

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO
XXII CICLO

Interessi finanziari e diritto sanzionatorio comunitario.
Principi generali

Tesi di ricerca presentata da **ALBERTO GIL SORIANO** per il conseguimento del titolo di Dottore di Ricerca in Diritto Tributario, fatta sotto la direzione del Chiar.mo Prof. ADRIANO DI PIETRO, ordinario di Diritto Tributario dell' *Università di Bologna*

Esta investigación se ha realizado gracias a la obtención de una beca del Real Colegio de España en Bolonia

A mi Rector

Nota del autor

La redacción de la tesis doctoral es para muchos de nosotros el primer empeño de envergadura, al menos en cuanto a extensión, que tenemos que afrontar. Una tesis no es meramente un evento administrativo, ni es tampoco un evento exclusivamente científico, de pura investigación. Escribir una tesis tiene sobre todo una finalidad de aprendizaje. Dicen que el primer fruto de una tesis es el crecimiento de su autor, su aprendizaje al escribirla y mantener un discurso coherente y bien argumentado. Dicen también que lo realmente decisivo para una tesis es tener una buena pregunta, y después dedicar el tiempo necesario para adquirir el oficio y el método que permitan iluminar el problema que queremos abordar y permitan ofrecer finalmente una respuesta argumentada y convincente.

En efecto, después de dedicarme de lleno a la investigación en estos últimos meses, en estos últimos años, puedo corroborar que este proceso de maduración en lo intelectual tiene lugar: se aprende a razonar, a organizar conceptos, se adquiere capacidad de abstracción y se da un importante paso adelante.

Toda esta evolución no hubiera sido ni tan fácil ni tan agradable sin la estancia de dos años en el Real Colegio de España de Bolonia, fundado en el siglo XIV por el Cardenal Don Gil de Albornoz, con el que tenemos una deuda de gratitud. El fundador cuenta con la garantía de mayor solvencia, D. José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, nuestro Rector. No creo que pueda decir nada que no se haya dicho sobre él. Hemos aprendido con él algo nuevo todos los días, hemos compartido el amor por la Institución y nos ha ayudado a crecer en lo personal. Eso no se estudia en la Universidad y, en definitiva, nos ha enseñado a ser mejores personas.

En el Colegio he conocido a los que ahora son mis amigos: Jaume, Fernando, José Manuel, David; a mis “viejos” que nos transmitieron los valores de la Casa y a mis “nuevos”, que saben que los aprecio mucho y que –como todo Colegial que se precie- les envidio. El personal del Colegio nos ha tratado con una exquisitez extrema y Bolonia nos ha acogido con los brazos abiertos. Quedan en el recuerdo los paseos nocturnos por piazza Maggiore en invierno, desierta y con una densa niebla que cubre todo; o las eternas tardes de primavera en los giardini Margherita; o las vistas de la ciudad desde el Rizzoli. Y sobre todo su gente, que nos abrió sus casas y sus corazones.

En lo académico debo todo a dos personas, al profesor Di Pietro y a D. Juan Martín Queralt. Del primero puedo decir que nos ha demostrado que lo imposible es posible. Siempre ha tenido una sonrisa para nosotros, un minuto para hablar de la tesis, y grandes paseos volviendo a casa después de la jornada de trabajo. Quedan pocos profesores como él, que creen en la Universidad y que tienen claro que el futuro pasa por Europa: el Doctorado Europeo, la Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios, los programas de cotutela, etc., son realidades desde hace mucho tiempo y

significan integración europea. Nunca el Derecho comunitario ha estado tan presente en nuestras vidas y por ello, el departamento de Derecho Tributario de la Università di Bologna es pionero.

De D. Juan Martín Queralt tampoco se pueden decir muchas novedades. Es uno de los grandes, en lo académico y en lo personal. Todos recordamos con afecto sus clases a las nueve de la mañana, clases magistrales en sentido propio, donde conocíamos y analizábamos de primera mano las novedades legislativas y jurisprudenciales, siempre tan prácticas. Gracias a él conocí el Colegio y nada hubiera sido igual sin el Colegio. Nada.

La Universidad también me ha dado compañeros que con el tiempo se han convertido en amigos y a ellos les debo haber pasado muy buenos momentos en el "Cicu", en las reuniones científicas fuera de Bolonia, en el viaje que hicimos a Lovaina y Bruselas con motivo de un Congreso, etc. De Valencia quedan otros tantos compañeros y amigos con los que compartir un café, unas risas, recibir ánimos cuando uno más los necesita y sorprenderse alguna vez con chocolate o con un disco encima de la mesa.

Los amigos, mis amigos, también han sido una gran ayuda, por los ánimos y por los buenos momentos que te permiten olvidar, por unas horas, el omnipresente tema de tesis que se convierte en parte de cada uno. También me gustaría agradecer los buenos momentos pasados con los que ya no están: Juan, Alfredo, y sobre todo, dar las gracias por todo a mi familia y a mis padres, porque sin ellos, nada de esto hubiera sido posible.

Valencia, febrero de 2009

Índice

| | |
|---|----------|
| ABREVIATURAS | XI |
| INTRODUCCIÓN..... | XIII |
| I. EL DERECHO SANCIONADOR COMUNITARIO | 1 |
| 1. CONSIDERACIONES PREVIAS | 1 |
| 1.1. <i>El sistema competencial comunitario</i> | 1 |
| Competencias exclusivas | 3 |
| Competencias compartidas | 5 |
| Competencias complementarias | 6 |
| Competencias ejecutivas | 7 |
| Las modificaciones competenciales del Tratado de Lisboa: la creciente tendencia intergubernamental ... | 9 |
| 1.2. <i>Sobre la competencia sancionadora de la Unión Europea</i> | 10 |
| - La sentencia TJCE Alemania c. Comisión de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90 | 13 |
| 1.3. <i>Límites formales y materiales en la conformación del modelo sancionador</i> | 16 |
| 1.3.1. Los modelos sancionadores comunitarios y la jurisprudencia del TJCE sobre la materia. En particular, la sentencia “Comisión/Consejo” de 13 de septiembre de 2005 | 17 |
| - La sentencia “Comisión c. Consejo” de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03 | 22 |
| a) Extensión de la armonización. | 25 |
| b) Intensidad de la armonización..... | 25 |
| c) Principio de legalidad y armonización..... | 26 |
| d) Concepción accesoria del Derecho penal | 26 |
| 1.3.2. Límites procedentes del ordenamiento comunitario | 27 |
| 1.3.2.1. Posición basada en el artículo 229 TCE. Teoría de la máxima amplitud | 27 |
| 1.3.2.2. Posición de la teoría los poderes implícitos o del efecto útil y el artículo 308 TCE)..... | 29 |
| 1.3.3. Los inconvenientes desde el punto de vista constitucional nacional: el respeto a los Derechos fundamentales, y en particular al principio de legalidad..... | 31 |
| 1.3.3.1. La protección de los Derechos fundamentales por la Unión Europea | 31 |
| 1.3.3.2. Novedades a la luz del Tratado de Lisboa. El espacio de libertad, seguridad y justicia | 34 |
| 1.3.3.3. Los Derechos fundamentales tutelados en el Tratado de Lisboa* y su incidencia sobre el Derecho de los Estados miembros | 39 |
| a) Derechos fundamentales | 39 |
| b) Incidencia en los Estados miembros | 41 |
| c) Conclusiones | 43 |
| 1.3.3.4. Adenda: la adhesión de las Comunidades al CEDH | 43 |
| 1.4. <i>¿Hacia un sistema de derecho penal comunitario?</i> | 46 |
| 1.4.1. Derecho penal europeizado vs. Derecho penal europeo..... | 46 |
| 1.4.2. Una mirada al futuro | 48 |
| 2. NATURALEZA DE LAS SANCIONES COMUNITARIAS | 51 |
| 2.1. <i>Introducción. Sobre el concepto de sanción</i> | 51 |
| 2.2. <i>Tipología de las sanciones comunitarias</i> | 53 |
| 2.2.1. Sanciones comunitarias directas | 53 |
| 2.2.1.1. Multas del derecho sancionador comunitario europeo de la competencia | 54 |
| El Derecho de defensa de la competencia | 54 |
| Evolución normativa | 55 |
| La empresa como autor | 57 |
| Imposición y graduación de las multas por parte de la Comisión | 58 |
| Las sanciones | 59 |
| Las multas sancionadoras | 59 |
| Las multas coercitivas | 60 |
| 2.2.1.2. Multas del reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas | 61 |
| Las operaciones de concentración entre empresas..... | 61 |
| Las sanciones: multas sancionadoras y coercitivas..... | 63 |
| 2.2.1.3. Multas del [extinto] Tratado CECA..... | 63 |
| 2.2.1.4. Sanciones del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo | 64 |
| 2.2.2. Sanciones comunitarias indirectas | 66 |
| 2.2.2.1. Sanciones sui generis aparecidas en el ámbito de la Política Agrícola Común | 66 |
| Pérdida de caución e incrementos («majorations») | 67 |
| Sanciones interdictivas | 68 |
| 3. PARTE GENERAL DEL DERECHO SANCIONADOR COMUNITARIO | 71 |

| | |
|---|------------|
| 3.1. Introducción..... | 71 |
| 3.2. Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario | 73 |
| 3.2.1. Los principios generales del derecho como normas de derecho originario | 75 |
| 3.2.2. Funciones y rango jerárquico de los principios generales del derecho | 76 |
| 3.3. Los principios generales del Derecho sancionador comunitario. Lagunas del ordenamiento jurídico y el método a seguir en la elaboración de principios generales del derecho del Derecho sancionador . | 77 |
| 3.4. Instituciones del Derecho sancionador comunitario..... | 79 |
| 3.4.1. Principio de legalidad..... | 80 |
| 3.4.1.1. Contenido. El principio de determinación | 81 |
| 3.4.1.2. Relaciones entre los reglamentos del Consejo y de la Comisión | 83 |
| 3.4.1.3. Principio de irretroactividad | 84 |
| 3.4.1.4. Interpretación y analogía..... | 87 |
| 3.4.2. El principio de proporcionalidad..... | 88 |
| 3.4.2.1. La configuración del principio de proporcionalidad en el sistema sancionador | 89 |
| 3.4.2.2. Criterios de proporcionalidad de las sanciones | 90 |
| 3.4.2.3. El control de la proporcionalidad..... | 92 |
| 3.4.3. Acumulación de sanciones comunitarias y nacionales. Non bis in idem | 92 |
| 3.4.3.1. El cúmulo de sanciones comunitarias o mixtas y nacionales | 95 |
| 3.4.3.2. El reconocimiento del principio del non bis in idem en las relaciones entre los Estados miembros y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas | 97 |
| 3.4.4. Causas de exoneración o de atenuación | 101 |
| 3.4.4.1. Estado de necesidad | 101 |
| 3.4.4.2. Legítima defensa..... | 102 |
| 3.4.4.3. La fuerza mayor | 103 |
| 3.4.5. Culpabilidad | 104 |
| 3.4.5.1. Concepto de dolo e imprudencia..... | 107 |
| 3.4.5.2. El error | 109 |
| 3.4.5.3. La infracción continuada en Derecho comunitario | 111 |
| 3.4.6. Autoría y participación | 112 |
| 3.4.6.1. Las personas responsables: coautor, inductor y cómplice..... | 114 |
| 3.4.6.2. La tentativa | 116 |
| 3.4.6.3. Responsabilidad de las personas jurídicas | 116 |
| II. LA [DIFÍCIL] ARMONIZACIÓN EN MATERIA DE SANCIONES | 117 |
| 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA..... | 117 |
| 1.1. La protección de los intereses comunitarios | 117 |
| 1.2. Primeras iniciativas legislativas para la protección de los intereses financieros..... | 118 |
| 1.3. El Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el fraude: el tercer pilar | 121 |
| 1.3.1. Marco jurídico general de la lucha contra el fraude. El deber de cooperación leal..... | 121 |
| 1.3.2. El artículo 209 A del Tratado CE..... | 122 |
| 1.3.3. El tercer pilar. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y sus protocolos anexos | 123 |
| 1.4. El Primer Pilar. Los reglamentos 2988/95 y 2185/96..... | 128 |
| 1.5. El Corpus Juris | 130 |
| 1.5.1. Parte general | 132 |
| 1.5.2. Parte especial | 132 |
| 1.5.3. Derecho procesal penal | 133 |
| 1.6. El Tratado de Ámsterdam. El artículo 280 TCE en su nueva redacción. Lucha contra el fraude | 135 |
| 1.6.1. El Tratado de Ámsterdam y la cooperación reforzada..... | 135 |
| 1.6.2. Una nueva base jurídica para la protección de los intereses financieros | 137 |
| 1.6.3. Otras iniciativas | 139 |
| 1.6.3.1. El Libro Blanco de Reforma de la Comisión..... | 139 |
| 1.6.3.2. El Nuevo Reglamento financiero..... | 140 |
| 1.6.3.3. Plan de Acción de Lucha contra el Fraude | 141 |
| 1.6.3.4. Novedades | 142 |
| 1.7. El espacio judicial europeo y Eurojust..... | 143 |
| 1.8. El papel de la OLAF | 145 |
| 1.8.1. Generalidades..... | 145 |
| 1.8.2. Modos de investigación | 148 |
| 1.8.2.1. Investigaciones externas..... | 148 |
| 1.8.2.2. Investigaciones internas | 149 |
| 1.8.3. Deficiencias en el marco de las investigaciones de la OLAF..... | 150 |

| | |
|--|-----|
| 1.8.3.1. Voluntad de independencia difícilmente realizable..... | 150 |
| 1.8.3.2. Protección de las garantías y derechos individuales..... | 151 |
| 1.8.3.3. El control de legalidad de las investigaciones..... | 152 |
| 1.8.4. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1073/1999..... | 152 |
| 1.9. <i>Últimos pasos en la protección de los intereses financieros</i> | 157 |
| 1.9.1. Protección penal de los intereses financieros de la Comunidad..... | 157 |
| 1.9.2. La creación de la Fiscalía Europea. El Libro verde de la Comisión sobre el Fiscal Europeo..... | 158 |
| El Libro verde de la Comisión sobre el Fiscal Europeo..... | 160 |
| Antecedentes..... | 160 |
| Competencia..... | 161 |
| Estatuto jurídico y organización interna..... | 162 |
| Derecho penal material..... | 163 |
| Fiscalía Europea y OLAF..... | 164 |
| 1.9.3. La Constitución Europea..... | 166 |
| 1.9.4. El Tratado de Lisboa..... | 168 |
| 2. LOS INTERESES FINANCIEROS COMUNITARIOS..... | 173 |
| 2.1. <i>Concepto</i> | 173 |
| 2.2. <i>La protección de los intereses financieros comunitarios</i> | 176 |
| 2.3. <i>Los ingresos de la Comunidad</i> | 177 |
| El Sistema de Recursos Propios..... | 178 |
| 2.4. <i>Los gastos de la Comunidad</i> | 180 |
| 3. EL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS..... | 183 |
| 3.1. <i>Contenido del Convenio</i> | 183 |
| 3.2. <i>Análisis del convenio</i> | 186 |
| 3.2.1. Incorporación de tipos penales en estructuras nacionales..... | 186 |
| 3.2.2. Falta de un concepto uniforme de subvención..... | 186 |
| 3.2.3. Falta de establecimiento del principio de culpabilidad en el Convenio..... | 189 |
| 3.2.4. Falta de regulación de otros supuestos para casos particularmente graves..... | 189 |
| 3.3. <i>Los protocolos anexos al Convenio</i> | 190 |
| 3.3.1. Primer Protocolo anexo: Protocolo relativo a la corrupción de los funcionarios..... | 190 |
| 3.3.2. Segundo protocolo anexo: Protocolo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas y el blanqueo de capitales..... | 192 |
| 3.3.3. Tercer protocolo anexo: Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..... | 193 |
| 3.4. <i>Los reglamentos núm. 2988/95 y 2185/96</i> | 194 |
| 3.4.1. El reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas..... | 194 |
| 3.4.1.1. Concepto de irregularidad..... | 194 |
| 3.4.1.2. Concepto de agente económico..... | 196 |
| 3.4.1.3. Análisis del contenido..... | 196 |
| 3.4.2. El Reglamento (Euratom, CE) nº 2185/96, relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión contra los fraudes e irregularidades..... | 198 |
| 3.4.2.1. Fase preliminar..... | 199 |
| 3.4.2.2. Fase ejecutiva..... | 199 |
| 3.4.2.3. Obligaciones relacionadas con la información obtenida..... | 201 |
| 3.4.2.4. Controles y verificaciones en terceros países..... | 202 |
| 3.4.2.5. Conclusión..... | 202 |
| 4. LA RECEPCIÓN DEL CONVENIO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 305.3, 306 Y 309. PROBLEMAS QUE PLANTEA..... | 205 |
| 4.1. <i>Antecedentes</i> | 205 |
| 4.2. <i>Recepción del Convenio por el ordenamiento jurídico español</i> | 206 |
| 4.2.1. Delimitación de los preceptos y el artículo 306 del Código penal..... | 206 |
| 4.2.2. El bien jurídico protegido..... | 208 |
| 4.2.3. Protección de los ingresos. Los artículos 305.3 y 627 CP..... | 209 |
| 4.2.3.1. Análisis del artículo 305.3 del Código Penal. Tipo..... | 209 |
| 4.2.3.2. Naturaleza jurídica de la cuantía..... | 213 |
| 4.2.3.3. Cómputo de las cuantías defraudadas y excusa absolutoria..... | 215 |
| 4.2.3.4. Análisis del artículo 627 del Código Penal..... | 215 |
| 4.2.4. Protección de los gastos. El fraude de subvenciones..... | 216 |
| 4.2.4.1. El fenómeno del fraude de subvenciones y su protección penal..... | 216 |
| 4.2.4.2. Análisis del artículo 309 del Código Penal..... | 217 |

| | |
|--|------------|
| Tipo | 217 |
| Cuota..... | 219 |
| Cuestiones sobre la autoría | 219 |
| Funcionarios públicos..... | 219 |
| Organismos y empresas públicas | 221 |
| 4.2.4.3. Análisis del artículo 306 del Código Penal..... | 221 |
| Tipo | 221 |
| Autoría | 222 |
| Otras cuestiones | 222 |
| Inexistencia de excusa absolutoria..... | 222 |
| El problema de las subvenciones mixtas..... | 223 |
| La elusión del pago de la tasa láctea y de la exacción reguladora del azúcar “C” | 224 |
| 4.2.4.4. Análisis del artículo 628 del Código Penal..... | 228 |
| CONCLUSIONES | 229 |
| ANEXOS | 243 |
| <i>Cuadro 1 – Número de irregularidades e importes. Año 2007</i> | <i>243</i> |
| BIBLIOGRAFÍA | 245 |
| A. FUENTES DOCTRINALES..... | 245 |
| B. FUENTES NORMATIVAS | 254 |
| C. FUENTES JURISPRUDENCIALES | 264 |
| D. OTRAS FUENTES..... | 272 |

