mercado y de las instituciones comunitarias, sino también para el sistema democrático en sí mismo que se encuentra en la base de los principios del Estado de Derecho sobre los que se fundamenta la Unión (artículo 6 del Tratado de la UE), la decisión adoptada por la Comisión y propuesta en el «Libro Verde», parece estar, además de jurídicamente fundada en el artículo 280 del Tratado de la CE sobre el que se volverá a incidir en breve, justificada desde el punto de vista de la política criminal europea.

La tutela penal de los intereses financieros comunitarios a través de la represión del fraude y de los delitos relacionados con él ha asumido, en definitiva, una dimensión y una relevancia *estructural* que van más allá del contenido estrictamente económico de dichos intereses, proyectándose hacia la garantía de las condiciones de *correcto funcionamiento* de las instituciones europeas, de esencial importancia para todo ulterior desarrollo ordenado del proceso de integración y de extensión, materializado concretamente en el inminente ingreso de nuevos Estados miembros.

⁴⁶ En otra sede se ha subrayado ya que la falta de mención de la «*corrupción*» y del «*fraude*» entre los delitos para los cuales el Tratado de la Unión prevé expresamente medidas (en particular decisiones marco) para la aproximación de las legislaciones penales sustantivas de los Estados miembros (art. 31, apartado 1, letra e, del Tratado de la UE), a pesar de la precedente referencia entre los objetivos generales a la cooperación en materia penal (art. 29 del Tratado de la UE), puede ser sintomática del reconocimiento de la competencia comunitaria directa en la materia, es decir, con instrumentos del Primer Pilar (Reglamentos o Directivas): *cfr.* PICOTTI, L., *Potestà penale*, cit., en especial pp. 368-369.

6.2. *Presupuestos normativos: el art. 280 del Tratado de la CE y el principio de subsidiariedad comunitaria en materia penal*

La creciente importancia y autonomía de las acciones de la Comunidad, reflejada en la progresiva expansión de su presupuesto, cuyos recursos representan los instrumentos esenciales de ejecución de las políticas comunes y de cualquiera otra intervención en los sectores de su competencia, hace natural el reconocimiento de la capacidad de disponer de los instrumentos de tutela más incisivos, como los ofrecidos por el Derecho penal, una vez que se manifieste insuficiente la vía del recurso a la tutela dispensada por los sistemas penales de los Estados miembros sobre la base del principio de asimilación sentado en 1989 por el Tribunal de Justicia y establecido expresamente en 1992 por el artículo 209 A del tratado de la CE⁴⁷.

En la actualidad, el art. 280 que lo ha sustituido con la nueva formulación y numeración querida por el Tratado de Amsterdam de 1997, no se limita a repetir la obligación de tutela que incumbe a los Estados miembros basada en el deber de solidaridad comunitaria al que se refiere el actual art. 10 del Tratado de la CE, sino que atribuye competencia directa y concurrente también a *la propia Comunidad*, que puede y debe —si es necesario— intervenir, junto con o en lugar de los Estados miembros para prevenir y reprimir los fraudes y los otros actos ilícitos que lesionan sus intereses financieros, de manera que se garantice una protección no sólo análoga a la ofrecida por cada uno de ellos a los correlativos intereses propios, sino también absolutamente «proporcionada», «eficaz» y, sobre todo, «equivalente» en todo el territorio de la Unión⁴⁸.

⁴⁷ La norma ha sido introducida en 1992 por el Tratado de Maastricht recogiendo el enunciado principal contenido en la famosa sentencia del tribunal de Justicia en el caso del llamado «maíz griego» de 21 de septiembre de 1989, ya citado (en la nota 13), con arreglo al cual los Estados miembros tienen la obligación de proteger los intereses financieros de la Comunidad con sanciones no inferiores a las utilizadas para tutelar los correspondientes intereses propios: pero sin mención expresa de la ulterior exigencia mínima de que dichas sanciones sean asimismo «eficaces, proporcionadas y disuasorias».

⁴⁸ Mientras que los principios de «proporcionalidad» y «eficacia» habían sido ya establecidos por el Tribunal de Justicia, que también había puesto de relieve el carácter «disuasorio» que debían tener las medidas de protección ofrecidas por los Estados miembros en virtud de la obligación de solidaridad comunitaria impuesta por el art. 5 del Tratado de la CE en su redacción originaria, pero sin que los mismos fuesen recogidos también por el art. 209 A del mismo Tratado, el principio de «equi-

La limitación del principio de asimilación residía, verdaderamente, en que no garantizaba que la tutela penal de los intereses comunitarios fuese también *equivalente* en todos los Estados miembros, con el doble riesgo de que la misma fuese por ello menos *eficaz*, y de que se violasen exigencias básicas de igualdad y de certeza de las condiciones jurídico-institucionales que deben ser paritariamente merecedoras de confianza en todo el territorio de la Unión, a fin de que se pueda afirmar que está garantizada la observancia de las reglas de intervención y actuación de las instituciones comunitarias y, con éstas, la paridad de condiciones de competencia, esenciales para el pleno desenvolvimiento de la libertad de iniciativa económica, y, más en general, para la efectiva libertad y tutela de los derechos de los ciudadanos.

A la luz de tal atribución fundamental de competencia a la Comunidad, recogida en el apartado 1 del citado artículo 280 del Tratado de la CE, que ha de ejercitarse obviamente de conformidad con los principios generales de subsidiariedad y de proporcionalidad que deben siempre guiarla en sus actuaciones, se ha de interpretar asimismo la *reserva* formulada en la segunda parte del apartado 4 del precitado artículo —y no viceversa⁴⁹— con arreglo a la cual, las medidas que puede adoptar al respecto el Consejo, deliberando según el procedimiento de codecisión con el Parlamento europeo al que se refiere el artículo 251 del Tratado, «no afectan a la aplicación del Derecho penal *nacional* ni a la Administración de la justicia *en los Estados miembros*» (cursiva añadida).

En efecto, dicha reserva no puede leerse en términos tales que quede vacía de contenido esa firme atribución general de competencia a la Comunidad, que representa la más incisiva novedad política y jurídica querida por el Tratado de Amsterdam, sino que ha de entenderse solamente como una reafirmación explícita de la exigencia de que su

valencia» ha sido introducido por vez primera por el nuevo art. 280 del Tratado de la CE, que, del mismo modo, ha establecido expresamente los principios de «proporcionalidad» y «eficacia», en el último de los cuales ha considerado implícitamente contenido también el de la naturaleza disuasoria que deben tener las sanciones imponibles. Sobre la interpretación general del art. 280 del Tratado de la CE se hace una remisión de cara a profundizar en la cuestión a PICOTTI, L., *Potestà penale*, cit., en especial p. 364 s. Véanse sobre el tema también las contribuciones de BACIGALUPO, DELMAS-MARTY, GRASSO, SPENCER, SPINELLIS, TIEDEMANN, VERVAELE y VAN WYNGAERT, recogidas en la Parte III: *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, del mencionado volumen I de DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J. A. E. (editores), *La mise en oeuvre*, cit., p. 385 s.

⁴⁹ Cfr., sin embargo, en sentido distinto al que aquí se sostiene, GRASSO, G.; «Relazione di sintesi», en *idem* (curatore), *La lotta contro la frode*, cit., p. 393 s., en especial 407 s., con ulteriores referencias.

ejercicio, a través de disposiciones penales *propias*, esté concretamente contenido dentro de los límites de la estricta necesidad de tutela de los intereses financieros de los que la propia Comunidad es titular, sin interferencias con la aplicación del «Derecho penal *nacional*» (evidentemente contrapuesto a un posible «Derecho penal *comunitario*»), ni con «la administración de la justicia *en los Estados miembros*», que sigue siendo prerrogativa general de estos últimos.

Bien mirado, se trata de una oportuna remisión al principio comunitario de subsidiariedad, que impone que se limite toda intervención de naturaleza penal —hasta ahora confiada solamente a los Estados miembros, y hoy de competencia *no exclusiva*, sino concurrente, de la Comunidad— a las hipótesis en las que los objetivos prefijados no puedan ser «suficientemente realizados por los Estados miembros», realizándose «mejor a nivel comunitario», siguiendo el *principio* general de *proporcionalidad* impuesto por el artículo 5 del Tratado de la CE (que remite también al art. 2, último apartado del Tratado de la UE).

Esta exigencia general de subsidiariedad y de proporcionalidad de la intervención comunitaria se enriquece en relación con el Derecho penal, que es objeto de consideración en el artículo 280 del Tratado de la CE y está *expresamente* mencionado por su apartado 4, con una validez autónoma «especial» que implícitamente asume el criterio autónomo de *extrema ratio*, que precede ya a la previsión de sanciones penales *dentro* de los ordenamientos de los Estados miembros, y en virtud del cual la previsión de sanciones de tal naturaleza queda justificada sólo ante la *insuficiencia* de otras medidas de tipo preventivo o bien de sanciones de naturaleza no penal.

Si la falta de su previsión específica para combatir por ejemplo el fraude a los intereses comunitarios y los actos conectados con él fuese expresión de una valoración del legislador nacional basada en dicho criterio, igualmente denominado de subsidiariedad, por la cual, por ejemplo, se considerasen suficientes medidas de naturaleza preventiva y administrativa, el recurso interno al Derecho (penal) nacional podría entrar en conflicto con el principio de subsidiariedad comunitaria, conforme al cual, ciertamente, la falta de penalización a nivel estatal podría constituir el presupuesto para una incriminación de origen supranacional⁵⁰.

Ahora bien, esta hipotética contradicción se plantea sólo en un plano lógico-formal que hace abstracción de la peculiar diversidad de pla-

⁵⁰ Esta aparente «paradoja» la ha señalado DONINI, M., *Sussidiarietà penale*, cit., p. 23.

nos en los que operan el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales, cuyas relaciones se basan en una recíproca salvaguardia de las respectivas esferas de autonomía jurídica, amén de política, que debe regir también, o incluso con mayor razón, en las relaciones entre los respectivos sistemas penales.

En otras palabras: si bien el ordenamiento comunitario por definición debe asumir una valoración conjunta a nivel supranacional en la que resulta de gran importancia —como parámetro de la propia «subsidiariedad comunitaria»— la necesidad de *equivalencia* de la tutela penal en los diversos ordenamientos nacionales, plasmada textualmente en el artículo 280 del Tratado de la CE, dicha perspectiva resulta ajena a la valoración puramente «interna» de cada uno de ellos también en el eventual recurso al criterio de *extrema ratio* realizado por el concreto legislador estatal.

En la práctica, esto significa que la eventual incriminación del fraude a las finanzas de la Comunidad introducida por normas *comunitarias* sobre la base de un criterio de subsidiariedad aplicado en el plano supranacional, considerando la exigencia fundamental de *equivalencia* de la tutela penal en todo el «espacio jurídico» europeo, no obliga en modo alguno a los Estados miembros a efectuar una penalización análoga de los fraudes a las finanzas propias o a las de otros Estados miembros, puesto que el principio de asimilación no rige en sentido inverso y, por lo tanto, no genera ninguna «nueva» obligación de tutela penal para el legislador nacional. Éste, como establece expresamente el apartado 4 del artículo 280 del tratado de la CE, que se está analizando aquí, es plenamente libre para «aplicar» en el propio ordenamiento interno, para todo cuanto sea ajeno a la esfera de competencia comunitaria, sus propias valoraciones de subsidiariedad y *extrema ratio* a la hora de decidir los presupuestos y los límites de intervención del «Derecho penal nacional».

Aun siendo indudablemente estimulante en el plano conceptual examinar y confrontar la «doble» validez del canon de subsidiariedad, comunitaria y penal, éste no ha de interpretarse en términos de sucesivos peldaños de un mismo juicio con parámetros equivalentes, sino que, con el mismo nombre, se designan dos esferas de valoración *autónomas*, que siguen parámetros diferentes, aunque deben luego convivir coordinándose sobre la base del reconocimiento recíproco de su autonomía.