Abreviaturas

| | |
|------------------|---|
| <i>AELC/EFTA</i> | Asociación Europea de Libre Comercio / European Free Trade Association |
| <i>AN</i> | Audiencia Nacional |
| <i>AO</i> | <i>Abgabenordnung</i> u Ordenanza Tributaria alemana |
| <i>AP</i> | Audiencia Provincial |
| <i>BCE</i> | Banco Central Europeo |
| <i>BEI</i> | Banco Europeo de Inversiones |
| <i>CDFUE</i> | Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| <i>CE</i> | Comunidad Europea |
| <i>CECA</i> | Comunidad Europea del Carbón y del Acero |
| <i>CED</i> | Comunidad Europea de Defensa |
| <i>CEDH</i> | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| <i>CEE</i> | Comunidad Económica Europea |
| <i>CIG</i> | Conferencia Intergubernamental |
| <i>COCOLAF</i> | Comité de Coordinación de la Lucha Antifraude |
| <i>CP</i> | Código Penal |
| <i>DG</i> | Dirección General |
| <i>DO</i> | Diario Oficial (de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea) |
| <i>ECOFIN</i> | Consejo de Asuntos Económicos y Financieros |
| <i>EEE</i> | Espacio Económico Europeo |
| <i>EURATOM</i> | Comunidad Europea de la Energía Atómica |
| <i>EUROJUST</i> | Unidad Europea de Cooperación Judicial |
| <i>EUROPOL</i> | Oficina Europea de Policía |
| <i>FED</i> | Fondo Europeo de Desarrollo |
| <i>FEDER</i> | Fondo Europeo de Desarrollo Regional |
| <i>FEGA</i> | Fondo Español de Garantía Agraria |
| <i>FEOGA</i> | Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola |
| <i>FJ</i> | Fundamento Jurídico |
| <i>FSE</i> | Fondo Social Europeo |
| <i>IEF</i> | Instituto de Estudios Fiscales |
| <i>IVA</i> | Impuesto sobre el valor añadido |
| <i>JAI</i> | Justicia y Asuntos de Interior |
| <i>LGT</i> | Ley General Tributaria |
| <i>LO</i> | Ley Orgánica |
| <i>OIT</i> | Organización Internacional del Trabajo |
| <i>OLAF</i> | Oficina Europea de Lucha contra el Fraude |
| <i>OWiG</i> | <i>Ordnungswidrigkeitengesetz</i> o Ley de contravenciones e infracciones administrativas alemana |
| <i>PAC</i> | Política Agrícola Común |
| <i>PE</i> | Parlamento Europeo |
| <i>PESC</i> | Política Exterior y de Seguridad Común |
| <i>PIB</i> | Producto Interior Bruto |
| <i>PIF</i> | Protección de los Intereses Financieros |
| <i>PNB</i> | Producto Nacional Bruto |

| | |
|--------------|--|
| <i>Rec.</i> | Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européenes / Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde 1986 |
| <i>REDA</i> | Revista Española de Derecho Administrativo |
| <i>RGDP</i> | Revista General de Derecho Penal |
| <i>RNB</i> | Renta Nacional Bruta |
| <i>RVAP</i> | Revista Vasca de Administración Pública |
| <i>StGB</i> | <i>Strafgesetzbuch</i> o Código Penal alemán |
| <i>TC</i> | Tribunal Constitucional |
| <i>TCE</i> | Tratado de la Comunidad Europea |
| <i>TCECA</i> | Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero |
| <i>TCEE</i> | Tratado de la Comunidad Económica Europea |
| <i>TEDH</i> | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| <i>TJCE</i> | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| <i>TPI</i> | Tribunal de Primera Instancia |
| <i>TS</i> | Tribunal Supremo |
| <i>TUE</i> | Tratado de la Unión Europea |
| <i>UCLAF</i> | Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude |
| <i>UE</i> | Unión Europea |
| <i>UEM</i> | Unión Económica y Monetaria |
| <i>UWG</i> | <i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> o Ley de Lucha contra la Competencia Desleal alemana |
| <i>VV.AA</i> | Varios autores |

Introducción

Objeto de la investigación

El objeto de la presente tesis doctoral consiste en el análisis del régimen actual de la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, así como sus perspectivas de futuro. Desde la firma de los Tratados de París y de Roma, el Presupuesto comunitario se convirtió en objeto de tutela preferente y con ese fin se han sucedido numerosas normas comunitarias tendentes a protegerlo. Actualmente existe una gran preocupación sobre el fraude en la Comunidad: en el año 2007, en la gestión de fondos agrícolas y regionales, se notificaron un total de 12.000 irregularidades por valor de 1.155 millones de euros. Con carácter general se estima que el fraude total puede ascender a unos 2.000 millones de euros anuales.

Por otro lado, las Comunidades Europeas se dotaron desde su principio de un sistema sancionador propio que les ayudara al eficaz cumplimiento de sus fines. En el ámbito del Derecho de la competencia se creó un sistema sancionador administrativo basado en sanciones pecuniarias impuestas por la Comisión y que recaían exclusivamente sobre personas jurídicas. Posteriormente, con el desarrollo de la Política Agrícola Común fue configurándose otro modelo sancionador basado en sanciones *sui generis* impuestas por los Estados miembros, lo que suscitó dudas sobre su legalidad en algunos Estados. El Tribunal de Justicia afirmó la legalidad de dicho modelo en tanto que dichas sanciones fueran necesarias para implementar correctamente la política en cuestión.

Vista pues la competencia sancionadora en materia administrativa, se pretende analizar si los Tratados constitutivos aportan una base jurídica que permita hablar de la existencia de una competencia comunitaria en materia penal, paso necesario para dotar a la Comunidad de una herramienta eficaz en la lucha contra el fraude. En este sentido, se analiza toda la evolución normativa y la previsible evolución de ésta y se da una visión global del régimen jurídico actual de protección de los intereses financieros de la Comunidad a nivel comunitario, y también a nivel español.

Por encima de este *ius puniendi* comunitario, bien sea entendido en sentido amplio o estricto, se sitúa el respeto a los Derechos fundamentales, cuestión no pacífica. Las Comunidades Europeas no cuentan aún con un catálogo de Derechos Fundamentales, y las lagunas en dicha materia han

sido integradas por el Tribunal de Justicia desde los orígenes, recurriendo a los Principios Generales del Derecho (concepciones o ideas básicas que subyacen a la normativa comunitaria), así como a principios comunes de los Estados miembros o del Derecho Internacional. Especialmente relevante es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación de éste, dentro del Consejo de Europa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Por tanto, en las páginas siguientes se estudian las principales instituciones del Derecho sancionador comunitario y se tratan algunos de las cuestiones problemáticas que se plantean, entre otras, el principio del *non bis in idem* o el *principio de culpabilidad*. A la normativa anteriormente citada hay que unir el importantísimo Reglamento del Consejo nº 2988/95, que se convierte en una Parte General del Derecho sancionador, con sus defectos, pero con sus innumerables ventajas. En último lugar, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se convertirá en Derecho originario con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es un paso muy importante en la protección de los Derechos Fundamentales.

Importancia de la investigación

Independientemente del llamado *déficit democrático* de la Unión Europea, hoy cuestionado por algunos autores, lo cierto es que la Unión Europea está presente en nuestras vidas de una manera omnipresente y por otro lado, el grado de desarrollo que hemos conseguido los países europeos, y especialmente España, no habría sido posible sin ella. El principal instrumento para que la Comunidad pueda cumplir los fines que establece el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es su presupuesto. Y es ahí donde radica la importancia del sistema de protección de los intereses financieros.

Aunque tanto en España como en Italia existen algunos especialistas en la materia y se han realizado interesantes trabajos de investigación, no existe ningún trabajo reciente que, de forma exclusiva y concreta, aborde la protección administrativa y penal de los intereses financieros de la Comunidad. De esta manera, se analiza el régimen jurídico del Derecho sancionador comunitario y el embrionario Derecho penal europeo. En los próximos años seremos testigos de numerosos avances en este campo, dada la firme voluntad de las Instituciones europeas de profundizar en la lucha contra el fraude para que ésta, como indica el TJCE en su famosa sentencia del *maíz griego*, sea definitivamente efectiva, proporcionada y disuasoria.

Toda esta actividad investigadora se completa con el estudio de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, la mayoría de ellos de elaboración jurisprudencial. Dichos derechos deben inspirar el Derecho comunitario. La Carta Europea de Derechos Fundamentales es una novedad que no ha sido tratada extensamente por la doctrina y de ahí el interés en analizar algunos de sus preceptos y el impacto efectivo que tendrá en el acervo comunitario. La CDFUE además, abre las puertas a la adhesión de la Comunidad Europea / Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aspecto jurídicamente controvertido y problemático.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aunque no se conozca su calendario por los recientes acontecimientos ocurridos en el proceso de ratificación, supondrá un avance sobre todo en cuestiones de justicia e interior, donde se produce una comunitarización parcial del llamado tercer pilar, el título VI del Tratado de la Unión Europea. Además, la Unión Europea sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea (artículo 1.1 del Tratado de Lisboa), y el Derecho originario quedará compuesto por el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Novedades de especial trascendencia y que se comentan en las páginas sucesivas.

Método y materiales usados

Una de las características que distingue a nuestro tema de estudio es su carácter multidisciplinar, a caballo entre el Derecho Tributario, Administrativo, Penal, Constitucional, Comunitario e Internacional. La referencia a los intereses financieros nos indica que el eje central es el Derecho Financiero y Tributario, ello sin obviar las demás vertientes, íntimamente relacionadas.

En el curso de la elaboración de esta tesis doctoral se ha examinado las fuentes de conocimiento primarias (especialmente los textos normativos propios de las Comunidades Europeas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y numerosa documentación comunitaria). También se han estudiado las fuentes de conocimiento secundarias, esto es, libros y artículos de revistas jurídicas especializadas.

La localización, el estudio y el análisis de esta copiosa documentación ha implicado distintos grados de dificultad. A tales efectos, cabe destacar el gran ahorro de tiempo que supone internet. Sus portales (especialmente *EUR-Lex*) han aligerado especialmente la consulta de los documentos más recientes que se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea, la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia, las actas y resoluciones del Parlamento Europeo y, especialmente, los documentos preparatorios emitidos desde la Comisión Europea como documentos COM).

Del mismo modo, ha resultado útil consultar el material bibliográfico de la Facultad de Derecho de la *Universitat de València*. Pero sin duda merece una especial mención la biblioteca del Dipartimento di Scienze Giuridiche “A. Cicu” de la *Università di Bologna*, una de las mayores bibliotecas de Europa donde destaca la vasta cantidad de material sobre Derecho Tributario, Comunitario y su rica hemeroteca. De hecho, los mayores problemas en la labor de “prospección” bibliográfica han surgido a la hora de seleccionar el material localizado. Particularmente rica y abundante es la doctrina en lengua francesa hasta los años ochenta, lo que contrasta con la menor cantidad de material doctrinal de los últimos años. Por otro lado, cabe destacar la difícil localización de las actas de sesiones del Parlamento Europeo.

Estructura sistemática

Para dar orden y claridad a la investigación, la estructura de este trabajo se ha dividido en dos grandes partes.

En la **primera** de ellas se analiza parte del régimen jurídico del Derecho sancionador comunitario. En particular, se profundiza en la competencia comunitaria en materia sancionadora, para lo que es necesario estudiar los preceptos del Derecho originario y derivado que regulan la materia, así como los principales pronunciamientos del TJCE, en especial las sentencias del TJCE *Alemania contra Comisión* de 1992 y *Comisión contra Consejo* de 2005 y 2007.

Una vez determinada la competencia sancionadora de la Comunidad incluso la competencia para armonizar penalmente los Derechos nacionales en aquellas materias que sean competencia del Derecho comunitario se analiza la posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, haciendo especial referencia a la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En un segundo capítulo se analiza las sanciones comunitarias, es decir, su naturaleza y tipos, y finalmente, en un tercer capítulo se proceden a estudiar los principios generales del Derecho – que afectan más directamente al Derecho sancionador- en el ordenamiento comunitario, en

particular, el principio de legalidad, de proporcionalidad, el *non bis in idem*, las causas de exoneración, el principio de culpabilidad y cuestiones sobre autoría y participación.

La **segunda** parte de la tesis aborda la protección de los intereses financieros comunitarios. Para ello, se analiza toda la evolución normativa y las últimas novedades, tales como la creación del Ministerio Fiscal Europeo. En un segundo capítulo se precisa qué se entiende por intereses financieros comunitarios, todo y que la Comunidad no ha establecido una definición. La importancia estriba en que de dicha interpretación terminológica determinará los ámbitos que son susceptibles de protección.

En el tercer capítulo se estudia el Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Convenio PIF), una herramienta de Derecho internacional y los reglamentos del Consejo nº 2988/95 y 2185/96, que constituyen la parte general del Derecho sancionador comunitario. Finalmente, en el capítulo cuarto se examina la recepción del Convenio PIF por el Código penal español, así como alguna de las cuestiones que más problemas generan.

I. El Derecho sancionador comunitario

1. Consideraciones previas

1.1. El sistema competencial comunitario

Hablar de la existencia de una competencia sancionadora de la Unión Europea (sea administrativa o penal, como se viene discutiendo en los últimos tiempos) hace necesario escribir unas breves líneas, a modo de introducción, sobre el reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Una de las cualidades reconocidas a las Comunidades Europeas ha sido su original estructura de poderes: frente a la división de los tres poderes clásicos del Estado, hay cinco Instituciones que participan y concurren en el ejercicio de los poderes. Esta diferencia deriva de la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas: son organizaciones internacionales que, aunque participan de evidente inspiración constitucional, no admiten analogías fáciles con una estructura estatal ni tan siquiera federal. No son un Estado federal, porque ni son un Estado ni pretenden serlo¹.

Por otro lado, las Comunidades Europeas son organizaciones internacionales, creadas por Tratados Internacionales, pero tampoco se parecen al resto de estas organizaciones, pues en éstas, los órganos están marcados por la presencia de los Estados y por la representación de intereses estatales (a excepción de los órganos jurisdiccionales internacionales y de las Secretarías generales o de la peculiar composición tripartita de la OIT). La diferencia es que las Comunidades Europeas no son organizaciones internacionales de cooperación, sino de integración, basadas en la cesión de una parte de la soberanía. Sólo el Consejo acoge la presencia legítima y la defensa de los intereses nacionales.

La Comunidad tiene derecho y obligación de actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas, ya sean exclusivas o compartidas, y de los objetivos asignados (artículo 5.1 TCE) y de la misma manera, el artículo 7.1 TCE formula el *principio de atribución de competencia* referido a las Instituciones. Ello significa que las Instituciones comunitarias sólo pueden ejercer las competencias que les han sido atribuidas en los Tratados y no pueden, en consecuencia, adoptar

¹ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 260. Sobre la distribución de competencias véanse también DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, Thomson, Madrid, 2006 y DE PASQUALE, P., "Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, pp. 60-69

actos jurídicos fuera de las previsiones de los Tratados. Y de ahí que cuando adoptan un acto jurídico, la Institución autora del mismo debe explicar el fundamento o base jurídica.

Como en el resto de las organizaciones internacionales, el principio de atribución se encuentra en el origen del sistema competencial de la Unión Europea. Los Estados tienen una competencia general y plena, es decir, que pueden llevar a cabo todas aquellas funciones que necesiten para alcanzar sus fines, y las limitaciones a sus poderes no se presumen, sino que deben probarse para cada caso particular². En cambio, la competencia de la Unión se rige por los principios de especialidad (es creada para la consecución de objetivos concretos) y de atribución (para alcanzar sus objetivos cuenta con las competencias que le asignan los Tratados constitutivos). En definitiva, los tratados constitutivos son el fundamento y el límite de las competencias comunitarias.

Las competencias comunitarias pueden ser de tres tipos, en función de su origen. En primer lugar nos encontramos con una serie de competencias tradicionales de los Estados que son atribuidas³ por los Estados miembros a la Unión Europea, renunciado los primeros a su ejercicio⁴. En segundo lugar, determinadas disposiciones de los Tratados implican la pérdida de competencias soberanas por parte de los Estados miembros, competencias que no son asumidas por la Comunidad⁵ (por ejemplo, la prohibición de establecer aranceles aduaneros o medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros). Todo lo más, las instituciones comunitarias reciben una potestad de control para fiscalizar el deber de los Estados miembros de abstenerse de actuar en estos terrenos.

² HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.74

³ Se ha planteado una cierta polémica doctrinal en torno a la elección del término más adecuado para calificar el viaje experimentado por las competencias desde el ámbito estatal hasta la esfera comunitaria. Unos autores hablan de transferencia, mientras que otros prefieren los términos delegación o atribución. La noción de transferencia sugiere la traslación de la competencia hasta el ámbito comunitario y la paralela desaparición de cualquier vínculo de la misma con el Estado miembro. De ahí que este término sea el preferido por los federalistas. La noción de delegación ha sido defendida en el pasado por otros autores, como Constantinesco, que defiende que *“il n’y aurait pas création «ab initio» de compétences communautaires au profit des Communautés”*, sino que más bien las competencias comunitarias serían *“déléguées, dérivés, secondes et correspondraient aux pertes de compétences étatiques”*, y de esta forma se garantizaría la primacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre el derecho interno sin incurrir en contradicciones con la teoría general de las organizaciones internacionales. Véase en CONSTANTINESCO, V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes, contribution à l’étude de la nature juridique des Communautés*, París, 1974, pp. 237-238

⁴ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1974, *Costa Enel*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1160. Estas competencias suponen “poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad (...) [que] supone una limitación definitiva de sus derechos soberanos.

⁵ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1976, *Kramer*, asuntos 3, 4 y 6/76, Rec. 1976, p. 1311, ap. 31, se estableció que *“la competencia reglamentaria ratione materiae de la Comunidad se extiende igualmente –en la medida que una competencia análoga pertenece a los Estados en virtud del derecho internacional público- a la pesca en alta mar”*.

Por último, los Tratados crean competencias *ex novo*, que no pertenecían con anterioridad a los Estados miembros, pero que formarán parte del catálogo competencial de las instituciones comunitarias, como por ejemplo la armonización de legislaciones.

Competencias exclusivas

Son competencias exclusivas de la Unión aquellas en las que la capacidad normativa corresponde únicamente a las instituciones comunitarias, quedando descartada, en principio, cualquier intervención legislativa estatal. Ello impide que los Estados miembros hagan uso de su competencia reguladora, bien sea mediante una medida autónoma⁶, mediante acuerdos internacionales con Estados terceros⁷ o en el marco de una organización internacional⁸. Aunque la Unión no ejerza su competencia, ésta no retorna a los Estados miembros, ya que la transferencia del poder normativo en estos ámbitos es “total y definitiva”⁹.

El concepto de exclusividad competencial se ha visto matizado mediante dos mecanismos que pretenden evitar la aparición de lagunas normativas en los casos en los que las instituciones comunitarias se retrasen o se bloqueen¹⁰ en su labor reguladora:

⁶ Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke*, asunto 41/76, Rec. 1976, p. 1921, ap. 21. “... limitazioni alla libera circolazione intracomunitaria delle merci in libera pratica possono essere imposte solo in forza di provvedimenti di politica commerciale adottati dagli Stati membri in conformità con il Trattato, poiché l’articolo 113, n. 1, ha conferito alla Comunità una competenza generale in materia di politica commerciale, i provvedimenti di politica commerciale d’indole nazionale sono ammissibili, dopo la scadenza del periodo transitorio, solo se specificamente autorizzati dalla Comunità.”

⁷ Dictamen 1/75 del TJCE, de 11 de noviembre de 1975, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE, Rec. 1975, p. 1355

⁸ Sentencia *Kramer* (véase nota al pie 5), aps. 43-44. «... l’articolo 116 del Trattato dispone che per tutte le questioni che rivestono un interesse particolare per il mercato comune, gli Stati membri, a decorrere dalla fine del periodo transitorio, condurrano unicamente un’azione comune nell’ambito delle organizzazioni internazionali a carattere economico, carattere economico che la commissione deve sottoporre al Consiglio proposte relative a tale azione comune, e che il Consiglio è tenuto a pronunciarsi su dette proposte».

«Dal complesso di tali disposizioni si desume che gli Stati membri aderenti alla convenzione e ad altri accordi analoghi sono sin d’ora tenuti non solo ad evitare di assumere, nell’ambito di tali accordi, impegni che possano ostacolare la Comunità nell’espletamento del compito assegnatole dall’articolo 102 dell’atto di adesione, ma anche a condurre un’azione comune in seno alla Commissione per la pesca”.

⁹ Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión c. Reino Unido*, asunto 804/79, Rec. 1979, p. 1045, ap. 20. «In primo luogo si deve osservare su questo punto che, poiché la competenza in materia spetta ora definitivamente ed esclusivamente alla Comunità, va radicalmente scartata l’idea che la summenzionata carenza abbia avuto la conseguenza di restituire agli Stati membri la competenza e la libertà d’azione unilaterale in questo settore».

¹⁰ La falta de intervención normativa comunitaria puede tener diversos orígenes endógenos y exógenos. En primer lugar, es posible que no se haya podido alcanzar un acuerdo durante el procedimiento legislativo comunitario para adoptar una norma (porque no se haya conseguido una mayoría suficiente en el Consejo, o por desacuerdo entre el Consejo y el Parlamento). También puede ocurrir que se produzcan obstáculos jurídicos para la intervención comunitaria, que no puedan resolverse de inmediato (por ejemplo, que los Estados miembros hayan asumido obligaciones previas a través de tratados internacionales en ese terreno, o que las decisiones deban adoptarse en una

- El Tribunal de Justicia ha aceptado que los Estados miembros puedan intervenir como gestores del interés común, en tanto no se ejerza la competencia comunitaria¹¹.
- Las instituciones comunitarias pueden autorizar expresamente a los Estados miembros para que desarrollen alguna actuación en materias de competencia exclusiva comunitaria¹². Técnicamente no se produce una renacionalización de la competencia, ya que en estos casos los Estados miembros actúan en representación de la Unión, y deben respetar las condiciones establecidas por el derecho comunitario¹³. No obstante, a través de este mecanismo se han sustraído importantes responsabilidades a las autoridades comunitarias que, en teoría, deberían considerarse de su competencia exclusiva¹⁴.

Hay dos elementos más que relativizan la noción de competencia exclusiva. En primer lugar, la ejecución de esas competencias corresponde fundamentalmente a los Estados miembros y, en segundo lugar, el alcance de las competencias identificadas como exclusivas no está claramente definido en algunos casos o se encuentra con límites que obligan a una colaboración entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros para su ejercicio efectivo¹⁵.

En cualquier caso, una competencia exclusiva de la Comunidad no supone que los Estados miembros carezcan de cualquier capacidad de actuación, o incluso de poder legislativo, en ese terreno, siendo necesario estudiar –como siempre– el caso concreto para determinar la capacidad residual de actuación de los Estados y su margen de discrecionalidad.

organización internacional de la Unión no forma parte). Igualmente, se han dado casos en el pasado en los que ciertos países terceros no han reconocido a la Comunidad como interlocutor en determinados ámbitos

¹¹ Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1980, *Comisión c. Reino Unido*, asunto 32/79, Rec. 1980, p. 2403. «*Il fatto che il Consiglio non abbia potuto giungere ad una decisione per rinnovare tali provvedimenti nel 1978 no ha avuto l'effetto di privare la Comunità della propria competenza in materia e di restituire così agli Stati membri un potere discrezionale nel campo di cui trattasi. In una situazione del genere, spettava agli Stati membri, per quanto riguarda le zone marittime soggette alla loro giurisdizione, adottare i provvedimenti di conservazione necessari, nell'interesse comune ed osservando le norme tanto sostanziali quanto procedurali che si desumono dal diritto comunitario, di cui la parte essenziale è stata ricordata sopra.*

¹² Véase nota 6.

¹³ Sentencia del TJCE de 16 de enero de 2003, *Annie Pansard*, asunto C-265/01, Rec. 2003, p. I-683, aps. 31 y 36

¹⁴ Sentencia de TJCE de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil*, asunto 174/84, Rec. 1986, p. 559, aps. 35-37, en la que el TJCE admite que, dentro del margen de apreciación que tiene el Consejo, se encuentra la facultad de excluir la exportación de los productos petrolíferos del régimen de la política comercial común, de manera que los Estados miembros puedan adoptar medidas unilaterales.

¹⁵ Dictamen 1/94 del TJCE, de 15 de noviembre de 1994, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual. Dicho dictamen puso de manifiesto, frente a una opinión muy extendida en la doctrina, que no todo el comercio de servicios estaba incluido dentro del ámbito de aplicación de la política comercial común, lo que ha obligado a una colaboración permanente entre las instituciones y los Estados miembros en las negociaciones y acuerdos internacionales celebrados en este contexto.

Competencias compartidas

Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se rigen por criterios similares a los establecidos en el artículo 72.1 de la Constitución alemana¹⁶: los Estados conservan su competencia legislativa, aunque ésta tiene un carácter temporal, provisional, ya que la misma desaparece en el momento que la Unión ejerce su competencia normativa. El Estado conserva una competencia normativa residual en relación con todos aquellos sectores del ámbito compartido no cubiertos por la legislación comunitaria.

La mayoría de las competencias de la Unión son compartidas con los Estados miembros, y este hecho no predetermina a quién corresponde la competencia ejecutiva, que dependerá de lo previsto para cada caso por el derecho comunitario. Se asemejan a las competencias exclusivas, pero tienen sustanciales diferencias de régimen jurídico: en las competencias exclusivas, la prohibición de intervención estatal deriva del derecho originario, mientras que en las compartidas la privación de la competencia normativa estatal procede de un acto de derecho derivado. Es más, la renacionalización de las competencias exclusivas exige una modificación del Tratado, mientras que para la recuperación nacional de una competencia compartida basta con un acto de derecho institucional¹⁷.

En segundo lugar, la posición de los Estados miembros es muy diferente en cada caso con respecto a las cuestiones no cubiertas por el derecho comunitario. En los ámbitos de competencia exclusiva los Estados no pueden dictar normas sin autorización comunitaria, mientras que en los ámbitos de competencia compartida los Estados miembros gozan de libertad para legislar, mientras no contravengan ninguna disposición comunitaria ni perjudiquen sus efectos. En tercer lugar, cualquier acción comunitaria en los ámbitos de competencia compartida debe justificarse en relación con el **principio de subsidiariedad**¹⁸, mientras que esto resulta innecesario en los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión, en los que por definición no cabe la intervención estatal.

¹⁶ Artículo 72.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “en el ámbito de la competencia legislativa compartida, los Länder tiene poder para legislar durante el tiempo que, y en la medida que, la Federación no haga uso de su competencia legislativa mediante una ley».

¹⁷ Aunque mediante una norma de derecho derivado también se puede habilitar a los Estados miembros para actuar en un ámbito de competencia teóricamente exclusiva de la Unión. Véase la Sentencia del TJCE de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil*, comentada en la nota al pie 14.

¹⁸ Sobre el principio de subsidiariedad, véanse las Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1986, *Reino Unido c. Consejo*, asunto C-84/94, Rec. 1966, p. I-5755 y de 13 de mayo de 1997, *Alemania c. Consejo*, C-233/94, Rec. 1997, p. I-2405 y véase también ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III, Madrid, 2002, pp. 37 y ss.

Por otro lado, las competencias compartidas se diferencian de las competencias complementarias en que las segundas no desplazan ni excluyen la competencia estatal, sino que coexisten con ella, de manera que la intervención comunitaria nunca tiene por efecto la preclusión de la competencia nacional.

El Tratado también configura unas competencias con fisonomía híbrida, a mitad camino entre las competencias compartidas y las complementarias, dándoles más bien una doble naturaleza. Hay dos modelos distintos: el primero corresponde a ámbitos donde el legislador comunitario prevé instrumentos propios tanto de las competencias compartidas como de las complementarias¹⁹. En segundo lugar, hay situaciones en que la intervención comunitaria puede abordarse desde una competencia compartida o complementaria²⁰. El único método apto para determinar categorías y juzgar la extensión de la competencia comunitaria en concreto es del “centro de gravedad” u objetivo principal del acto²¹.

Competencias complementarias

Se trata de ámbitos competenciales esencialmente nacionales, pero en los que la Unión Europea puede intervenir marginalmente, sin impedir a dichos Estados el ejercicio de sus competencias. La acción de la Unión se limita a complementar y apoyar la acción estatal, y nunca pretende sustituirla. Dicha intervención se articula a menudo a través de la financiación de programas comunitarios complementarios de los estatales, o mediante la concesión de subvenciones a proyectos considerados de interés europeo. Una vez establecidos éstos por un acto legislativo comunitario, corresponde a los Estados miembros su ejecución, sin perjuicio de que las instituciones comunitarias desempeñen una labor de supervisión de estas actividades.

La Unión también asume una función coordinadora de las políticas nacionales en varios de los ámbitos de competencia complementaria, como por ejemplo la obligación de coordinar las políticas económicas nacionales (incluso se establece un procedimiento de sanción para los

¹⁹ Así, el artículo 153.3 TCE contempla dos fórmulas distintas de actuación comunitaria: a) medidas de armonización sobre la base del artículo 95 TCE (la referencia al mercado interior nos situaría en el marco de las competencias compartidas); b) medidas que «apoyen, complementen y supervisen» la política llevada a cabo por los Estados miembros (lo que nos colocaría en el contexto de las competencias complementarias).

²⁰ No parece difícil imaginar intervenciones en el marco de la formación profesional (artículo 150 TCE, competencia complementaria), que al mismo tiempo faciliten la libre circulación de trabajadores (artículos 39 y ss., mercado interior, es decir, competencia compartida)

²¹ Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01, Rec. 2003, p. I-8913, aps. 39-40 y Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido c. Consejo*, asunto C-84/94, Rec. 1996, p. I-5755, aps. 21-22

Estados que violen determinadas exigencias sobre déficit público excesivo –artículos 99 y 104 TCE-, coordinación de políticas nacionales en materia de fomento del empleo, de establecimiento de redes transeuropeas, en política industrial, en investigación y desarrollo tecnológico, cooperación al desarrollo y en último lugar, en otros ámbitos que no pueden considerarse como competencias complementarias de la Unión: por ejemplo, para la protección de los intereses financieros de la Comunidad²².

El actual Tratado no distingue expresamente entre competencias compartidas y complementarias y el Tribunal de Justicia tampoco ha realizado esa categorización competencial, sino que ha sido la doctrina la que las ha distinguido. Por ello no hay un concepto claro de competencia complementaria. Un concepto restrictivo entiende por competencia complementaria aquella en la que la Unión carece de poder para adoptar actos obligatorios, y uno más amplio entiende que son aquellas en las que la actuación comunitaria no sustituye o desplaza a la nacional, de forma que los Estados miembros conservan sus competencias legislativas. Esta situación cambiará con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en virtud del cual, el TFUE, en sus artículos 3, 4 y 5 distinguirá claramente los tres tipos de competencias.

Competencias ejecutivas

La distinción entre competencias exclusivas, compartidas y complementarias se establece para el poder legislativo. La ejecución del Derecho comunitario corresponde, salvo excepciones²³, a los Estados miembros. El **principio de cooperación leal**²⁴, recogido en el artículo 10 TCE (artículo 4.3

²² Los Estados miembros asumen la obligación de coordinar sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad, y el Consejo puede adoptar las medidas necesarias al efecto. Con la redacción actual del artículo 280.3 y 280.4 TCE se especifica que éstas no pueden afectar a la legislación penal nacional ni a la administración nacional de Justicia. Pues bien, esta referencia desaparece en el artículo 325 TFUE, entre otros muchos motivos, por la evolución jurisprudencial, que está empezando a aceptar un embrionario Derecho penal europeo, como analizaremos con mucha más profundidad en el apartado I.1.3. del presente trabajo.

²³ El artículo 202 TCE señala que el Consejo «atribuirá a la Comisión, respecto de los actos que el Consejo adopte, las competencias de ejecución de las normas que éste establezca. (...) El Consejo podrá asimismo reservarse, en casos específicos, el ejercicio directo de las competencias de ejecución». El Tratado de Lisboa deroga del artículo 202 TCE, y es sustituido, en sustancia, por los artículos 16.1 TUE y 290 y 291 TFUE, que tratan la delegación y de la ejecución de actos vinculantes de la Unión

²⁴ El principio de cooperación leal o de lealtad federal, tal y como se ha formulado en la doctrina y jurisprudencia alemana, no es sino un límite a la discrecionalidad del Bund y de los Länder a la hora del ejercicio de sus respectivas competencias. La lealtad impide el abuso en el ejercicio de las competencias propias. El Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el principio de lealtad federal es un “principio no escrito que deriva del principio federal y obliga en el ejercicio de competencias propias a una consideración especial; limita el egoísmo de la Federación y de los Länder y los encauza allí donde sus intereses entran en oposición y, en consecuencia, una parte puede adoptar una medida contraria a los intereses de la otra”.

Sobre el principio de cooperación leal, véase LASO PÉREZ, J., *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. y LÓPEZ JURDO, C., *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión*

TUE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), es el fundamento en derecho originario de la obligación estatal de ejecutar el derecho comunitario, así como la obligación recíproca de colaboración entre las administraciones nacional y comunitaria en dicho cometido. La ejecución del Derecho comunitario plantea el dilema entre la descentralización que rige su aplicación y el principio de uniformidad: la ejecución descentralizada del derecho comunitario implica la afirmación del **principio de autonomía institucional y procedimental** en la aplicación del ordenamiento comunitario²⁵, siendo su único límite la garantía de la aplicación plena y uniforme de las normas comunitarias. Este principio tiene dos límites fijados por la jurisprudencia:

- a) Las disposiciones nacionales no pueden ser menos favorables para las acciones fundamentadas en el derecho comunitario que para las reclamaciones basadas en el derecho interno²⁶.
- b) Las normas nacionales no pueden hacer excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario²⁷.