Así, la exigencia de subsidiariedad comunitaria conduce a una valoración sustancialmente positiva del *ámbito* ante todo *limitado* de tutela penal que la propuesta contenida en el «Libro Verde» —siguiendo éste la trazada por el *Corpus juris*—, señala como objeto actual de la

intervención comunitaria, quedando excluidos de ella, sin embargo, bienes respecto de los cuales el principio de subsidiariedad penal parecería reclamar una similar intervención sancionadora.

Según autorizadas opiniones críticas⁵¹, el campo de actuación al que se refiere el primer núcleo del Derecho penal comunitario que se examina aquí sería demasiado exiguo o reducido, puesto que no garantizaría una tutela penal análoga o incluso más incisiva de otros intereses y bienes jurídicos de la persona y de la colectividad derivados de los derechos fundamentales, que *verdaderamente* son por sí mismos de un rango más elevado que los intereses financieros comunitarios y están más necesitados de este tipo de protección desde una perspectiva de *extrema ratio*.

No obstante, aun prescindiendo del hecho de que *de jure condito* los tratados no parecen prever ninguna competencia comunitaria explícita al respecto parangonable con la atribuida por el artículo 280 del Tratado de la CE, lo cierto es que la pacífica circunstancia de que dichos bienes de mayor rango sean ya objeto de una protección penal generalizada por parte de sistemas nacionales aceptados en todos los Estados miembros, excluye la existencia de una necesidad de intervención comunitaria, por la naturaleza subsidiaria que debe tener todo ejercicio de las correspondientes competencias, no pudiendo garantizarse a nivel supranacional una protección «mejor» que la que pueden lograr los Estados miembros.

Como se ha expuesto ya en la Primera parte de este trabajo, la lucha contra la criminalidad organizada y transnacional, incluida la lucha contra el terrorismo, sigue confiada a instrumentos diversos y más tradicionales de cooperación y armonización internacionales relacionados con medidas de tutela «reforzada» que deben ser aplicados en el ámbito de las competencias estatales. Es el caso, en relación con la Unión Europea, de los que se integran en el llamado Tercer Pilar (según los artículos 29 y 31 del Tratado de la UE)⁵², o bien, a nivel global, por

⁵¹ MOCCIA, S., «L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus Juris», en BARTONE, N. (curatore), *Diritto penale europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, 2001, p. 33 s., 34, critica la pretendida limitación de la orientación política comunitaria reflejada en las elecciones penales sobre todo de las figuras de la parte especial del proyecto de *Corpus Juris*, que habrían puesto «en la cumbre de sus intereses valores de tipo económico-financiero». En sentido análogo, *idem*, «La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo», en *Indice penale*, 2001, p. 1425 s., en especial p. 2428 s.

⁵² Que mencionan concretamente la delincuencia organizada o de otro tipo y, en particular, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los meno-

citar a modo de ejemplo de entre los numerosos Convenios promovidos por el Consejo de Europa, por la ONU y por otros organismos supranacionales los más recientes, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional⁵³, la Convención contra la corrupción internacional⁵⁴, y la adoptada contra el llamado *Cybercrime*⁵⁵. Debe señalarse, además, que hoy existe un nuevo sistema de Derecho penal supranacional, que se rige por el llamado Estatuto de Roma, que crea el Tribunal Penal Internacional permanente, al que se encomienda la misión de asegurar el castigo de los autores de los gravísimos crímenes de genocidio, de guerra, contra la humanidad y la paz, cuando los Estados no sean capaces o no tengan la voluntad de hacerlo⁵⁶.

Ahora bien, sin duda, resulta adecuada a las actuales competencias específicas y limitadas de la Comunidad Europea en materia penal —y, por el contrario, a la carencia de los presupuestos políticos y jurídicos que serían necesarios para una hipotética expectativa de «codifi-

res, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude. La cuestión de si la represión del fraude (mencionada en el art. 29, apartado 2, del Tratado de la UE) está comprendida dentro de la competencia de la Unión Europea en el ámbito de los instrumentos del denominado Tercer Pilar, o bien en los de la Comunidad (del denominado Primer Pilar), se resuelve a la luz del llamado *principio de preeminencia* de la Comunidad Europea respecto de los objetivos e instrumentos de la Unión Europea, establecido por el art. 47 del propio Tratado de la UE e, implícitamente, «puesto a salvo» también por el inciso inicial del art. 29 del Tratado de la UE.

⁵³ Sobre la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, abierta a la firma en Palermo con ocasión de la conferencia celebrada del 12 al 16 de diciembre de 2000, véase MILITELLO, V.; PAOLI, L., y ARNOLD, J. (curatori), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna* (editado tanto en italiano como en alemán), Milano-Freiburg im Breisgau, 2000; y más recientemente, *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali (Actas del Convenio de Lucca del 24 al 25 de mayo de 2002)*, en prensa.

⁵⁴ HUBER, B., *La lotta alla corruzione*, cit.

⁵⁵ Sobre los contenidos y los objetivos de la Convención del Consejo de Europa, abierta a la firma en Budapest el 23 de noviembre de 2001, véanse las diversas contribuciones al Convenio *Cybercrime*, Palermo 3-5 de octubre de 2002, cuyas actas se encuentran en trámite de publicación.

⁵⁶ Sobre el Estatuto de Roma, que entró en vigor —tras alcanzarse el número mínimo necesario de ratificaciones— el 1 de julio de 2002, véanse, en la ya vasta literatura penal: JESCHECK, H.-H., «La Corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, statuto», en *Indice penale*, 2000, p. 297 s.; ESER, A., «Verso una Corte penale internazionale: nascita e fondamenti dello Statuto di Roma», en *Indice Penale*, 2002, p. 279 s.; TRIFFTERER, O., «Die standige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit. Anmerkung zum "Rome Statute of the international Criminal Court" vom 17. Juli 1998», en *Gedachtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, p. 493 s.; así como PICOTTI, L., *I diritti fondamentali*, cit., al que se hace una remisión también para ulteriores referencias bibliográficas.

cación penal» de carácter general a nivel europeo, o bien para proponer un «código penal modelo» en el ámbito continental— la decisión de limitar a los intereses financieros de la Comunidad el «radio de acción» o, mejor, el objeto de la tutela penal comunitaria, que puede y debe ser realizada en breve, como se expone en el «Libro Verde». En todo caso, debe tenerse presente que no se trata de intereses que, como ya se ha puesto de relieve con anterioridad, tengan una importancia secundaria o una dimensión sólo financiera si se atiende a la relevancia y amplitud de las funciones de la Comunidad y al delicado carácter de las decisiones y de las políticas comunitarias que giran en torno a sus finanzas.