Hay que decir que las competencias ejecutivas comunitarias son siempre expresas, y por tanto, siempre vendrán recogidas en una norma comunitaria, sea de derecho originario o derivado, que determinará el contenido y alcance de dichas competencias. Finalmente, la ejecución de las normas comunitarias incluye también el establecimiento de sanciones en caso de incumplimiento, y los Estados miembros pueden venir expresamente obligados a ello por la normativa comunitaria. Es más, los Estados miembros tienen la obligación de castigar las violaciones del derecho comunitario *«en condiciones análogas de fondo y de procedimiento»* a como se sancionan las conculcaciones de las normas nacionales de *«una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción»*, tal como dijo el Tribunal de Justicia en el caso del *maíz griego*²⁸.

Europea, Universidad de Granada, Granada, 2003; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 52-63 y HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea...*, pp. 119-123

²⁵ Establecido jurisprudencialmente por las Sentencias del TJCE de 11 de diciembre de 1973, *Nordsee*, asunto 122/73, Rec. 1973, p. 1511, y de 16 de diciembre de 1976, *Rewe / Landwirtschaftskammer für das Saarland*, asunto 33/76, Rec. 1976, p. 1989. Sobre dicho principio, véase ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., "El principio de autonomía institucional y procesal y sus relaciones con los principios fundamentales comunitarios", en MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, L. (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 443-477.

²⁶ Sentencias del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Grecia*, asunto 68/88, Rec. 1989, p. 2965, aps. 23 y 24, y de 10 de julio de 1997, *Rosalba Palmisani*, asunto C-261/95, Rec. 1997, p. I-4025, ap. 40.

²⁷ Sentencias del TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Franovich y Bonifaci*, asuntos C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357, ap. 43 y de 9 de noviembre de 1983, *SpA San Giorgio*, asunto 199/82, Rec. 1983, p. 3595, ap. 14.

²⁸ Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Grecia*, asunto 68/88, Rec. 1989, p. 2965, aps. 22-25. Véase también el punto I.1.3.1. y la nota al pie 54

Las modificaciones competenciales del Tratado de Lisboa: la creciente tendencia intergubernamental

Una de las principales novedades del Tratado de Lisboa es que se mencionan expresamente las competencias de la Unión (artículos 2 a 6 TFUE: exclusivas, compartidas y complementarias). Esta regulación se manifiesta como «prefederal» junto con la confirmación del principio de atribución (artículo 5 TUE, artículo 7 TFUE) y los preceptos que establecen cierta jerarquía normativa de carácter constitucional. Es el caso de la diferenciación entre actos legislativos, adoptados a través de un procedimiento legislativo -del Parlamento y del Consejo conjuntamente, por regla general- (artículos 14 y 16 TUE, artículo 293 TFUE) y actos no legislativos, así como los denominados «actos delegados» (delegación en la Comisión a través de un acto legislativo: artículo 290 TFUE).

Por otro lado, en relación al control de la subsidiariedad²⁹, se modifica el mecanismo de alerta temprana que introdujo el Tratado Constitucional: en primer lugar se amplía el plazo de emisión del informe [de los parlamentos nacionales y regionales] previsto al efecto de seis a ocho semanas y, en segundo lugar, el artículo 7 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad introduce en su apartado tercero la previsión de que en el supuesto de que una mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales considere que existe una violación del principio de subsidiariedad —esto es, en el caso usual, en que exista un desacuerdo entre la opinión de la Comisión que presenta la propuesta y los parlamentos nacionales— no sólo tendrá por consecuencia que *“la propuesta deberá volverse a estudiar”*, sino que por *“mayoría del 55 por 100 de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo”* podrá ser desestimada.

Esto, ciertamente, es más que una operación de maquillaje. Trastoca claramente el consenso subyacente en la regulación que fijó el Tratado Constitucional a partir de las sopesadas propuestas elaboradas por la Convención con base en el informe final de su Grupo I sobre la subsidiariedad.

También es extraña la preocupación del Tratado de Lisboa en insistir en que las competencias no atribuidas a la Unión corresponden a los Estados, en los artículos 4.1 y 5 TUE. Aún así, algunos Estados consideraron necesario incluir esa previsión en el artículo 6.1 TUE, diciendo que las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales no ampliarán en modo alguno las

²⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Estudio preliminar sobre el Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano, p. 26, http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf

competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados, pese a que la propia Carta lo prevé con toda nitidez en sus disposiciones horizontales. Además, se insiste en el artículo 4.2 *in fine* TUE que *“la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”*, cosa que es evidente y nadie cuestionaba. Además, el nuevo protocolo sobre los servicios de interés económico general vuelve con la idea de que *“las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, hacer que se realicen y organizar servicios de interés general que no sean económicos”*.

Se adopta, además, un nuevo Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas en el que se establece algo tan elemental para quien conozca el funcionamiento de la teoría de la *preemption* elaborada por el Tribunal de Justicia como que, *“cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión”*. Esto tiene relación con la inclusión de un apartado al precepto del TFUE que regulará las competencias compartidas para establecer que *“los Estados miembros ejercerán **de nuevo** su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”* (artículo 2.2 TFUE).

Lo más preocupante de todo es que algunos Estados pretenden renacionalizar algunas competencias de la Unión, y así, la regulación del procedimiento de revisión ordinario añadirá un inciso a lo que regulaba el artículo III-443 del Tratado Constitucional para establecer que los proyectos de revisión de los Tratados *“podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o **reducir** las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados”* (futuro artículo 48 TUE). Ello requerirá la unanimidad, lo cual es una garantía, pero hace ver que en la política del *“paso a paso”* también cabe el paso atrás.

1.2. Sobre la competencia sancionadora de la Unión Europea

La competencia legislativa de la Unión Europea y sus modalidades viene determinada en el Derecho primario, para el que rige el principio de la autorización singular y limitada, es decir, los órganos legislativos de la Unión precisan una atribución expresa de competencia, como se deduce de los artículos 189.1 TCE, del artículo E (artículo 5 TUE) y el artículo 3.b (artículo 5 TUE).

Así pues, tanto la jurisprudencia³⁰ como la doctrina comunitaria³¹ estiman que la Unión Europea no posee una competencia penal criminal en el sentido tradicional, puesto que los Estados miembros no renunciaron a su propia soberanía cuando firmaron el Tratado de Roma. Por otra parte, los Estados miembros no otorgarían al Consejo el ejercicio de una competencia tan esencial que conlleva la amenaza e imposición de sanciones penales sin una correspondiente autorización explícita, toda vez que el Consejo no es un parlamento ni está controlado por éste. A la actual configuración de una competencia comunitaria en materia penal se opone el “*déficit democrático*” de la estructura institucional del ordenamiento comunitario, que no permitiría – como afirma la regla- el respecto al principio de legalidad, un principio que, constituyendo un elemento fundamental común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, ha sido acogido en el ordenamiento comunitario³².

A pesar de esto, la Unión Europea ejerce múltiples, importantes y crecientes influencias sobre los sistemas penales nacionales. En primer lugar, la normativa comunitaria tiene una incidencia directa (en constante evolución) sobre la regulación de las sanciones, interviniendo mediante disposiciones encaminadas a garantizar una tutela de naturaleza represiva (no necesariamente penal) de los bienes jurídicos surgidos como consecuencia de la existencia y de la actividad de la Unión Europea. En segundo lugar, el Derecho comunitario produce efectos que podríamos calificar de reflejos sobre los sistemas penales nacionales, principalmente reduciendo el ámbito

³⁰ Por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan / Trésor public*, asunto 186/87, Rec. 1989, p. 195, en su FJ 19 dice que “*en este aspecto, conviene recordar que si bien, en principio, la legislación penal así como las normas de procedimiento penal, entre las que se encuentra la disposición nacional objeto de discusión, es de la competencia de los Estados miembros, según reiterada jurisprudencia (véase, entre otras, la sentencia de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. 1981, p. 2595), el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. Dichas disposiciones legislativas no pueden, en efecto, producir una discriminación respecto de personas a las que el Derecho comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario*”.

Por su parte, la Sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, asunto 203/80, Rec. 1981, p. 2595 establece que “*en vía de principios, la legislación penal y las normas procesales penales son competencia de los Estados miembros. No obstante, de la constante jurisprudencia del TJCE se desprende que, también en este ámbito, el Derecho comunitario establece límites en lo que concierne a las medidas de control que los Estados miembros mantienen en vigor en el ámbito de la libre circulación de mercancías y personas. Las medidas administrativas o represivas no deben sobrepasar los límites de lo necesario [o sea, proporcionalidad], las modalidades de control no deben concebirse como limitativas de la libertad querida por el Tratado y no es lícito imponer sanciones desproporcionadas respecto a la gravedad de la infracción de manera que se conviertan en un obstáculo a tal libertad*”.

³¹ GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, Trad. Nicolás García Hervás, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, pp. 41 y ss.

³² El Tribunal de Justicia, en una lenta evolución jurisprudencial, ha llegado a la conclusión de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho. Reconocimiento de los cuales llegó con el preámbulo del Acta Única Europea, o en el viejo artículo F del Tratado de la Unión Europea, donde se afirmaba que “*la Unión respeta los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en cuanto principios generales del Derecho comunitario*”.

de aplicación de las disposiciones penales de los Estados miembros, pero también imponiendo límites a la tipología y al alcance de las sanciones.

Tanto el TUE como sus modificaciones posteriores confirman la opinión expuesta sobre la no-competencia en materia penal al recoger las disposiciones sobre la cooperación judicial en materia penal en el ámbito de la cooperación intergubernamental. Descartada *a priori*, pues, la existencia de un sistema penal comunitario *sensu stricto* se puede afirmar que la tutela de los bienes jurídicos de la Unión, si se exceptúan las limitadas hipótesis en que la normativa comunitaria recurre al modelo de asimilación de los intereses comunitarios a los bienes nacionales correspondientes, se encarga

- a) a la configuración de supuestos de hecho de ilícitos (que tienen categoría no penal) por parte de la normativa comunitaria. Son las sanciones que conforman el verdadero y propio sistema sancionatorio comunitario, como veremos en los capítulos siguientes;
- b) o bien al recurso a las fuentes sancionadoras de los Estados miembros que, en sus sistemas penales nacionales, tutelan los bienes jurídicos comunitarios;
- c) y a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el artículo 83 TFUE establecerá un catálogo de bienes jurídicos comunitarios que deben proteger los Estados y se erigirá una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.

Por tanto, es necesario afirmar que la Unión Europea sí que tiene competencias punitivas, entendiendo el *ius puniendi* en sentido amplio, es decir, incluyendo en él las sanciones de naturaleza administrativa³³. Así pues, diversas disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el Derecho derivado, permiten conformar un sistema sancionador comunitario de naturaleza administrativa. Y es más, aunque las instituciones comunitarias carecen de competencias penales *stricto sensu*, se puede afirmar que el Derecho penal cae dentro de la esfera de influencia del sistema jurídico comunitario, cosa que a su vez supone cuestionar el monopolio estatal del *ius puniendi*³⁴.

Finalmente, las sentencias Comisión c. Consejo que luego estudiaremos y la aprobación del Tratado de Lisboa constituyen un hito histórico en lo que se refiere a las relaciones entre Derecho

³³ En este sentido, Cfr. GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 62 y también NIETO MARTÍN, A., "Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal", *ADPCP*, sept-dic 1994, p. 395 (=AP, 1995-1, p. 143 y ss.).

³⁴ En estos términos, MESTRE DELGADO, "El Derecho penal de la Unión Europea", en ECHEBURÚA ODRIAZOLA, E. (coord.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro Homenaje al profesor Antonio Beristáin*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, , p. 575

penal y Derecho comunitario, pues se abre la puerta a que la Unión pueda legislar en materia penal.

¿Es posible, pues, desarrollar un modelo sancionador propio de la Unión Europea? La Unión Europea es una organización que goza de competencias de atribución, es decir, que sólo puede actuar en aquellos ámbitos que han sido cedidos por los Estados. Ocurre, pero, que no se atribuyen materias, sino objetivos a lograr: dada la orientación funcionalista de la integración comunitaria es posible considerar las medidas sancionatorias como un instrumento que permita alcanzar las metas propuestas por la Unión.

La no-atribución de competencias no es un límite formal al desarrollo de un cuerpo sancionador comunitario. Un ejemplo, aunque salvando las distancias, es el caso suizo o americano, en los que sin haber una atribución expresa de competencia en materia penal, ésta es asumida por el poder central. Esta observación de Derecho comparado demuestra la imposibilidad de renunciar a la sanción si se pretende la obligatoriedad de las normas³⁵. Sostienen esta teoría las llamadas “sanciones comunitarias indirectas”, desarrolladas en la esfera de la Política Agrícola Común: refrendado por el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia *Alemania c. Comisión* de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90³⁶.

- *La sentencia TJCE Alemania c. Comisión de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90*

El asunto trataba sobre sanciones administrativas previstas en los reglamentos de la Comisión que indicaban medidas de ejecución en el área de ayudas a los productores de carne de cordero y apoyo temporal de ingresos para el sector agrario. En los citados reglamentos además de una

³⁵ DIEZ-PICAZO, L.M., “Derecho comunitario y medidas sancionatorias”, REDA, 1993, p. 267-268

³⁶ Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1992, *Alemania c. Comisión*, asunto C-240/90, *Réc.* 1992, p. I-05383, ap. 11. “A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que la facultad de establecer las sanciones necesarias para la aplicación efectiva de las normativas vigentes en el ámbito de la política agrícola común ha sido reconocido a la Comunidad por este Tribunal de Justicia en varias ocasiones. Dicha facultad se basa en el apartado 3 del artículo 40 y en el apartado 2 del artículo 43 del Tratado”. Ap. 13 “Esta potestad sancionadora implica que, en el ámbito de la política agrícola común, la Comunidad está facultada para imponer sanciones aplicables por las autoridades nacionales a los operadores económicos culpables de fraude”.

Asimismo, el Abogado General Jacobs dice en su fundamento jurídico 15 que “...por consiguiente, siempre que la legislación comunitaria no establezca sanciones para dichas infracciones [derivadas de la PAC], el Tribunal de Justicia deja abierta la posibilidad de que la legislación comunitaria pudiera establecerlo así, la libertad de acción de los Estados miembros está, no obstante, limitada por su obligación, impuesta por el artículo 5 del Tratado, de cooperar en la consecución de los objetivos comunitarios. Cuando la finalidad normativa comunitaria no se alcanza completamente sin la imposición de sanciones, los Estados miembros deben garantizar la posibilidad de imponer las sanciones adecuadas”

disposición que ordena la recuperación de la cantidad ilegalmente percibida y una multa, también prevé la descalificación para el subsidio o ayuda para todo el periodo fiscal, sanción que para Alemania reviste carácter penal, con lo que se precisaría un reglamento del Consejo y no de la Comisión.

El Abogado General Jacobs, en sus conclusiones de junio de 1992 decía que el poder de prever sanciones no se limita al derecho de la competencia, y el derecho comunitario retiene la facultad de decidir si la naturaleza de las sanciones es administrativa o penal. Ello implica que en el marco de sus poderes de ejecución –por supuesto, respetando el principio de proporcionalidad- la Comisión puede imponer sanciones administrativas con vistas a una armonización de los Estados miembros. Además, no todas las sanciones disuasorias son de naturaleza penal (refiriéndose a las multas elevadas en caso de competencia desleal³⁷).

A la luz del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la Comisión no dispondría de este poder sancionador. Y en el párrafo 12 de sus conclusiones, el Abogado General reconoce que *“efectivamente, el Derecho comunitario en su estado actual no confiere a la Comisión (ni al Tribunal de Primera Instancia ni al Tribunal de Justicia) la función de un órgano jurisdiccional de lo penal. No obstante, hay que señalar que ello no excluye a la Comunidad del ejercicio de, por ejemplo, facultades de armonización de la legislación penal de los Estados miembros, si ello fuera necesario para alcanzar alguno de los objetivos de la Comunidad. En definitiva, en cualquier caso pueden imponerse sanciones económicas, en determinadas circunstancias, con objeto de persuadir a las empresas de que procuren actuar de conformidad con el Derecho comunitario, y tales sanciones no deben equipararse a las sanciones penales.”*

En la sentencia el Tribunal reconoce el poder de la Comunidad para exigir de los Estados miembros la imposición de sanciones administrativas a los productores que incurren en fraude en el marco de la Política Agrícola Común. La única condición que establece el artículo 40.3 TCE sobre dicho poder es que las sanciones sean necesarias para llevar a cabo eficazmente la Política Agrícola Común: dice el párrafo 20 que *“corresponde exclusivamente al legislador comunitario determinar las soluciones más adecuadas a fin de alcanzar los objetivos de la política agrícola común”*, y añade los dos siguientes párrafos que *“al ser demasiado numerosas las solicitudes de subvención para ser sometidas a controles sistemáticos y completos, difícilmente cabía intensificar los controles existentes. La aplicación de sanciones nacionales tampoco permitiría garantizar la uniformidad de las medidas aplicadas a los defraudadores. Y por consiguiente, procede afirmar*

³⁷ Si bien el Abogado General Jacobs esboza una tipología de sanciones que no casa bien con la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la aplicación del artículo 6 del Convenio.

que no hay ningún elemento en el apartado 3 del artículo 40 del Tratado que permita sustraer las exclusiones de la potestad sancionadora de la Comunidad en el ámbito de la política agrícola común”.

En el párrafo 26 dice que la descalificación no es una sanción penal sino un “*instrumento administrativo específico que forma parte integral del régimen de ayudas y está destinado a asegurar la correcta gestión financiera de los fondos públicos comunitarios*”. Con ello el Tribunal ha dejado de resolver la cuestión sobre los principios generales aplicables al asunto³⁸. Y asegura (párrafo 29) que “*la Comunidad es competente para establecer sanciones que [...] exceden de la mera devolución de una prestación indebidamente pagada*”. La descalificación constituye, pues, un ejemplo de las posibilidades de sanción. Y de la misma manera puede concluirse que las multas administrativas y las multas pecuniarias periódicas no pueden excluirse del poder de la Comunidad para exigir de los Estados miembros la imposición de sanciones.