6.3. *Presupuestos culturales*

Aun limitando la referencia al ámbito concreto de la ciencia penal, finalmente se debe subrayar cómo, en correspondencia con el desarrollo del proceso de integración europea antes aludido, el impulso a la «europeización» del Derecho penal ya ha determinado el paso del simple método de la comparación jurídica, entendida como cotejo entre normas y experiencias diversas, a un proyecto constructivo encaminado a concretar o crear modelos comunes (de institutos) de Derecho penal⁵⁷ basado en una intensa confrontación crítica «a campo abierto» de las diversas soluciones, no limitada a los sistemas de Derecho continental, sino extendida también a los sistemas de *common law*, y empleando no sólo el Derecho sustantivo, sino también el Derecho procesal y las diversas técnicas de tutela disponibles, en concreto también las sancionadoras de naturaleza administrativa, tanto a nivel comunitario como nacional.

Por ello, puede considerarse —como lo demuestra el cada vez más extendido interés por la cuestión por parte de la ciencia penal de los diversos Estados miembros— que el «Derecho penal comunitario» dispone ya de instrumentos culturales y conceptuales adecuados para llevar a cabo una construcción dogmática y sistemáticamente coherente, si es que no se afirma, directamente, que dispone de una correspondiente «ciencia penal europea»⁵⁸.

⁵⁷ Véanse en especial TIEDEMANN, K., «Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung», en *Festschrift für Lenckner*, 1998, p. 411 s.; SIEBER, U., «Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch», en *Juristen Zeitung*, 1997, p. 369 s.

⁵⁸ KÜHL, K., «Europäisierung der strafrechtswissenschaft», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, p. 777 s.

6.4. *El planteamiento general del «Libro Verde»: consideraciones críticas*

Desde una perspectiva técnica, la decisión que subyace en el «Libro Verde» es favorable a «niveles diferenciados de armonización», pretendiéndose así amparar «según un planteamiento inédito», dos lógicas distintas: una de verdadera unificación o de «armonización total», que estaría limitada a «sectores de competencia concretos», como serían los que representan la «definición de las figuras constitutivas de delito» o por el «correspondiente plazo de prescripción»; la otra, en cambio, de «remisión, parcial o total, al Derecho nacional» para todo lo que respecta a la mayoría de los aspectos de Derecho penal (sustantivo) de la materia⁵⁹.

Parece que las razones que respaldan esta decisión son de dos órdenes distintos.

El primero, de naturaleza más claramente política, es reconducible sobre todo a una valoración de oportunidad por parte de la Comisión, que estima prudente limitar al mínimo indispensable —ante la renuencia de la mayor parte de los Estados miembros a aceptar la idea de una atribución explícita de potestad punitiva a órganos de la Comunidad— el impacto también normativo de la propuesta, evitando configurarla como creación de un verdadero y propio «código» de Derecho penal y procesal penal comunitario. Y, al menos en parte, el razonamiento parece conforme con el principio de subsidiariedad que rige el ordenamiento comunitario.

El segundo orden de razones es, sin embargo, sobre todo, práctico, y parece reconducible fundamentalmente al principio de proporcionalidad, dado el exceso respecto a los objetivos preestablecidos y la dificultad —también en términos de tiempo— de elaborar y definir todos los institutos de un sistema autónomo y *completo* de Derecho penal comunitario, a fin de perseguir un número limitado de delitos que lesionan los intereses financieros de la Comunidad, sin perjuicio de la competencia de los concretos ordenamientos estatales para todo cuanto respecta a la fase de enjuiciamiento.

Por ello, ha parecido razonable y quizá también inevitable remitir —para todos aquellos aspectos no explícitamente regulados— a las reglas sustanciales y procesales vigentes en los Estados miembros en los que las figuras penales «comunitarias» deberán ser concretamente aplicadas.

⁵⁹ «Libro Verde», pp. 34-35.

Ahora bien, no se trata de un reenvío a un *único* «derecho nacional» como parece que dice el «Libro Verde», sino, necesariamente, a los *diversos* «Derechos nacionales» existentes en la Comunidad.

Y si es cierto que también el *Corpus juris* prevé un reenvío «si es necesario» al Derecho de los ordenamientos nacionales competentes —por otro lado, con formulaciones muy diferentes en las dos sucesivas versiones del artículo 35⁶⁰—, la solución perseguida por el «Libro Verde» suscita absoluta perplejidad por la total carencia de regulación de parte general, que sin embargo parece aceptada en él, a diferencia del conspicuo empeño unificador que movía al *Corpus juris*, y por la gran limitación de los criterios que se siguen para concretar los «sectores de competencia» que consentirían esporádicas intervenciones armonizadoras (por ejemplo, en materia de prescripción) *dentro* de la regulación penal.

El Derecho penal es, sin duda, una técnica de tutela —o «forma de regulación»— destinada a operar en materias también muy distintas entre sí en cuanto a contenidos esenciales, que, no obstante, debe responder a determinadas condiciones mínimas «homogéneas» para ofrecer una capacidad de funcionamiento total y, por lo tanto, una protección «eficaz» como exige el artículo 280 del Tratado de la CE.

Si de verdad no se garantiza una posibilidad de aplicación coherente y sistemática del conjunto de normas que regulan los presupuestos y los límites de imputación de la responsabilidad penal en los que se basan la aplicación y la graduación de las penas para los diferentes delitos, el Derecho penal no puede garantizar eficacia preventivo-general y queda precluida la posibilidad de alcanzar los objetivos de protección que se le asignan, así como su propia legitimación sustancial.