Sobre la potestad sancionadora de la Comisión, el Tribunal mantiene, en coherencia con la sentencia *Köster*³⁹, que las disposiciones sancionadoras no se encuentran entre los elementos esenciales a decidir por el Consejo en los casos de delegación y que pueden, por lo tanto, ser establecidas por la Comisión como una de sus disposiciones de ejecución. El Tribunal concluye diciendo en el párrafo 43 que “*la Comisión es competente para imponer los incrementos y las exclusiones...*”. Cuestión discutible y discutida por la doctrina, pues parece que estamos ante una interpretación flexible del principio de legalidad propio a la Comunidad⁴⁰.

De la sentencia estudiada se puede concluir que la potestad de la Comisión para prescribir sanciones en el contexto de sus poderes de ejecución es más restringida que la del Consejo⁴¹. La diferencia entre un Reglamento del Consejo y de la Comisión en esta área tiene un significado político, como proceso de decisión en el que los Estados miembros pueden tener la última palabra. En definitiva, el Tribunal ha optado en contra del principio de *una vía*. La acumulación de sanciones nacionales y comunitarias no es un problema en sí. El principio de utilidad (*effet utile*) y

³⁸ Y como sostiene Tiedemann, este conflicto con los principios básicos del Convenio y con el derecho constitucional alemán podría haberle costado al Tribunal de Justicia una sentencia Solange III en la que el Tribunal Constitucional Alemán podría decidir que los derechos fundamentales no estaban protegidos adecuadamente por el derecho comunitario y que por esta razón la Constitución alemana tendría prioridad sobre el Derecho comunitario.

³⁹ Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co*, asunto 25/70, Rec. 1970, p. 01161

⁴⁰ VERVAELE, J.A.E., “Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?”, *RVAP*, nº 37, 1993, p. 196

⁴¹ Y de hecho, sorprende que tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como en la proposición de reglamento habilitador, toda referencia a este concepto haya sido cuidadosamente evitada.

el déficit en la ejecución son tan importantes que el problema del principio del *non bis in idem* ni siquiera se ha discutido.

1.3. Límites formales y materiales en la conformación del modelo sancionador

En este punto, además de conocer el estado actual de la cuestión, analizaremos si existe el cimiento normativo que permita fundamentar un cuadro general de sanciones.

Como hemos dicho en el punto anterior, la extensión del cuadro de sanciones propias de la Unión resulta la primera alternativa para la protección de bienes jurídicos comunitarios. El recurso de las instituciones comunitarias a sanciones no penales propias ofrece, sobre todo, la indudable ventaja de una tutela independiente. La Unión no necesitaría depender de la eficacia de órganos judiciales y administraciones nacionales o de la prevalencia de los intereses locales, para prestar una adecuada protección a los distintos bienes jurídicos comunitarios. Se trataría de conseguir un *mínimo sancionador común*⁴² ante las infracciones al Derecho comunitario, expresión del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario, como ha sostenido la Comisión⁴³.

¿Qué presupuestos han de darse para que la Comunidad Europea pueda aumentar el número de las sanciones administrativas no penales? Como es sabido, no son hoy realidades contrapuestas, sino complementarias, dependiendo de la voluntad del legislador encomendar la protección de un determinado bien jurídico a uno u otro sector del ordenamiento. En la actualidad el recurso a un Derecho sancionador no penal constituye además uno de los instrumentos más adecuados para llevar a cabo el proceso despenalizador en que se ven inmersos los ordenamientos europeos⁴⁴. Se trata, pues, de averiguar si los límites que requiere el Estado de Derecho para la admisibilidad de las sanciones administrativas pueden también trasladarse al ordenamiento comunitario.

⁴² NIETO MARTÍN, A. *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 57

⁴³ En este sentido, ver las declaraciones de la Comisión en la Sentencia TJCE de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90, *Réc.* 1992, página I-05394, donde dice que "...sólo un reglamento comunitario es apto para garantizar la uniformidad de las medidas aplicables a los fraudes. Las diferencias que existen entre los distintos Estados miembros en cuanto a organización, a los procedimientos administrativos y a los sistemas sancionadores, traen consigo el riesgo de engendrar distorsiones en la competencia entre los diversos operadores económicos..."

⁴⁴ Un ejemplo de dicho proceso es la despenalización de determinadas infracciones en Italia. El artículo 32.1 de la Legge 24 novembre 1981, n. 689 disponía que "*non costituiscono reato tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, salvo quanto disposto per le violazioni finanziarie dall'art. 39*". Dicho artículo, antes de la Legge 28 dicembre 1993, n. 562 limitaba la despenalización de las *violazioni finanziarie* previstas en materia tributaria castigadas sólo con la *ammenda*, esto es, contravención, pero dicha ley también despenaliza las "faltas" tributarias. Otro ejemplo es el d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507, que despenaliza parcialmente el contrabando, sólo para los casos en que los derechos debidos no superen los 7 millones de liras (± 3600 €), que posteriormente se elevan hasta los 4.000 €, en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio PIF.

1.3.1. Los modelos sancionadores comunitarios y la jurisprudencia del TJCE sobre la materia. En particular, la sentencia “Comisión/Consejo” de 13 de septiembre de 2005

La existencia de sanciones administrativas comunitarias es un fenómeno antiguo. Tanto el Tratado de la extinta CECA⁴⁵ como el EURATOM contenían un cuadro de sanciones administrativas a imponer por la Comisión con posibilidad de recurso ante el Tribunal de Justicia.

En cambio, el TCE no contiene ninguna previsión sancionadora inmediata. Únicamente el artículo 83.2 TCE prevé la posibilidad de establecer sanciones con el fin de castigar la violación de lo dispuesto en los artículos 81 y 82, donde se prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. Al lado de esta disposición, el artículo 229 del Tratado CE establece la posibilidad de que los reglamentos sancionadores comunitarios atribuyan al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos impuestas por la Comisión⁴⁶.

Las características de este modelo sancionador, llamado tradicional o **primer modelo** se pueden condensar en que:

- a) las sanciones que se establecen son sanciones pecuniarias, semejantes a las multas de nuestro Derecho sancionador administrativo⁴⁷;
- b) el órgano competente para su imposición es la Comisión Europea, existiendo posibilidad de recurso ante el Tribunal de Justicia;

⁴⁵ Las sanciones más importantes eran las previstas en el artículo 58 del Tratado CECA, relativas al régimen de cuotas de producción, si bien el cuadro era mucho más complejo, incluyendo –por ejemplo– las sanciones de los artículos 47, 54, 59, 64, 65.5, 68.6 y otros. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Tratado CECA, éste ha expirado el 23 de julio de 2002 y, en consecuencia, la CECA ha dejado de existir. Sobre este tema, véase CERVERA VALLTERRA, M., “La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, pp. 393-431 http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_012_101.pdf

⁴⁶ El Consejo hizo uso, por primera vez, de esta autorización en el Reglamento 17/62. Y desde entonces, el Derecho de la competencia, con inclusión de las sanciones pecuniarias, ha extendido su ámbito de aplicación a los siguientes ámbitos:

- Tráfico ferroviario, por carretera y marítimo interior mediante el Reglamento del Consejo 1017/68, DO L 175 de 23.7.1968
- Tráfico marítimo mediante el Reglamento del Consejo 4056/86, DO L 378 de 31.12.1986
- Tráfico aéreo mediante el Reglamento del Consejo 3975/87, DO L 374 de 31.12.1987

⁴⁷ En todos los reglamentos viene establecido expresamente que las multas a imponer por la Comisión no tienen “naturaleza penal”, si bien la doctrina mayoritaria las considera como sanciones penales en sentido amplio, equiparables a las multas que prevén los Derechos sancionadores alemán, italiano, portugués y también nuestro Derecho interno. La inclusión de multas en la categoría de las sanciones penales, en sentido amplio, no se lleva a cabo para resaltar su carácter penal, sino para asegurar la observancia de las garantías jurídicas específicas del Derecho penal material y procesal, también, en el Derecho europeo de la competencia.

- c) las sanciones tiene en exclusiva como sujetos activos a personas jurídicas;
- d) de la jurisprudencia recaída sobre estas sanciones y, también, de las Decisiones de la Comisión, pueden extraerse ya, como veremos en el desarrollo de este trabajo, los principios fundamentales de una Parte General del Derecho sancionador comunitario.

Frente a este modelo tradicional ha aparecido en los últimos tiempos, dentro del ámbito de la Política Agrícola Común, un segundo sistema sancionador administrativo comunitario que tiende a desarrollarse enormemente, como lo demuestran la multitud de reglamentos promulgados al respecto. Los rasgos de este **segundo modelo** son que:

- a) las sanciones que se imponen no son casi nunca multas, sino sanciones que se han venido a denominar *sui generis* y que consisten en la pérdida de una fianza como consecuencia de haber incumplido una obligación (cauciones), sanciones interdictivas (v. gr. la prohibición de obtener subvenciones durante un determinado tiempo, etc.) o devolución de ayudas que han sido reintegradas indebidamente, debiendo abonar el particular además una serie de intereses, que en muchos casos exceden a los que resultaría de aplicar las normas del Derecho privado;
- b) la zona gris en la que se mueven este tipo de medidas sancionadoras, a caballo entre el Derecho sancionador administrativo y el Derecho administrativo, permiten relativizar la aplicación de principios, esencialmente el de culpabilidad, que son ya de indubitada aplicación a las sanciones del modelo tradicional;
- c) la tercera característica es que la imposición de estas sanciones, aunque se establecen por reglamentos comunitarios, se ha dejado en manos de las administraciones nacionales. No obstante, la Comisión estima tener competencias para su imposición⁴⁸;
- d) como la regulación que se contiene en estos reglamentos es muy parca (tan sólo se fija la sanción) corresponde al derecho nacional la implementación del Derecho comunitario. Por tanto, su aplicación no será siempre uniforme, ya que en unos países se regirá por el Derecho administrativo sancionador y en otros sólo por las reglas generales del procedimiento administrativo;
- e) el Tribunal de Justicia las cataloga como “sanciones administrativas” (e incluso se habla de *instrumentos de ejecución administrativa*⁴⁹). Por otro lado, el artículo 4 del Reglamento

⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., “Fraudes comunitarios...”, Praxis, Barcelona, 1996, p. 61, citando a VERVAELE, J.A.E., “Poderes sancionadores...”, p. 191, dice que los servicios jurídicos de la Comisión mantienen tal posibilidad en el documento interno E.C.R (89) D/4.447

⁴⁹ De hecho, el artículo 192 del Tratado CEE (artículo 256 TCE y artículo 299 TFUE) preveía que las decisiones del Consejo o de la Comisión (precepto extendido por el artículo 244 TCE (artículo 280 TFUE) a las decisiones del Tribunal

(CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁵⁰ habla de medidas asimilables a este tipo de nuevas –por aquel entonces- sanciones, de la misma manera que lo hacía la ya retirada propuesta de Reglamento del Consejo relativa a los controles y sanciones aplicables en las políticas agrícola y de pesca comunes⁵¹.

La naturaleza jurídica de este tipo de medidas es controvertida, pues a lo sostenido por algunos autores⁵², tanto el Servicio Jurídico de la Comisión⁵³ como el *Rapport a la Commission sur l'harmonisation des contrôles dans le domaine de la PAC*⁵⁴ proponen su inclusión entre las sanciones administrativas, equiparables a las de otros ordenamientos europeos.

Hay autores⁵⁵ que hablan de la existencia de un **tercer modelo**, que se deriva del hecho que el Tratado CE no proporciona ningún tipo de base jurídica. A veces en la directiva o reglamento aplicable aparece un enunciado general dirigido a los Estados miembros, instándoles a que adopten las medidas apropiadas (administrativas o penales). En tales casos se aplica la regla general según la cual el cumplimiento, incluyendo la tipificación y penalización de las infracciones al Derecho comunitario, es un poder y un deber de los Estados miembros. Sobre la base del artículo 5 TCE, así como de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia, los Estados miembros deben imponer penas o multas que resulten eficaces, proporcionales y disuasorias en sus sistemas jurídicos nacionales, y deben asegurarse de que las infracciones al derecho comunitario sean penalizadas en condiciones substantivas y procesales análogas a las aplicables a similares infracciones de sus derechos domésticos igualmente graves. Son pues sanciones nacionales que aseguran el cumplimiento del Derecho comunitario, sanciones que vienen influidas por el Derecho comunitario.

de Justicia) constituían “*título ejecutivo*” y que la ejecución forzosa se regiría por normas de *procedimiento civil* vigentes en el Estado en cuyo territorio se llevase a cabo

⁵⁰ 1. Como norma general, toda irregularidad dará lugar a la retirada de la ventaja obtenida indebidamente, lo que supondrá:

- la obligación de abonar las cantidades debidas o de reembolsar las cantidades indebidamente percibidas,
- la pérdida total o parcial de la garantía constituida en apoyo de la solicitud de una ventaja concedida o en el momento de la percepción de un anticipo.

2. La aplicación de las medidas contempladas en el apartado 1 se limitará a la retirada de la ventaja obtenida, incrementada, en su caso, con intereses que podrán determinarse de forma global.

3. Los actos para los cuales se haya establecido que su finalidad es obtener una ventaja contraria a los objetivos del Derecho comunitario aplicable al caso, creando artificialmente las condiciones requeridas para la obtención de esta ventaja, tendrán por consecuencia, según el caso, la no obtención de la ventaja o su retirada.

4. Las medidas previstas en el presente artículo no serán consideradas como sanciones.

⁵¹ Documento COM (90) 126 final, DO C 137 de 6.6.1990, p. 10

⁵² NIETO MARTÍN, A., “*Fraudes comunitarios...*”, p. 61

⁵³ Cfr. Nota JUR (89) D3500. de 20 de julio de 1989

⁵⁴ Doc. XX B 2 (90) D 2112 sw, de 13 de junio de 1990

⁵⁵ VERVAELE, J.A.E., “*Poderes sancionadores...*”, p. 173. Por otro lado, el mismo autor de esta tercera categoría considera que en la medida en que el TJCE exige sanciones nacionales, éstas se van armonizando progresivamente y se convierten en similares a la segunda modalidad de sanción estudiada

Es fundamental para este modelo la **sentencia del maíz griego**⁵⁶. El caso se produce por la tolerancia de la administración nacional griega ante un fraude a los aranceles comunitarios a la importación de productos provenientes de terceros países (*prélèvements*). El Tribunal deduce del principio de lealtad comunitaria (artículo 5 del TCE), la obligación de cada país miembro, en este caso la República Helénica, de proteger penalmente los intereses comunitarios de igual modo que los intereses nacionales, así como de reprimir sus infracciones con el mismo celo y energía.

Esta sentencia aporta un ligero matiz a la jurisprudencia anterior, de la que destaca por ejemplo el asunto *Ámsterdam Bulb*⁵⁷, en cuyo fundamento jurídico nº 33 se afirma que, en ausencia de una previsión expresa en el ordenamiento jurídico comunitario para castigar su incumplimiento por los particulares, las legislaciones nacionales **pueden** disponer las sanciones que estimen apropiadas, afirmación que se funda en el deber de los Estados de asegurar, a tenor del artículo 5 del Tratado CE, el respeto de sus compromisos europeos. En la sentencia "*Ámsterdam Bulb*", el Tribunal se basó en tres ideas fundamentales: 1) Corresponde al Derecho comunitario el diseño sancionador que proteja su eficacia, 2) en su ausencia, los Estados miembros despliegan los medios de esa naturaleza que estimen procedentes, 3) quedando a su elección las modalidades que entiendan más apropiadas, aunque las divergencias sean inherentes al sistema⁵⁸.

El Tribunal de Justicia reforzó, pues, esta orientación jurisprudencial en asunto del maíz griego. En concreto, en su fundamento jurídico nº 23 declaró inequívocamente que *"...cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo [10 TCE] exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario"*. En dicho fallo la Corte subrayó que correspondía a los Estados miembros elegir las sanciones oportunas, pero insistió en que éstos *"...deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción"*.

⁵⁶ Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. República Helénica*, asunto 68/88, Rec. 1989, p. 02965

⁵⁷ Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1977, *Amsterdam Bulb*, asunto 50/76, *Réc.* 1977, p. 137

⁵⁸ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "La sentencia «Comisión/Consejo» de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 239, 2005, pp. 47-57

Así, el Tribunal de Justicia no sólo confirmó la orientación del fundamento jurídico nº 32 de la sentencia *Ámsterdam Bulb*, sino que añadió dos requisitos para la legitimidad de las medidas disciplinarias nacionales en defensa del orden comunitario: 1) que las infracciones se sancionen en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las de las contravenciones al derecho interno de índole e importancia similares; y 2) que confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio al castigo.

El Tribunal confirmó la vigencia de esta orientación jurisprudencial en la sentencia *Nunes y de Matos*⁵⁹, en cuyo ámbito decidió que: *“Procede [...] responder a la segunda cuestión que el artículo [10 TCE] obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas efectivas para sancionar unas conductas que afecten a los intereses financieros de la Comunidad. **Tales medidas pueden incluir sanciones penales**, incluso cuando la normativa comunitaria únicamente prevé una sanción de naturaleza civil. La sanción prevista debe ser análoga a la aplicable en el caso de infracción de las disposiciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y debe ser efectiva, proporcionada y disuasiva”*.