⁶⁰ Para las críticas a la primera formulación apresurada y a la propia rúbrica de la norma, que aludía a una pretendida «subsidiariedad» del derecho nacional respecto al *corpus* europeo, me remito a PICOTTI, L., *Potestà penale*, cit., p. 376 s. La redacción actual del art. 35, que lleva como rúbrica «La aplicación complementaria del derecho nacional en relación con el *Corpus Juris*», no sólo modifica la terminología para evidenciar que no se refiere al principio de subsidiariedad comunitaria, sino que se alude solamente a la función de «complemento» del derecho nacional para colmar las lagunas de parte general y de regulación procesal (sobre las que versan los arts. 9 a 34), que son consecuencia de que el *Corpus Juris* no sea un código completo, distinguiendo después entre normas procesales y sustantivas, dado que respecto de éstas puede hacerse operativa la integración si tiene un efecto favorable al imputado (art. 35, apdo. 2, *Corpus Juris* 2000). Sobre la cuestión, véase la introducción, cap. 3, secc. 3, en DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J. A. E. (coordinadores), *La mise en oeuvre*, cit., pp. 103-104; y en la doctrina italiana MOCCIA, S., *La politica criminale del Corpus Juris*, cit., en particular p. 1435.

Las referidas condiciones *generales* de funcionamiento de todo «sistema penal» parecen ignoradas por el «Libro Verde» que, limitándose a realizar una valoración de competencias «por materia», excluye incorrectamente del concepto del concreto juicio de subsidiariedad y proporcionalidad de la intervención comunitaria (que se han abordado *supra*, apartado 6.2) los parámetros esenciales de las exigencias *propias* del Derecho penal en cuanto tal.

Pues bien, si es el criterio de la «unificación» (o de la «armonización total») el que no sólo facilita al máximo la actuación de la Fiscalía europea, sino el que, sobre todo, garantiza la *equivalencia* de la tutela en todos los Estados miembros, así como la máxima certeza del sistema, entonces no parece que se pueda permitir que resurja al hilo del momento decisivo en el que se regulan los presupuestos *generales* de la responsabilidad penal (imputabilidad, dolo, imprudencia, codelinuencia, tentativa, responsabilidad de las personas jurídicas, etc.) un enfoque ligado *solamente* al criterio de la *encomienda* a las diversas regulaciones de los ordenamientos nacionales, ya abandonado por el Tratado de Amsterdam precisamente a fin de garantizar la autonomía de la atribución directa de competencias a la Comunidad, como instrumento necesario para lograr una protección *equivalente* en todos los Estados miembros (artículo 280 del Tratado de la CE, ya examinado *supra*).

Por lo tanto, la propuesta formulada en el «Libro Verde» resulta susceptible de la siguiente crítica de fondo: es muy limitada en su planteamiento general con respecto al proyecto mucho más sistemático trazado por el *Corpus juris*, puesto que parece dirigida fundamentalmente a introducir la Fiscalía europea más como nueva *institución* de la Comunidad que como órgano destinado a *aplicar* un sistema de incriminaciones penales de origen comunitario nuevo y absolutamente inédito en un contexto de Derecho sustantivo y procesal *supranacional*.

Mientras que la creación de la Fiscalía se coloca claramente en un primer plano, la del sistema jurídico penal en función del cual y en el ámbito del cual debería actuar aquélla, queda totalmente relegada. Y ello, hasta el punto de que dicho ámbito se reduce a un conjunto bastante heterogéneo de reglas y de «condiciones de funcionamiento» del órgano de la acusación, casi simples «instrumentos» de operatividad para el ejercicio concreto de su actuación y de sus investigaciones en lugar de constituir un complejo de normas y de figuras esenciales cuya aplicación debería ser el objetivo del sistema.

Asimismo, sin retomar la secuencia lógico-temporal propuesta por doctrina autorizada según la cual siempre se debería proceder a crear *en primer lugar* las normas de Derecho penal sustantivo y sólo *después*

el órgano destinado a aplicarlas (como es la Fiscalía europea), por cuanto éste es titular de una acción penal referible sólo a figuras penales y a penas previamente establecidas⁶¹, parece necesario que el funcionamiento y, en definitiva, los poderes del órgano de la acusación encuentren *legitimación*, incluso antes que regulación, en un conjunto de normas y de principios que, aun no siendo exhaustivos ni separándose respecto de los de ordenamientos estatales, con los que deben coordinarse e interactuar, tengan señas propias suficientes para integrar un «sistema» susceptible de operar coherentemente a pesar de proceder de diversas fuentes.

Sólo con esta condición los poderes de investigación y de actuación otorgados a la Fiscalía europea podrán considerarse vinculados al *principio de legalidad* y de *obligatoriedad de la acción penal*, como declaradamente se quiere que sea, en aras de la garantía y de la certeza no sólo para los destinatarios de la acción penal, sino incluso antes, de la independencia y de la autonomía del propio órgano de la acusación respecto del poder político y administrativo de las demás instituciones de la Comunidad, así como de los Estados miembros y del poder económico en sus diversas manifestaciones.

La doctrina penal italiana, partiendo del análisis sistemático de las normas de nuestra Constitución, ha demostrado ya hace tiempo que la exigencia de legalidad y taxatividad del Derecho penal (artículo 25, apartado 2, de la Constitución), que se interpreta globalmente como sistema, está ligada lógicamente e históricamente, por un lado, al principio de obligatoriedad de la acción penal (artículo 112 de la Constitución), y, por otro lado, a la garantía de la defensa como «derecho inviolable» (artículo 24 de la Constitución)⁶².

Por ello, en primer lugar es necesario que los criterios de ejercicio de la acción penal se puedan reconducir directamente —en términos precisos y aprehensibles— al contenido de las figuras sustanciales a aplicar en los casos concretos, sin dejar espacio a valoraciones de mera oportunidad ni a verdaderas y propias decisiones político-criminales (o políticas *tout court*) implementadas incorrectamente en sede de investigaciones que expondrían a la propia Fiscalía europea a debates

⁶¹ BACIGALUPO, E., «Il libro verde: la posizione di un accademico», en *Il Procuratore Europeo. Libro verde sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea (atti del seminario di Napoli, 2-3 maggio 2002)*, en prensa.