Esta jurisprudencia resulta especialmente interesante porque el Tribunal de Justicia confirmó *“... que las intervenciones auspiciadas por el artículo 10 CE incluyen las reacciones de índole penal, precisando que: 1) si el Derecho comunitario no incorpora medidas para asegurar el cumplimiento de sus normas, **los Estados quedan obligados** a preverlas; si las incorpora, los Estados miembros asumen un papel complementario orientado a reforzar la protección de esas normas; [y que] 2) la elección de la clase de sanción compete a las autoridades nacionales, aunque ha de ser comparable a la de las vulneraciones del Derecho interno de naturaleza e importancia similares, además de revelarse práctica, adecuada y desalentadora”*.

Por otro lado, en la sentencia *Comisión c. Francia* de 1 de febrero de 2001⁶⁰, el Tribunal de Justicia insistió en que el Estado miembro que no impone las sanciones oportunas, incluyendo las penales, en los supuestos de contravención del Derecho comunitario, infringe, a su vez, dicho Derecho. En efecto, la Corte falló que Francia *“[había] incumplido las obligaciones que le incumben en virtud [de diversos Reglamentos comunitarios sobre la pesca] al no haber iniciado acciones penales o administrativas contra el capitán o cualquier otra persona responsable de las actividades de pesca llevadas a cabo después de las prohibiciones de pesca, por lo que respecta a las campañas de 1988 y 1990”*.

⁵⁹ Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Nunes y de Matos*, asunto C-186/98, Réc. p. I-4883.

⁶⁰ Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2001, *Comisión c. Francia*, asunto C-333/99, Rec. p. I-1025.

- La sentencia “Comisión c. Consejo” de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03

Las últimas novedades sobre el asunto llegan con la importantísima sentencia *Comisión c. Consejo* de 13 de septiembre de 2005⁶¹ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que resolvió una cuestión que había sido objeto de apasionada polémica al más alto nivel: **la competencia de la Comunidad en materia de Derecho penal**. En dicho fallo, el Tribunal de Justicia dio la razón a la Comisión que había solicitado la anulación de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que obligaba a los Estados miembros a prever sanciones penales para castigar las infracciones del Derecho medioambiental definidas en la propia Decisión marco. En apoyo de su recurso, la Comisión había alegado que la competencia para imponer tal obligación a los Estados miembros se derivaba de un instrumento comunitario cuya adopción, por otra parte, ya había propuesto.

Concretamente, en la citada sentencia el Tribunal de Justicia declaró que, si bien “... *en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal...*”⁶², “*esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente*”.

Según el Tribunal de Justicia, los artículos 1 a 7 de la Decisión marco cuya anulación se había solicitado, “*tanto por su finalidad como por su contenido [...] tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE*”. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia estimó que “*...la Decisión marco [2003/80/JAI] infringe en su conjunto, debido a su indivisibilidad, el artículo 47 UE, puesto que invade las competencias que el artículo 175 CE atribuye a la Comunidad*”. Por consiguiente,

⁶¹ Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo*, asunto C-176/2003, Rec. 2005, p. I-7879

⁶² Véase el fundamento jurídico n° 47 de la sentencia *Comisión/Consejo* de 13 de septiembre de 2005 (véanse también en este sentido los siguientes fundamentos jurídicos: n° 27 de la sentencia *Casati* de 11 de noviembre de 1981, asunto 203/80, *Réc.* 1981 p. 2595; y n° 19 de la sentencia *Lemmens* de 16 de junio de 1998, asunto C-226/97, Rec. 1998 p. I-3711).

teniendo en cuenta que dicho artículo consagra la primacía del Derecho comunitario sobre el título VI del TUE, el Tribunal de Justicia decidió que la citada Decisión debía ser anulada.

En realidad, como ha señalado la doctrina, el Tribunal fue más lejos de lo que le proponía el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus atinadas Conclusiones. En efecto, el Abogado General consideraba que el legislador comunitario era competente para sentar el principio del recurso a sanciones penales para los atentados graves contra el medio ambiente, pero no para precisar concretamente su régimen.

Resulta evidente que, en unos momentos en los que el *europesimismo* ganaba muchos adeptos, la sentencia “Comisión c. Consejo” de 13 de septiembre de 2005 supuso un serio revés para las tesis soberanistas. Además, cabe subrayar que la jurisprudencia en cuestión no cuestiona el equilibrio interinstitucional en la UE, sino que lo mantiene y refuerza.

Pues bien, Cuando apenas habían transcurrido dos meses de la anulación de la Decisión marco 2003/80/JAI, la Comisión presentó una Comunicación sobre las consecuencias de la sentencia *Comisión contra Consejo* de 13 de septiembre de 2005⁶³, con objeto de *explicar* qué conclusiones podían extraerse del citado fallo.

De entre las muchas cosas que decía dicha comunicación, la Comisión mencionó que, tras reconocer que se desprendía de la sentencia de 13 de septiembre de 2005 que **el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria**, el Tribunal de Justicia había concluido que *“la acción de la Comunidad en materia penal sólo puede basarse en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica”*. Por lo tanto, la aprobación de medidas penales apropiadas sobre una base comunitaria sólo es posible de manera sectorial, y *“siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad y de prever medidas penales con el fin de garantizar la plena eficacia de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad”⁶⁴*.

De todos modos, partiendo de una interpretación muy amplia de la jurisprudencia consagrada por el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de su Comunicación, la Comisión declaró que *“desde un punto de vista material, más allá de la cuestión de la protección del medio ambiente, el*

⁶³ Documento COM (2005) 583 final de 23 de noviembre de 2005.

⁶⁴ Véase el punto 7 del apartado 1.2 del documento COM(2005) 583 final

razonamiento del Tribunal de Justicia se aplica a todas las políticas y libertades comunitarias en las que existan normas vinculantes a las que debieran asociarse sanciones penales para garantizar su eficacia⁶⁵. La Comisión añadió que, aunque el Tribunal de Justicia no distingue en función de las medidas penales y su enfoque es funcional, *“lo que fundamenta la posibilidad de que el legislador comunitario prevea medidas relacionadas con el Derecho penal es la necesidad de hacer respetar la normativa comunitaria⁶⁶.”*

La Comisión insistió también en que habrá que demostrar esa *necesidad* caso por caso, aunque precisó que le corresponderá apreciarla en sus propias propuestas. En cualquier caso, cuando en un determinado sector *“la Comisión considere que son necesarias medidas penales para garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, éstas pueden comprender, según las necesidades del ámbito en cuestión, el principio mismo del recurso a sanciones penales, la definición del tipo, es decir, de los elementos constitutivos de la infracción y, eventualmente, la naturaleza e intensidad de las sanciones penales aplicables⁶⁷, u otros elementos relacionados con el Derecho penal⁶⁸.”*

Además, la Comisión declaró categóricamente en el punto 10 del apartado 1.2 de la Comunicación sobre las consecuencias de la sentencia “Comisión contra Consejo” de 13 de septiembre de 2005: *“Es la necesidad específica de la política o la libertad comunitaria en cuestión la que constituye el vínculo con la base jurídica del TCE que justifica tales medidas y, de nuevo, la Comisión deberá apreciar caso por caso, en función de las necesidades, el grado de intervención comunitaria en el ámbito penal, privilegiando lo más posible el recurso a disposiciones horizontales no específicas del sector de que se trate. Así, la libertad reconocida a los Estados miembros para elegir las sanciones aplicables, cuando así lo exija la eficacia del Derecho comunitario, podrá eventualmente ser encuadrada por el legislador comunitario”.*

Así pues, esta sentencia puede considerarse un punto de inflexión en el debate sobre las competencias de la Unión en materia penal, pues tal como hemos mencionado antes al hacer referencia al documento COM (2005) 583 final, se prevé que la Comisión pueda recurrir a *“la definición del tipo, es decir, de los elementos constitutivos de la infracción y, eventualmente, la naturaleza e intensidad de las sanciones penales aplicables, u otros elementos relacionados con el*

⁶⁵ *Ibidem*, punto 8

⁶⁶ *Ibidem*, punto 9

⁶⁷ En particular, por referencia a los cuatro niveles de armonización de las sanciones penales que habitualmente se utilizan de conformidad con las Conclusiones del Consejo JAI de 24 y 25 de abril de 2002

⁶⁸ Véase el punto 10 del apartado 1.2 del documento COM(2005) 583 final

Derecho penal”, elementos que pertenecen a la parte nuclear del Derecho penal y que, por tanto, necesitan una aplicación estricta del principio de legalidad en materia penal, como desarrollaremos más adelante⁶⁹.

¿Pero cuál es la trascendencia y cuáles son los límites de la armonización del Derecho penal a través del primer pilar tras la sentencia *Comisión c. Consejo*?⁷⁰

a) Extensión de la armonización.

La Comisión Europea pretende comunitarizar en virtud de la competencia ajena; la aproximación de legislaciones que tiene como objetivo el establecimiento y funcionamiento del mercado interior; y el artículo 280 TCE en relación a los intereses financieros. Teniendo en cuenta también que el artículo 10 TCE permite en relación a cualquier norma comunitaria, ya esté en reglamento o en una directiva, recordar a los Estados miembros su obligación de establecer sanciones proporcionadas, disuasivas y eficaces para los casos de infracción.

Con este marco competencial podría armonizarse la mayor parte del derecho penal económico como ha propuesto la iniciativa *Eurodelitos* o *Europa Delikte* encabezada por el profesor Tiedemann. Incluso hipotéticamente se podría armonizar todo el derecho penal nacional. A parte de ser políticamente imposible, también es imposible por razones jurídicas. La armonización penal, en cuanto que no es una competencia que se haya atribuido expresamente, está limitada por el principio de subsidiariedad y, en lo que concierne a la aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior, el propio artículo 94 TCE requiere que éstas [legislaciones] tengan una “incidencia inmediata”, en el sentido de que la disparidad debe falsear las condiciones de competencia o la libertad de los ciudadanos o empresas en relación a las libertades comunitarias o a las políticas comunitarias.

El fallido tratado de Constitución Europea señalaba en el artículo III-271.2 la necesidad de que la armonización de la legislación penal resultara “imprescindible” para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión. La Comisión, en la Comunicación a la que se viene haciendo alusión, habla también de la condición de “necesidad” a la hora de proceder a la armonización.

b) Intensidad de la armonización

⁶⁹ Véase nota 68

⁷⁰ NIETO MARTÍN, A., “Posibilidades y límites a la armonización del Derecho penal nacional tras *Comisión v. Consejo* (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)”, en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas [de] Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 189-203. Véanse también SIRACUSA, L., “Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di Giustizia dell’Unione Europea” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, fasc. 1, pp. 241-275, y PANEBIANCO, G., “Il riparto della competenza penale tra i «pilastri» dell’Unione Europea”, en *Diritto penale e processo*, 2008, fasc. 3, pp. 398-407

El problema de la armonización es cuando la directiva (o reglamento) intenta fijar bien el tipo de sanción o la naturaleza, penal o administrativa de la sanción. El grado de intensidad dependerá de los límites que proceden de la propia lógica jurídica del derecho comunitario (así, si la UE carece de competencias penales, la norma de armonización no puede determinar exactamente el comportamiento, la naturaleza jurídica de la sanción e incluso su graduación, porque ello eludiría el límite competencial. Sería un fraude de ley a la ausencia de competencias en materia penal, tal como lo define la doctrina alemana). El otro límite es la subsidiariedad.

Y poniendo en conexión ambos límites es evidente que una directiva nunca puede llegar a determinar la sanción y sólo en casos excepcionales puede determinar conjuntamente la naturaleza y el tipo de sanción (a diferencia de lo que dice el Tribunal de Justicia en la sentencia que se estudia y en consonancia con lo dicho por el Abogado General)

c) Principio de legalidad y armonización

Como veremos más adelante, es el principal problema de la armonización desde el punto de vista de los derechos fundamentales, pues si una directiva comprende la norma de conducta, el tipo de sanción, su naturaleza jurídica y la determinación de la sanción, hemos acabado con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege parlamentaria*). Claro que ello depende del concepto de principio de legalidad que usemos, lo cual complica mucho más la solución. Acudiendo al Derecho comunitario, parece que sólo el procedimiento de codecisión puede satisfacer un estándar mínimo del *nullum crimen sine lege parlamentaria*.

d) Concepción accesoria del Derecho penal

Es necesario determinar si el Derecho penal se orienta a la protección de bienes jurídicos o se centra en la tutela de la eficacia de las normas jurídicas, en cuyo caso concordaría con el derecho penal accesorio alemán, el *Nebenstrafrecht* o con el inmenso derecho penal especial existente en Italia. En cualquier caso, no hay que conformarse con esta administrativización del Derecho penal, pues la protección de la efectividad de la normativa comunitaria no debe estar reñida con la inclusión en los tipos penales de elementos que incrementan el grado de injusto.

Recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2007⁷¹ confirmó la sentencia objeto de nuestro estudio. En este asunto la Comisión considera que la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005⁷², destinada a reforzar el marco penal para la

⁷¹ Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007, *Comisión c. Consejo*, asunto C-440/05, Rec. 2007 p. I-09097

⁷² DO L 255, de 30.9.2005, p. 164

represión de la contaminación procedente de buques (motivada a raíz del caso *Prestige*). La Comisión considera que dicha Decisión marco infringe el artículo 47 TUE y, por tanto, debe ser anulada.

La sentencia reitera en su párrafo 66 que *“si bien es cierto que, en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal [...], no lo es menos que el legislador comunitario, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituya una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente, puede imponer a los Estados miembros la obligación de establecer tales sanciones para garantizar la plena efectividad de las normas que adopta en este ámbito”*.

El Tribunal de Justicia concluye que la Decisión marco 2005/667 invade las competencias que el artículo 80 TCE, apartado 2, atribuye a la Comunidad y, por tanto, infringe el artículo 47 TUE, debiendo anular la decisión en su conjunto. Eso sí, en el párrafo 70 matiza que tanto la determinación del tipo como el grado de las sanciones penales que deban aplicarse no son competencia de la Comunidad.

Concluyendo, y a pesar de los muchos interrogantes que plantean las sentencias, se abren las puertas a una nueva era de las relaciones entre el derecho penal nacional y el ordenamiento europeo. La sentencia Comisión c. Consejo es un fallo histórico.

1.3.2. Límites procedentes del ordenamiento comunitario

1.3.2.1. Posición basada en el artículo 229 TCE. Teoría de la máxima amplitud

Como hemos sostenido anteriormente, en la actualidad no existe un sistema penal comunitario, en tanto que las sanciones pecuniarias impuestas por la Comisión no tienen naturaleza penal, como se afirma continuamente. Sin embargo, en los Tratados constitutivos están las bases jurídicas indispensables para su instauración. El artículo 229 TCE dice que *“Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones del presente Tratado, podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos”*.

Basándose en este artículo, una parte de la doctrina otorga a la Comunidad la facultad de establecer las sanciones que garanticen el cumplimiento de los reglamentos comunitarios. Para la mayoría de la doctrina, pero, no se trata de una competencia sancionadora, sino que atribuye al Tribunal una competencia de *plena jurisdicción*. Es más, atribuir a las instituciones comunitarias una potestad de imposición de sanciones penales para tutelar los mandatos y prohibiciones establecidas comportaría una notable limitación de soberanía para los Estados miembros que requeriría una previsión expresa, no pudiendo considerarse incluida en la atribución genérica para adoptar, en ciertos sectores, “todas las medidas necesarias”.

El Derecho penal constituye en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros un “sistema cerrado”, de manera que la competencia para configurar preceptos penales no puede constituir una competencia anexa, derivada de la que corresponde a las instituciones comunitarias en ciertos casos específicos. Además, la concesión de esa potestad de sanciones penales se opondría claramente a los sistemas jurídico-constitucionales de los Estados miembros⁷³, los cuales atribuyen al legislador –es decir, al representante directo de la soberanía popular- el monopolio sobre la materia penal, mientras que el Consejo carece de tal legitimación democrática (déficit democrático que como veremos más adelante se intenta suplir con el procedimiento de codecisión, entre otros).

Sea como fuere, la única información que nos proporciona el artículo 229 es que la Comunidad dispone de competencias sancionadoras distintas a las sanciones establecidas en virtud del artículo 83 TCE, y de la misma manera se sostiene por algunos autores⁷⁴ que la expresión “Los

⁷³ Sobre este tema es interesante hablar de la Comunidad Europea de Defensa, que creaba un sistema penal supranacional. La comunidad quedaba investida de una potestad penal basada en el ordenamiento jurídico comunitario. Las disposiciones fundamentales a este respecto se hallaban en los artículos 18 y 19 del Protocolo jurisdiccional (anexo al tratado). El primero decía que “los Estados miembros transfieren a la Comunidad Europea de Defensa su potestad represiva sobre delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Europeas de Defensa”. Y el artículo 19 establecía que la represión de tales delitos debería asegurarse mediante una “legislación común” que abarcara asimismo las normas relativas a la organización judicial y al procedimiento penal. Dicha legislación penal militar común nacería “respetando las normas constitucionales propias de cada Estado miembro”, dependiendo su aprobación, en consecuencia, de un acuerdo internacional entre los Estados miembros, dado que la estructura constitucional de la CED no preveía (en su primera configuración) un Parlamento titular del poder legislativo.