⁶² Resulta fundamental al respecto la contribución de BRICOLA, F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 277 s.; *idem*, «Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale (1991)», en *Scritti di diritto penale*, 1/2, Milano, 1997, pp. 1641 s., 1648.

políticos y oscurecerían no sólo cualquier parámetro normativo *común*, sino también el significado de «comunidad de derecho» en la que consiste la Comunidad y todas sus instituciones⁶³.

7. Sobre las reglas suplementarias de disciplina de carácter general que sería necesario introducir

Las argumentaciones desarrolladas no pretenden conducir a la conclusión de que sea necesaria una completa «codificación penal» autónoma a fin de tener una base jurídica suficiente para garantizar la independencia efectiva del Fiscal europeo que salvaguarde su autonomía sobre todo respecto de directrices políticas o condicionamientos de otras instituciones de la Comunidad. Sin embargo, es bastante lógico considerar que deben concretarse por los menos las *reglas básicas* necesarias para construir aunque sea en sede interpretativa un «sistema autónomo» de Derecho penal *común*.

Esta exigencia refleja también la *ratio* del artículo 280 del Tratado de la CE, que al establecer el objetivo de una tutela penal «equivalente» en el ámbito de todos los Estados miembros de la Comunidad, demuestra la voluntad explícita de superar el mecanismo precedente de mera «encomienda» del poder punitivo a los diversos sistemas de los Estados miembros.

Si la intervención de la Comunidad es legitimada por el criterio de la insuficiente factibilidad del objetivo a través de la actuación de los Estados miembros, aun sin ir más allá de lo que sea *necesario* para lograr dicho objetivo, es evidente que el parámetro de proporcionalidad debe ir referido a la consecución efectiva de una tutela «equivalente» en todo el territorio comunitario. Y este objetivo presupone la previa definición de las reglas y las condiciones jurídicas generales que permitan la aplicación de un núcleo aunque sea limitado de «Derecho penal común» idóneo para reprimir de forma «equivalente» el fraude y los otros delitos que lesionan los intereses financieros de la Comunidad en todo el territorio de la Unión.

Sólo así la técnica de tutela penal escogida como la más idónea para garantizar la salvaguardia de dichos intereses, podrá alcanzar ese gra-

⁶³ Véase al respecto PICOTTI, L., «Prozessuale und materielle Aspekte des Legalitätsprinzips im Corpus Juris», en HUBER, B. (coordinadora), *Das Corpus Juris*, cit., p. 291 s., en particular p. 299 s.

do suficiente de operatividad y racionalidad capaz de garantizar la «eficacia» deseada.

Existe, por lo tanto, la necesidad de una regulación penal de «parte general» fuertemente armonizada o unificada aun dentro de los límites esenciales necesarios para garantizar el buen funcionamiento de un *sistema* de Derecho penal común realmente autónomo, como ya se desprende del *acquis* integrable hasta ahora a nivel de sistema sancionatorio administrativo y de instrumentos del Tercer Pilar (*cf. supra*, apartado 4).

Así, se pueden considerar como «reglas suplementarias» de regulación de carácter general necesarias aquéllas en materia de dolo y elemento subjetivo, así como claramente de error de tipo y de prohibición, de tentativa, de codelinuencia y participación delictiva, de responsabilidad de las personas jurídicas y de prescripción.

Ahora bien, de la misma manera, parece necesario referirse a las reglas concernientes a las *relaciones entre diversos sistemas sancionadores* potencialmente *concurrentes*, como pueden ser los sistemas penales de los Estados miembros, el comunitario que se llegará a conformar y los sancionadores *administrativos* tanto de los Estados miembros como de Derecho comunitario.

A este respecto, se puede partir de la consideración de que ya el artículo 6 del Reglamento n. 2988/95, al diseñar el sistema de ilícitos administrativos de origen comunitario ha evidenciado correctamente y ha tenido presente la necesidad de dicha regulación para garantizar el respeto del principio de *ne bis in idem* no sólo en el plano procesal, sino también en el sustantivo, de conformidad con exigencias superiores de racionalidad, proporción y, en definitiva, de justicia de la intervención represiva.

En el «Libro Verde» la materia está tratada de forma poco oportuna sólo en el ámbito de los «criterios de reparto de los casos» entre la Fiscalía europea y las autoridades nacionales responsables⁶⁴. Sin embargo, la cuestión se debería haber afrontado y regulado hacia arriba, por definir completamente se va diseñar como *sistema* de Derecho penal comunitario, estableciendo en términos claros las relaciones —de «subsidiariedad» o complementariedad— respecto a los ordenamientos nacionales, así como la eventual concurrencia con los sistemas de sanciones administrativas tanto comunitarios como nacionales.

64 «Libro Verde», punto 6.2.2.2, p. 48 y ss.

Algunas indicaciones al respecto presentes en el *Corpus juris* (artículo 17, apartados 3 y 4, y artículo 35) podrían ser revisadas desde esta perspectiva para alcanzar una sistematización mejor y definitiva.

Otro aspecto crucial sería el de la *responsabilidad de las personas jurídicas*⁶⁵, cuya previsión establecida no sólo entre los instrumentos del Tercer Pilar (II Protocolo anexo de 1997 a la Convención PIF), sino también en otras convenciones internacionales recientes (Convención del *Cybercrime* del Consejo de Europa de 2001, Convención de la ONU contra la criminalidad organizada transnacional de 2000), ha dado lugar ya a acercamientos significativos entre los ordenamientos jurídicos europeos, habiéndose introducido específicamente también en muchos que antes no la preveían (últimamente Italia, aunque con referencia a sanciones declaradamente administrativas-punitivas, y Bélgica).

Parece evidente que esta perspectiva, de conformidad con las indicaciones que surgen de los análisis criminológicos y de la propia naturaleza de los delitos a combatir, que se ubican en el terreno propio de la criminalidad de empresa y económica, debe conducir a una clara definición en el ámbito de una regulación común que aborde las condiciones mismas de competencia en el mercado «global».

Por lo que respecta, finalmente, a la *prescripción*⁶⁶, se comparte la necesidad de un esfuerzo efectivo de «armonización total» que, por otro lado, no puede limitarse a la definición de los *plazos* de la misma (5 años-10 años), debiendo necesariamente abordar también la regulación de su transcurso, suspensión e interrupción. Baste hacer referencia al sistema italiano, conforme al cual, a los efectos del artículo 160, apartado 3, del Código penal, tras la interrupción la prescripción comienza nuevamente a transcurrir, aun en la pendencia del proceso, hasta una duración máxima coincidente con una prolongación que no vaya más allá de la mitad de los plazos generales (establecidos en el artículo 157 del Código penal). Por lo tanto, si sólo se hace una remisión parcial al derecho nacional se crearían fortísimas diferencias de tratamiento entre un Estado y otro.

⁶⁵ «Libro Verde», punto 5.4, p. 41 y ss.

⁶⁶ «Libro Verde», punto 5.5, p. 42 y ss.

8. Las figuras delictivas previstas por el sistema de Derecho penal comunitario

Las figuras o tipos delictivos que se están considerando deben definir el área sustancial de ilicitud penal «comunitaria» para cuyo castigo se le otorga competencia al Ministerio Público europeo.

Sin duda, parece compartible la concreción del núcleo esencial de los delitos comunitarios en la tríada fraude, corrupción, blanqueo de capitales, dada su pacífica interconexión y relevancia en el ámbito de la criminalidad transnacional, reconocida no sólo por las convenciones y por los protocolos del Tercer Pilar de la Unión Europea y por la propuesta de Directiva de la Comisión, sino también por la más reciente Convención de la ONU sobre la criminalidad transnacional de 2000.

Al respecto se subraya la exigencia de un adecuado grado de precisión en la definición de las figuras, que deberían ser efectivamente aplicadas como se señala correctamente en el «Libro Verde»⁶⁷, sea porque el respeto concreto al *principio de legalidad* se hace efectivo en la parte especial de conformidad con los requisitos del artículo 7 de la Convención europea de los derechos del hombre y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (artículo 6 del Tratado de la UE), sea porque la propia idea de obligatoriedad de la acción penal requiere lógicamente la definición *exacta* del parámetro de naturaleza sustantiva que, describiendo los hechos perseguibles, hace surgir la obligación de su ejercicio.

8.1. *Fraude, corrupción, blanqueo de capitales*

Respecto al fraude⁶⁸ se estima preferible la formulación propuesta por el *Corpus juris*, que no sólo unifica las hipótesis de comisión y omisión en materia tanto de gastos como de ingresos comunitarios, sino que transforma la figura delictiva de delito de resultado a delito de peligro, permitiendo una oportuna anticipación del umbral de punibilidad basada en el carácter en cualquier caso lesivo y concretamente peligroso de la conducta para el bien jurídico protegido. En efecto, éste no se reduce a un contenido meramente financiero o patrimonial, abarcando también el perfil específico de la *función* de aseguramiento de

⁶⁷ «Libro Verde», p. 35.

⁶⁸ «Libro Verde», punto 5.2.1.1, pp. 36-37.

los presupuestos y valoración de las condiciones para la concesión de un beneficio (subvención, financiación, subsidio, etc.) o la imposición de una carga (impuesto, contribución, restitución, etc.) previstos por el ordenamiento comunitario.

Menor justificación tendría, en cambio, incriminar también hechos no intencionales (cometidos sólo por «imprudencia grave», como prevé el apartado 2 del artículo 1 del *Corpus juris* en su última versión)⁶⁹, dada la falta de oportunidad de crear un delito imprudente de simple actividad, más aún si es de omisión pura —resultando más conforme con los principios de un Derecho penal democrático castigar los delitos de peligro sólo a título de dolo— y dado que ya existe la posibilidad de sancionar tales hipótesis como «irregularidades» relevantes a efectos de imposición de sanciones administrativas punitivas conforme al régimen del artículo 1 apartado 2 del citado Reglamento de la CE 2988/95.

Ante todo, como se desprende del texto de la Convención PIF de 1995, parece necesario aclarar la definición del concepto de dolo y de sus elementos de prueba, dada la gran variedad de orientaciones jurisprudenciales y regímenes normativos en el ámbito europeo; y también el régimen del castigo a título de complicidad o de inducción así como, eventualmente —pero sólo con respecto a las figuras dolosas— a título de tentativa.

Se trata en realidad de problemas que atañen a la ya ilustrada necesidad de una regulación de «parte general» que vuelven a plantearse también a propósito de los delitos de *corrupción* y de *blanqueo de capitales*. Respecto a éstos el primer protocolo de 1996 y el segundo protocolo de 1997 establecen de manera expresa la punibilidad también a título de complicidad, inducción y, desde luego, también de cooperación y de la tentativa.

8.2. Otras posibles incriminaciones

Ciertamente, la relevancia del blanqueo en el mecanismo de los fraudes en cuanto «núcleo esencial» de la criminalidad económica en general, remite a la dimensión extensiva y de infiltración estable de la

⁶⁹ El precepto ha sido reformulado en la versión del *Corpus Juris* de 2000 precisamente para distinguir la hipótesis de fraude, estructuralmente doloso, de aquella otra realizada por imprudencia, tipificada autónomamente.

delincuencia organizada en el sistema económico legal, evidenciando así la necesidad de una incriminación autónoma de los *delitos de asociación* a fin de combatir los concretos ataques a nivel transnacional que se producen como consecuencia de estos delitos⁷⁰.

Por lo demás, la propuesta comunitaria debe integrarse y no quedarse a la zaga respecto del paralelo proceso de reforzamiento de la cooperación internacional y de aproximación de las legislaciones penales que se está desarrollando en el ámbito de la Unión Europea sobre la base de los instrumentos del Tercer Pilar⁷¹, así como a nivel mundial sobre la base de la citada Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional de 2000.