Según la opinión más aceptada, el Derecho penal militar de la CED debía contener incluso una parte general (ya que no cabía una remisión global a los principios generales del Derecho penal, común o militar de los Estados miembros) y algunas de las principales figuras del Derecho común. Además, un Protocolo relativo al Derecho penal militar (igualmente anexo al Tratado) incluía algunos principios (entre ellos el *nullum crimen sine lege*, la irretroactividad de la ley penal y el principio de culpabilidad) que representaban una síntesis del “patrimonio jurídico común” de los Estados miembros y que debían inspirar la nueva normativa. A pesar de todos estos intentos, la Comunidad Europea de Defensa fracasó a causa de la negativa de la Asamblea Francesa a la ratificación del Tratado constitutivo el 30 de agosto de 1954. Para más información sobre la CED, ver GAVÍN MUNTÉ, V., “La Comunidad Europea de Defensa (1950-1954) ¿Idealismo Europeo o interés de Estado”, Universidad de Barcelona, 2005, www.tesisexarxa.net/TDX-0613105-144717/index.html

⁷⁴ MARTÍN, A., “Fraudes comunitarios...”, Praxis, Barcelona, 1996, p. 63

reglamentos ... podrán atribuir al Tribunal de Justicia una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos” hoy en día no tiene un carácter potestativo, pues un factor esencial para la admisión de los poderes sancionadores de la administración de un Estado de Derecho es su sometimiento *ex post* a los órganos jurisdiccionales, lo cual es además de un derecho de los ciudadanos una exigencia derivada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que como veremos constituye parte del orden comunitario. Por todo ello, donde el artículo 229 señala **podrán** debemos necesariamente leer hoy **deberán**⁷⁵.

1.3.2.2. Posición de la teoría los poderes implícitos o del efecto útil y el artículo 308 TCE)

Otra corriente doctrinal, adoptada tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia ve posibles competencias sancionadoras en aquellos casos en los que el Texto del TCE habilita al Consejo a adoptar *todas las medidas necesarias* para la consecución de los objetivos que define. Así, por ejemplo, el artículo 34.2 TCE en materia de política agrícola, el artículo 40 en materia de libre circulación de trabajadores o el artículo 75.1 TCE, relativo a materia de transportes. Esta opinión se enmarca dentro de la denominada *teoría de los poderes implícitos*, en virtud de la cual se señala que cuando a una organización internacional se le confieren una serie de competencias, le son conferidas también otras no mencionadas expresamente pero que resultan necesarias para la correcta realización de las primeras. Dentro de esta teoría tienen encuadre sentencias tan famosas como el asunto *Hansen*⁷⁶ o el asunto *Alemania c. Comisión*⁷⁷, ya vistas con anterioridad.

Junto a esta posibilidad se encuentra el posible recurso al artículo 308 (anterior artículo 235⁷⁸), citado también por algunos autores partidarios de la teoría anterior. El artículo dice en su redacción actual (que no ha cambiado) que *“Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al*

⁷⁵ En la Sentencia del TJCE *Alemania c. Comisión* de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90, Rec. 1992 página I-05395, para justificar una serie de sanciones *sui generis* en el mercado agrícola, ha acudido al artículo 40.3.: “cada vez que el Tratado atribuye competencia a la Comisión para establecer disposiciones materiales, la inviste igualmente del poder de instituir las sanciones que son necesarias para su respecto”

⁷⁶ Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1990, *Hansen*, asunto C-326/88, *Réc.* 1990, p. I-2911

⁷⁷ Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1992, *Alemania c. Comisión*, *Réc.* 1992, p. I-5383

⁷⁸ Sobre el alcance del artículo 235, vid. la Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, *Comisión c. Consejo*, asunto 165/87, Rec. 1988 página 05545

respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

Obsérvese que se definen como fuente de competencia los “objetivos de la Comunidad”, los fines que se pretenden, los cuales, si se releen los artículos 2 y 3 del Tratado, son ya de una extraordinaria amplitud. Es nuestra cláusula *necessary and proper*, que dota incesantemente de “poderes de acción” a las Comunidades, sin más que un simple acuerdo unánime del Consejo. Se trata de una cláusula que, superando una primera etapa en la que fue interpretada de modo estricto como habilitación de actuaciones normativas en ejercicio competencial no previstas expresamente, ha sido utilizada abundantemente por los órganos de la Comunidad, tras la cumbre de París de 1972, para hacer frente a nuevas situaciones, siempre que ello no suponga una extralimitación del Tratado —y, por tanto, su modificación implícita o su inobservancia en el caso concreto— y sea posible, aun faltando atribución competencial expresa, establecer un nexo entre dicha actuación y la realización de los fines de la Comunidad⁷⁹.

Hay que decir que cuantitativamente, se puede afirmar con rotundidad, la mayor parte de las competencias que ejerce hoy la Unión Europea han venido no por los Tratados, sino por la técnica del 308 TCE. Esta técnica es, exactamente, la técnica de la competencia no por listas materiales de actividad, sino por objetivos o por fines.

La utilización de esta cláusula ha permitido modular flexiblemente las competencias efectivas de la Comunidad, desempeñando una función similar a la del artículo 150 de la Constitución Española como modo extraordinario de atribución competencial, también mayoritariamente en favor de la organización beneficiaría de la descentralización. En cualquier caso, este precepto de *redondeamiento competencial* no contiene una habilitación general para decidir discrecionalmente sobre las propias facultades operando como una especie de cláusula de soberanía, pues las constricciones finalísticas y procedimentales, especialmente aquéllas, que establece son muy rígidas —en virtud del artículo 308 TCE sólo se puede disponer de competencias al servicio de los objetivos de la Comunidad—.

En segundo lugar, se trata de un instrumento diferente de la cláusula de poderes implícitos que se conoce en los Estados federales en la medida que no permite el reconocimiento de competencias no previstas pero instrumentales de las atribuidas expresamente, sino sólo una expansión

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El proyecto de Constitución Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, septiembre-diciembre, 1995, pp. 9 y ss.

competencial religada a fines encomendados por los Tratados a la Unión. Estamos por tanto ante un instituto distinto y cuyo empleo frecuente en virtud de sus posibilidades no ha impedido el recurso al expediente de *los poderes implícitos* o *el efecto útil* o mandato de maximización en la interpretación constitucional de las cláusulas competenciales⁸⁰.

Para finalizar, y como curiosidad, el mecanismo técnico de la prevalencia del Derecho comunitario es exactamente la de la supremacía del Derecho federal de la Constitución americana, y su formulación procede de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, resultando sólo sorprendente que tanto el criterio de la competencia por objetivos, como la cláusula *necessary and proper* del viejo artículo 235 del Tratado, como este principio de la prevalencia se hayan construido al margen por completo de la jurisprudencia y de la doctrina americanas aunque llegando a unos resultados del todo similares.

1.3.3. Los inconvenientes desde el punto de vista constitucional nacional: el respeto a los Derechos fundamentales, y en particular al principio de legalidad.

1.3.3.1. La protección de los Derechos fundamentales por la Unión Europea

Volviendo al artículo 229 TCE, recordemos que éste sienta las bases jurídicas indispensables para la instauración de sanciones pecuniarias, con una naturaleza jurídica no penal, según lo que se desprende del artículo 256 TCE. Por otro lado, como dicen voces notables, la atribución a las instituciones comunitarias de una potestad de imposición de sanciones penales para tutelar los mandatos y prohibiciones establecidos comportaría una notable limitación de soberanía para los Estados miembros que requeriría una previsión expresa, no pudiendo considerarse incluida en la atribución de competencia genérica para adoptar, en ciertos sectores, *“todas las medidas necesarias”*⁸¹.

En este punto, y con vistas a la formación de un Derecho sancionador comunitario, es necesario hacer referencia a los Derechos fundamentales y a su relación con el ordenamiento comunitario. La Unión Europea cuenta con un catálogo de derechos fundamentales. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y, por primera vez, reúne en un solo texto los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales. Su objetivo se explica en el

⁸⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, octubre-diciembre, 1995, pp. 45 y ss.

⁸¹ Cfr. GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 93

preámbulo: «*Por ello, es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*».

En junio de 1999, con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea. De acuerdo con las expectativas de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸².

La Carta fue elaborada por una convención compuesta por representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, un representante del Presidente de la Comisión Europea, y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Formalmente adoptada en Niza en diciembre de 2000 por los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, representa un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio.

Con el Tratado de Lisboa por el que se modifican los tratados, actualmente en curso de ratificación⁸³, la Carta adquirirá un carácter vinculante⁸⁴ mediante la inserción de una mención

⁸² Para profundizar en el análisis de la CDFUE, véase ORTIZ PICA, M.I., *El patrimonio constitucional europeo: su asimilación por el orden jurídico comunitario (análisis específico del patrimonio europeo de los derechos fundamentales)*, Universitat Autònoma de Barcelona y Université Montpellier I, 2003

⁸³ El no de Irlanda en el referéndum sobre el Tratado de Lisboa ha supuesto un gran escollo para el proceso de integración europea. España ratificó el Tratado de Lisboa por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. Su artículo 1 autoriza la ratificación de dicho Tratado por parte del Reino de España, y su segundo artículo dispone que *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007»*.

La disposición final única establece que dicha ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación, es decir, el 1 de agosto de 2008. En cualquier caso, ello no implica que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea esté en vigor desde ese momento, pues su entrada en vigor depende de la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de todos los Estados miembros, hecho que aún no se ha producido.

Según la información proporcionada por la Unión Europea, el Tratado de Lisboa ha sido ratificado por 23 estados. En la República Checa está pendiente de ratificación, a lo que hay que añadir la no ratificación por parte de Irlanda. http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_es.htm

⁸⁴ A pesar de su carácter no vinculante, los jueces comunitarios y nacionales consideraron la Carta como vinculante (en múltiples ocasiones haciendo referencia a su carácter de reconocimiento), permitiendo así no sólo consolidar el reconocimiento de derechos persistentes, sino también dar nuevas potencialidades a derechos ya reconocidos,

por la que se le reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue proclamada por segunda vez⁸⁵ en diciembre de 2007. Asimismo, también es de suma importancia la referencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace a la Carta en la sentencia de 11 de junio de 2002, *Christine Goodwin contra Reino Unido*⁸⁶, donde se actualiza el Convenio en la medida que el artículo 9 de la Carta reconoce el derecho a casarse sin ninguna referencia expresa al hombre o a la mujer.

Antes de la elaboración de esta Carta, fue el Tribunal de Justicia el encargado de definir y delimitar los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Así, a finales de los años cincuenta el Tribunal de Justicia afirmó rotundamente que en el ámbito comunitario sólo hallarían reconocimiento y tutela aquellos derechos subjetivos previstos en el Tratado y en el Derecho comunitario derivado⁸⁷, conformándose así una protección de los derechos fundamentales insuficiente y fragmentaria. Esta postura, además, debilitaba la legitimación democrática de las Comunidades, favoreciendo así la aparición de posiciones restrictivas sobre la autonomía del ordenamiento comunitario en los espacios jurídicos nacionales más sensibles al problema de la protección de los Derechos fundamentales.

Un cambio radical de postura vino con la Sentencia *Stauder* de 1960⁸⁸, que reconoce que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal. Un paso adelante fue la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁸⁹, donde el Tribunal además añade que la salvaguardia de los Derechos fundamentales debe inspirarse “en la tradición constitucional común a los Estados miembros” y se garantiza “en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad”.

La evolución jurisprudencial termina con la sentencia *Nold*⁹⁰, donde se ratifica que el fundamento normativo de la protección de los Derechos fundamentales radica en los “principios generales del

deduciendo de la Carta soluciones innovadoras o más avanzadas; en este sentido, véase la opinión del Abogado General Jacob referente a la tutela judicial efectiva en el asunto C-50/00 P, sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, Rec. 2002, pp. I-06677 y ss.

⁸⁵ Ya proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión

⁸⁶ Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002, asunto 28957/95,

⁸⁷ Sentencias del TJCE de 4 de febrero de 1959, *Strork*, asunto 1/58, en Rec. 1958, p. 43 y ss. y de 15 de julio de 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft c. Alta Autoridad*, causas reunidas 36, 37, 38 y 40/59, Rec. 1960, pp. 857 y ss.

⁸⁸ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto 29/69, Rec. 1969, pp. 419 y ss.

⁸⁹ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

⁹⁰ Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold KG*, asunto 4/73, Rec. 1974, pp. 491 y ss.

Derecho". De la misma manera se dice que el Tribunal "no puede admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados". Junto a esta tradición constitucional, el Tribunal añade que "los instrumentos internacionales, relativos a la protección de los derechos del hombre en que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido pueden, asimismo, proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario." Estas disposiciones del Convenio pasaron a formar parte el acervo comunitario, constituyendo la base mínima de tutela de los Derechos fundamentales, paso confirmado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es necesario hacer alguna apreciación sobre el criterio de *nivel máximo* que establece la sentencia *Nold*, según el cual resultaría ilegítima cualquier intervención normativa o administrativa comunitaria contraria a un derecho fundamental reconocido en una de las Constituciones de los Estados miembros. Aceptar estos términos supondría sobrevalorar el interés individual en perjuicio del interés general (comunitario), lo cual se opondría a la propia noción de tradición constitucional común⁹¹. Por otro lado, la solución del *mínimo estándar* tampoco es satisfactoria, porque cualquier limitación existente en los ordenamientos constitucionales en materia de Derechos fundamentales debería obligar a los órganos comunitarios.

Al final, el Tribunal de Justicia realiza una labor creativa, inspirándose en lo que disponen las Constituciones nacionales y reelaborando lo que ellas señalan conforme a la estructura y contexto comunitario y de ahí el interés del Tribunal de Justicia por subrayar el carácter comunitario de los principios y derechos fundamentales obtenidos de las tradiciones constitucionales comunes.

1.3.3.2. Novedades a la luz del Tratado de Lisboa. El espacio de libertad, seguridad y justicia

Con el fin de facilitar una verdadera libertad de circulación de las personas en el territorio de la Unión Europea y luchar de manera más eficaz contra las formas más graves de delincuencia, el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999 diseñó las líneas de desarrollo del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁹¹ Cfr. GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 98. Añade además que en las experiencias constitucionales nacionales la tutela de ciertos intereses, como el derecho de propiedad o de iniciativa económica, surge de un equilibrio entre dichos derechos y otros intereses de carácter general (que a su vez pueden ser expresión de derechos fundamentales de otros sujetos). Aceptar en todo caso el planteamiento que maximiza la tutela prestada al interés individual en perjuicio del interés general podría significar un sometimiento de los órganos comunitarios de tal calibre que resultaría incompatible precisamente con la tradición constitucional de algunos Estados.

Antes, los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI) se regían por el método intergubernamental y figuraban en un título específico del Tratado de Maastricht: el título VI (también llamado «tercer pilar»). El Tratado de Ámsterdam «comunitarizó» el asilo, la inmigración y la cooperación judicial civil. Se mantuvo el tercer pilar pero ya únicamente para la cooperación policial y judicial en materia penal. Las materias relacionadas con la JAI -tanto las pertenecientes al primer pilar como al tercero- seguían unidas, no obstante, por un proyecto común: el ELSJ (espacio de libertad, seguridad y justicia).

Así pues, desaparece la vieja división en pilares y ello tiene consecuencias muy importantes⁹²:

- Toda el área del espacio de libertad, seguridad y justicia se rige por el principio de primacía del derecho de la Unión frente al derecho nacional;
- En relación a las materias de competencias concurrentes entre la Unión y los Estados miembros es de aplicación el principio del artículo I-12.2 de la fallida Constitución, que establecía que “los Estados miembros” ejercen su competencia cuando la Unión no haya ejercido las suyas; un cambio de perspectiva radial respecto a la formulación originaria del tercer pilar;
- Encuentra aplicación el principio de eficacia directa del derecho de la Unión, tal y como establece la jurisprudencia comunitaria a partir de la sentencia *Van Duyn*⁹³;
- Se prevé el control del Tribunal de Justicia en relación a los principios ordinarios y no dentro de los restringidos límites en las disposiciones del tercer pilar que han provocado un posible déficit jurisdiccional en la Unión;
- Toda el área del espacio de libertad, seguridad y justicia están sujetas a las reglas ordinarias del procedimiento legislativo.

Respecto al Tratado de Lisboa, aunque escape al objeto de nuestro estudio, cabe decir que mantiene las principales aportaciones materiales que recogía el Tratado Constitucional; tanto en

⁹² GRASSO, G., “Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 235

⁹³ Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn c. Home Office*, asunto 41/74, *Réc.* 1974, p. 1337. Como es sabido, el efecto directo (o aplicabilidad directa) constituye, con el principio de primacía, un principio básico del Derecho comunitario. Dicho principio, sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Van Gend en Loos* (sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, asunto 26/62, *Réc.* 1963, p.3), crea derechos en favor de los particulares que pueden alegarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. El principio facilita la introducción del Derecho comunitario en el Derecho nacional y refuerza su eficacia. Protege, además, los derechos de los particulares al permitir que puedan alegar una norma comunitaria, al margen de que existan o no textos de origen interno.

el plano estructural como en los planos institucional y competencial⁹⁴. En definitiva, *prima facie* podrían parecer modificaciones de enorme trascendencia; y ciertamente afectan a aspectos políticos y jurídicos nada desdeñables dentro de un texto de pretendido carácter constitucional, a la vez que su carácter simbólico obviamente trasluce un trasfondo político de evidente recelo ante la Unión Europea. Pero en el fondo, visto fríamente y con cierta perspectiva, son eliminaciones casi “cosméticas”⁹⁵.

Autores muy notables⁹⁶ estiman que tanto la Constitución como el actual Tratado de Lisboa no crean un sistema penal supranacional porque no permiten idear una potestad de incriminación de las instituciones europeas, pero sí que dan vida a un **Derecho penal de la Unión**, esto es, un conjunto de disposiciones de contenido penal que constituyen una competencia compartida de la Unión y de los Estados miembros. Algunos autores señalan el 13 de diciembre de 2007 como el día del nacimiento de un *ius puniendi* europeo⁹⁷. Es un modelo normativo en el cual se asiste a

⁹⁴ En esta línea, al “Ministro de Asuntos Exteriores” se le quita el nombre para llamarse simplemente “Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad”. Se abandona también la denominación de “leyes” y “leyes marco” para referirse a los tradicionales reglamentos y directivas. Se elimina igualmente el precepto del Tratado Constitucional relativo a los símbolos de la Unión (artículo I-8), si bien una declaración adoptada por Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia afirma que la bandera, el himno, el euro y la divisa “seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ella”.