A lo expuesto se debe añadir que la oportunidad de definir una figura autónoma de asociación criminal, caracterizada por una «estructura organizativa estable» como instrumento para la realización en el tiempo de una pluralidad indeterminada de fraudes, actos de corrupción o de blanqueo de capitales, no se puede concebir de manera separada respecto de la *previa* o paralela definición de parte general de las condiciones y de los requisitos para el castigo de estos delitos a título de concurrencia o participación y de tentativa, que necesitan de requisitos *comunes* de regulación no sólo desde el punto de vista lógico-jurídico, sino también desde el punto de vista de las decisiones político-criminales.

De hecho, no es posible proponer la tipificación de una figura asociativa sin haber definido previamente las relaciones entre tales hipótesis delictivas y los requisitos de relevancia penal de conductas caracterizadas de un modo menos riguroso respecto a las actuaciones iniciales (tentativa) o colaterales de complicidad, inducción o cooperación (participación delictiva) en los delitos antes mencionados también a la luz de la experiencia de los sistemas anglosajones que recurren por ejemplo a otro instituto diferente que es la *conspiracy*.

Por otra parte, con menos urgencia se plantean en cambio las decisiones de incriminación y definición de otras figuras delictivas, aun

⁷⁰ Sobre esta cuestión véase el «Libro Verde», punto 5.2.2.2, p. 38.

⁷¹ Se consideran las propuestas de la Cumbre europea de Tampere de octubre de 1999 y la acción común contra la delincuencia organizada de 1998, las propuestas más recientes de decisiones marco en la materia: sobre este aspecto véase SALAZAR, L., *L'Unione europea*, cit., p. 392, así como MILITELLO, V., «Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato», en MILITELLO, V.; PAOLI, L., y ARNOLD, J. (coordinadores), *Il crimine organizzato*, cit., p. 3 s., y, por último, PICOTTI, L., «La criminalità internazionale: forme di manifestazione ed ambiti di contrasto», en *Criminalità transnazionale*, cit..

previstas por el *Corpus juris* como las «propias» de los funcionarios públicos, incluidos los de las instituciones comunitarias (*abuso de función pública, revelación de un secreto al que se ha accedido como consecuencia del ejercicio de una función pública, malversación*), que no presentan relación inmediata con la ejecución de los fraudes, sino una relación de instrumentalidad más lejana a través de conductas autónomas o prodrómicas de sujetos que deberían asumir posiciones en abstracto antagónicas respecto a los autores de los fraudes, pues resultan lesionados otros bienes jurídicos que son el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración comunitaria en sí misma.

8.3. Sanciones

Por lo que respecta al problema concreto de las sanciones⁷², parece directamente respaldable la exigencia de una armonización de las penas que alcance a establecer la tipología con respecto, por ejemplo, a los límites dentro de los cuales parece necesaria la pena privativa de libertad personal, así como a la previsión de los casos y contenidos del comiso y de las sanciones aplicables frente a las personas jurídicas.

Ahora bien, no parece correcto limitar u orientar el objetivo de la armonización tan sólo al nivel *máximo* de las sanciones, siendo ciertamente este nivel relevante con frecuencia desde el punto de vista procesal, pero casi siempre poco significativo en el plano de la efectiva praxis aplicativa de la pena definitiva en sede de juicio.

Si, como se ha repetido, no se pretende sólo diseñar instrumentos que permitan el funcionamiento de un órgano de investigación y la instauración de un proceso por parte del Fiscal europeo, sino garantizar un desarrollo suficientemente *equivalente y efectivo* de la represión penal en todo el ámbito comunitario a través de la aplicación real de penas tendencialmente homogéneas, la primera condición para que la pena misma alcance los efectos preventivo-generales y disuasorios que le son propios es que sea suficientemente *cierta* y, por lo tanto, que la armonización parta de niveles mínimos comunes.

Similares consideraciones pueden aplicarse a las *penas alternativas o complementarias*, que deberían estar previstas, en líneas generales, a

⁷² «Libro Verde», punto 5.3, p. 40 s.

nivel comunitario, en particular por lo que respecta a las medidas de exclusión de actividades o procedimientos de competencia comunitaria (exclusión de la función pública europea, del acceso a subvenciones, de la admisibilidad para concurrir en la adjudicación de obras en las que intervengan financiaciones comunitarias, etc.).

9. Consideraciones finales

En sede de observaciones conclusivas, debe reiterarse la necesidad de que, partiendo de la base jurídica ofrecida por el artículo 280 del Tratado de la CE y de su *ratio* inspiradora, el recurso al instrumento penal vaya ligado a un elevado grado de armonización o, mejor, a una unificación a nivel comunitario de las normas de *Derecho penal sustantivo*, sobre todo en el plano de las *reglas generales comunes* que deben permitir la construcción, aunque sea en vía interpretativa, de un «sistema» suficientemente coherente y homogéneo como para poder operar como tal de conformidad con las exigencias de *eficiencia* y *equivalencia* que justifican la intervención de la Comunidad en el territorio de todos los Estados miembros.

El propio *acquis* comunitario, referible sobre todo al ámbito de las sanciones administrativas, pero que encuentra confirmación significativa también en las exigencias asumidas por los instrumentos del Tercer Pilar aprobados hasta ahora en el ámbito de la Unión Europea, ratifica la necesidad de una *mayor plenitud* sistemática de la intervención punitiva, que no puede reducirse a la introducción de un nuevo órgano de investigación y de acusación, el Fiscal europeo, con competencia comunitaria, en torno al cual gire el conjunto de las normas y reglas que tienden de forma inmediata a regular su actuación.

Sin embargo, previamente parece necesario asumir la especificidad de las decisiones de incriminación penal, cuyas sanciones requieren que se creen las condiciones esenciales para una aplicación final efectiva y equivalente en los diversos Estados miembros.

En otras palabras, no se trata de crear solamente una nueva autoridad «represiva», sino de construir efectivamente un nuevo *sistema* de «*Derecho penal comunitario*», sobre cuya base la aplicación de las sanciones punitivas tenga lugar no sólo con pleno respeto de las garantías de certeza e igualdad, sino también en un contexto de reconocimiento efectivo y legitimación sustancial, primera condición para su propia eficacia.