También desaparece el precepto del Tratado Constitucional que por primera vez hacía referencia expresa al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (artículo I-6). Será sustituido por una Declaración que se limita a recordar “que con arreglo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”. A mayor abundamiento, la Conferencia decidió incorporar al Acta Final de la misma el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía en el que, entre otros aspectos, es establece con toda claridad que “el principio de la primacía del Derecho Comunitario es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea”. Además, el futuro artículo primero que haga de pórtico del nuevo TUE no contendrá la referencia expresa a la doble legitimidad de la Unión (Estados y ciudadanos), limitándose a establecer de manera extremadamente sobria que “la Unión se fundamentará en el presente tratado y en el tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea” que sustituirá al actual TCE. Sin más.

Igualmente, el precepto que haga referencia a los objetivos de la Unión suprimirá la alusión a que “la competencia sea libre y no esté falseada”, a la vez que habrá un protocolo sobre servicios de interés económico general. En él se enfatiza “la importancia de los servicios de interés general” y se acuerda en sus dos artículos que los valores comunes de la Unión con relación a estos servicios incluyen en particular “el papel esencial y el amplio margen de maniobra de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, hacer que se realicen y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios”, así como “la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales”.

Por último, también se pierde por el camino el preámbulo del Tratado Constitucional, salvo el primero de sus apartados que se añadirá al preámbulo del futuro TUE en un lugar protagonista: “Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores inalienables de la persona, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”. valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”.

⁹⁵ Véase REMIRO BROTONS, A., “Pretéritos futuros y futuro pretérito de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 12, Nº 29, Madrid, 2008, pp. 21-47

⁹⁶ GRASSO, G., “Derechos fundamentales...”, pp. 235-236

⁹⁷ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 12, Nº 30, Madrid, 2008, pp. 349-380

una singular integración y coordinación entre normas supranacionales y normas estatales y en el que se combinan la integración supranacional y la coordinación entre ordenamientos, conocido como *pluralismo ordenado*⁹⁸.

El Tratado de Lisboa recoge en su interior un catálogo cerrado de bienes jurídicos de naturaleza puramente europea y obliga a los Estados a que los protejan penalmente (artículo 83 TFUE). Este elenco de bienes jurídicos compone el Derecho penal europeo esencial⁹⁹, junto al que se establecen las bases para que crezca el anterior catálogo de forma sucesiva –y, por tanto, derivada–.

Además de esta parte de Derecho penal, el artículo 83.2 TFUE permite la asunción de competencias en materia penal cuando ello resulte imprescindible para garantizar la eficacia de una política europea, esto es, que ya no depende de la dimensión transfronteriza derivada del “carácter” o de las “repercusiones” de dichas infracciones. El único límite será el principio genérico de subsidiariedad. Parece que a través de esta vía se ha aceptado la competencia penal de la Unión Europea según lo establecido por el Tribunal de Justicia en las sentencias Comisión c. Consejo de 13 de septiembre de 2005 y 23 de octubre de 2007, respectivamente.

Es curioso, pero, la ausencia de referencias en el artículo 83 TFUE a la protección penal de los intereses financieros de la Unión. Sin embargo, de la lectura del artículo 325 TFUE se desprende que sí que están protegidos penalmente, pues

- La protección penal de los intereses financieros de la Unión es una de las materias que mayor europeización ha alcanzado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa, sea con el *Corpus Iuris*, que incluía dentro del catálogo de los eurodelitos los fraudes a dichos intereses financieros, o con el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad de 25 de noviembre de 1995¹⁰⁰, en cuyo artículo 1.2 se establecía que “*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias y convenientes*

⁹⁸ DELMAS-MARTY, M., “Límites del relativismo jurídico”, en *Estudios jurídicos comparativos e internacionalización del Derecho*, Collège de France, p. 20. En este sentido, la autora dice que este pluralismo ordenado “conllevaría en las representaciones del ordenamiento jurídico a una transformación, en sentido literal del término ya que se trata “de pasar” de un modelo simple (interacciones verticales), a un modelo complejo (interacciones horizontales) o hipercomplejo (interacciones a la vez verticales y horizontales, a varios niveles y a varias velocidades), en nuestras representaciones del ordenamiento jurídico”.

http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL24918_rescours_0304dmesp.pdf

⁹⁹ MIRÓ LLINARES, F., “Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E., Y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), *Comentarios a la Constitución Europea*, L. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1211

¹⁰⁰ DO C 316 de 27 de noviembre de 1995

para transponer al Derecho penal interno las disposiciones del apartado uno (que definen los elementos constitutivos del fraude a las Comunidades europeas), de modo que los comportamientos¹⁰¹ que contempla sean erigidos en tipos penales”;

- Aunque se guarda silencio en relación con la naturaleza de las medidas para combatir el fraude de forma efectiva, implícitamente se está haciendo referencia a las infracciones y sanciones penales, porque las medidas de Derecho administrativo, en todo caso, no son suficientes para los casos graves¹⁰²;
- La lectura del artículo 85 TFUE nos indica que si se crea una Fiscalía Europea a partir de Eurojust “*para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión*” será porque se parte de que la Unión puede obligar a los Estados miembros a proteger sus intereses financieros a través del Derecho penal.

En definitiva, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ampliará la competencia del Tribunal de Justicia para tutelar los derechos fundamentales, pues el Tribunal deberá controlar el respeto de los derechos fundamentales en todo el ámbito del [extinto] tercer pilar en relación tanto a los actos de las instituciones de la Unión, como al Derecho de los Estados miembros en las materias en las que haya una relación con del derecho de la Unión. Asimismo, los derechos fundamentales podrán adquirir una función de *valores o principios* que orienten la actividad normativa de la Unión en determinados ámbitos, sumándose a la función tradicional de *límite*. Así pues, los derechos fundamentales no constituyen ni un límite ni un mero objeto de tutela, sino que se convierten en un instrumento para alcanzar algunos objetivos de la Unión.

¹⁰¹ Estos comportamientos son (artículo 1.1): la utilización o la presentación de declaraciones o de documentos falsos, incompletos o inexactos, que tengan por efecto la disminución ilegal de recursos o la percepción o retención indebida de fondos; el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; y desviar los fondos o los derechos obtenidos a fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio.

¹⁰² TIEDEMANN, K., “El concepto de delito económico en la Constitución europea”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, pp. 173 y ss.

1.3.3.3. Los Derechos fundamentales tutelados en el Tratado de Lisboa* y su incidencia sobre el Derecho de los Estados miembros

a) Derechos fundamentales

*En primer lugar, es preciso aclarar que el texto del Tratado de Lisboa no hace ningún reconocimiento de derechos, pero su artículo 1.8)¹⁰³ establece que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Aunque será objeto de estudio en los capítulos siguientes considero necesario hacer mención a los derechos que contiene el Tratado de Lisboa con relevancia penal. Hay que tener en cuenta, pero, que el reconocimiento de derechos de orden penal no constituye un reconocimiento implícito de la existencia de un sistema penal europeo, pues se dice expresamente que las disposiciones en tema de derechos fundamentales no amplían las competencias de la Unión.

De todas maneras, la existencia de derechos fundamentales relativos al derecho penal (o sancionador) en el marco del Tratado de Lisboa no puede asombrarnos, pues el Tribunal de Justicia ha hecho referencia muchas veces a los derechos fundamentales de contenido penal en todo el ámbito de los llamados efectos indirectos del derecho comunitario sobre el derecho penal; basta pensar en la alusión que se hace en el caso *Kirk*¹⁰⁴ al principio de legalidad o en el caso *Berlusconi*¹⁰⁵ al principio de retroactividad de la ley penal más favorable

En primer lugar hay que hacer referencia al **derecho a la vida** y a la **abolición de la pena de muerte**. Es cierto que son principios que escapan del ámbito del Derecho Tributario, pero por afectar al Derecho Penal se hace necesario mencionarlos, aunque sea de forma breve. El único problema que se plantea es que la Carta dice que lo establecido en su artículo 2 tiene “idéntico significado y alcance” que el artículo 2 CEDH y por ende, también se aplica el artículo 2 del

¹⁰³ El nuevo artículo 6 del TUE establece que

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

¹⁰⁴ Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1984, *Kirk*, asunto 63/83, Rec. 1984, p. 2689

¹⁰⁵ Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2005, caso *Berlusconi*, asunto C-387/02, Rec. 2005, p. I-3565

protocolo nº 6, que prevé la pena de muerte para los delitos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. Se puede ver aquí que el CEDH restringe el contenido de la CDFUE, que no prevé ninguna excepción a la pena de muerte.

El artículo II-79, § 2 del fallido proyecto de Constitución Europea preveía que “*nadie puede ser alejado, expulsado o extraditado a un Estado donde exista un serio riesgo de ser sometido a pena de muerte, a la tortura o a tratamientos inhumanos o degradantes*”. En la actualidad, no se recoge ni en el Tratado de Lisboa, ni en la Carta de Derechos Fundamentales ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en los protocolos ni en el Derecho de la Unión Europea. Es, pero, un principio establecido por la doctrina del TEDH, especialmente en el caso *Soering*¹⁰⁶, donde se afirma que la extradición (o expulsión) de un individuo por parte de un Estado puede constituir una violación del artículo 3 si existe el riesgo de que dicho individuo reciba un trato contrario al artículo 3 en el Estado aceptante. Se afirma una responsabilidad del Estado en los términos del Convenio por actos cumplidos por su Autoridad que también tienen efectos fuera de su propia jurisdicción.

Otro caso muy importante es el caso *Boudellaa*¹⁰⁷ y otros contra el Estado de Bosnia Herzegovina y la Federación de Bosnia Herzegovina, en el que se trata la situación de algunos individuos que, tras su arresto y posterior excarcelación, habían sido entregados por las Autoridades bosnias a las fuerzas militares de EEUU y posteriormente trasladados a Guantánamo en virtud del *Military Order on the Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*, adoptado por el Presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001. La Cámara condenó al Estado de Bosnia Herzegovina y la Federación de Bosnia Herzegovina no sólo por la violación del artículo 1 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo y del artículo 5 del Convenio, sino también por la violación del sexto protocolo adicional al Convenio en relación al hecho de que los recurrentes, después de su traslado a Guantánamo se exponían al riesgo de que se les aplicara la pena de muerte.

El artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales consagra el **principio de legalidad** y de **proporcionalidad** de los delitos y las penas. El artículo II-109 del Proyecto de Constitución Europea codificaba el principio de legalidad, pero también la regla de la retroactividad de la ley más favorable (ya previsto en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en algunos Estados miembros), lo que suponía una garantía más intensa respecto a la prevista en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En cualquier caso, la excepción del artículo 7 apartado 2¹⁰⁸ no tiene hoy en día justificación. En cuanto a la proporcionalidad de las

¹⁰⁶ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, asunto 14038/88.

¹⁰⁷ Cámara de Derechos Humanos para Bosnia Herzegovina, *Boudellaa y otros c. Bosnia Herzegovina y la Federación de Bosnia Herzegovina* (11 de octubre de 2002, Nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690 & CH/02/8691) párr. 236 – 267

¹⁰⁸ El artículo 49.2 de la Carta de Derechos Fundamentales transcribe el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que “*el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una*

penas, es un principio presente en la jurisprudencia comunitaria, vinculado a la necesidad de garantizar la esencia de los derechos fundamentales, evitando que puedan ser lesionados por agresiones injustificadas y desproporcionadas.

Es más delicado que el Tribunal de Justicia, alejándose de la postura del Abogado General Van Gerven¹⁰⁹ haya negado que el principio de culpabilidad constituya la expresión de un derecho fundamental, si bien sí que constituye un principio general del sistema represivo comunitario. Es más, el *Corpus Juris* recoge el principio de culpabilidad persona, diciendo que *“la responsabilidad penal es personal. Se incrimina a título de autor, de inductor o cómplice, según el comportamiento del inculgado y en función de su propia responsabilidad”*.

Sobre este asunto es muy importante la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 364/1988¹¹⁰, que consagra el principio de culpabilidad como necesario para garantizar la libre elección de acción del individuo, y ha subrayado el vínculo y la interrelación entre el principio de culpabilidad y el de legalidad.

b) Incidencia en los Estados miembros

El primer elemento a considerar es que según el artículo 51 de la Carta de Derechos, ésta se aplica a *“las instituciones, órganos y organismos de la Unión [...] a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión”*. Vemos pues que, a pesar el carácter aparentemente general de las disposiciones de la Carta, su aplicación se ciñe al ámbito competencial comunitario. En este

acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones”. La excepción del artículo 7, apartado 2 de la Carta Europea de Derechos Humanos es fruto de una enmienda al proyecto original de dicho artículo; enmienda dirigida expresamente a justificar los juicios de Nuremberg y Tokio y fundada en el hecho de que el principio de retroactividad no encuentra plena aplicación en el derecho internacional. Sobre el principio de legalidad, véase también D'AMICO, M., *“Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo”* en RUGGIERI, F., *La giustizia penale nella convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione Europea*, Giuffrè-Bruyillant, 2003, pp. 55-63

¹⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Van Gerven en el asunto *Hansen*, Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1990, asunto 326/88, Rec. 1990, pp. I-2911 y ss. En dicho asunto se debatía si el régimen de responsabilidad objetiva que regía en el Derecho sancionador del trabajo danés resultaba contrario al Derecho comunitario.

¹¹⁰ Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 23 y 24 de marzo de 1988, asunto 364/1988, *Gazzeta Ufficiale*, 1ª Serie Speciale *Corte Costituzionale* nº 13, de 30 de marzo de 1988. El fundamento jurídico nº 8 dice que *“Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto.*

A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto.”

sentido, el Tribunal de Justicia afirma en el párrafo 37 de la sentencia *Karlsson*¹¹¹ que “...las exigencias de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican normativa comunitaria...”

Ya el Tribunal de Justicia afirmó en los casos de *Cinéthèque*¹¹² y *Demirel*¹¹³ que no puede pronunciarse sobre la compatibilidad entre los derechos fundamentales reconocidos y garantizados a nivel comunitario y una disciplina nacional que no forma parte del ámbito del derecho comunitario. *Sensu contrario* se puede decir que dicho poder subsiste para aquellos ámbitos en los que se aplican los Tratados comunitarios.

Hay autores¹¹⁴ que abogan por una interpretación amplia del precepto, lo cual implicaría aplicar la Carta en todos aquellos casos en los que la normativa interna, aunque la normativa europea no sea de aplicación, llegue a incidir en un ámbito de competencia de la Unión o en sectores ya regulados por el derecho comunitario y, así, la influencia de los derechos fundamentales podría darse sobre:

- a') En el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, en relación a la normativa de transposición de directivas (reconocimiento mutuo de decisiones, cooperación en materia penal, aproximación de los sistemas procesales...)
- b') Las disposiciones relacionadas con el *sistema sancionador comunitario*: además de los dos tipos de sanciones comunitarias, existen otras sanciones previstas por la normativa comunitaria y aplicables por las Autoridades de los Estados miembros. Dicha normativa nacional, además de respetar lo establecido por el Reglamento debe respetar los derechos fundamentales recogidos por la Carta
- c') El campo de incidencia de los llamados efectos indirectos (o reflejos) de la normativa supranacional sobre el derecho penal, en el que se manifiesta aquel vínculo entre normativa interna y normativa de la Unión que permite atraer la normativa nacional al ámbito de aplicación del artículo 51 de la Carta

¹¹¹ Sentencia del TJCE de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, asunto C-292/97, *Réc.* 2000, p. I-2737, citando también la sentencia de 24 de marzo de 1994, *Bostock*, C-2/92, *Réc.* p. I-955, ap. 16

¹¹² Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, caso *Cinéthèque*, asunto 60-61/84, *Rec.* 1985, p. 2605

¹¹³ Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 1987, caso *Demirel*, asunto 12/86, *Rec.* 1987, p. 3719, donde su párrafo 28 dice que “...por lo que respecta a una eventual incidencia del artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos en la respuesta que haya de darse a dicha cuestión, procede hacer constar que este Tribunal, como ya declaró en su sentencia de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84, *Rec.* 1985, pp. 2605 y ss., especialmente p. 2618, debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos”.

¹¹⁴ GRASSO, G., “Derechos fundamentales...”, pp. 243-244

Merece un particular análisis la incidencia de la Carta sobre el **principio de proporcionalidad entre delito y pena**. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho principio ha permitido un control de niveles sancionadores de algunos tipos delictivos nacionales que interfieren con las libertades reconocidas a nivel comunitario. En la sentencia del caso *Watson*¹¹⁵ se establece que “las autoridades nacionales tienen la facultad de imponer sanciones de la misma gravedad que las que se prevén para infracciones equivalentes del derecho interno” por el incumplimiento del deber de notificación de los extranjeros. En el caso *Pieck*¹¹⁶ el Tribunal aún es más claro: los Estados miembros pueden establecer “sanciones análogas a las que el Derecho nacional prevé en relación a infracciones menores”, esto es, habrá que excluir las penas privativas de libertad.

c) Conclusiones

Con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su eficacia vinculante a partir de la [deseable] entrada en vigor del Tratado de Lisboa se refuerza (y se homogeniza) el grado de tutela de los derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros.

Además, esta incorporación de los derechos fundamentales al acervo comunitario contribuye a la modificación de los sistemas jurídicos nacionales, realizando una armonización que implica un reforzamiento de dicha tutela. Con el paso del tiempo el reducido ámbito de aplicación de la Carta puede ampliarse al resto del ordenamiento, produciéndose un efecto de contaminación¹¹⁷ (positiva) del sistema, de la totalidad del ordenamiento de los Estados. Esa armonización contribuye, asimismo, a la futura creación de un derecho penal europeo en sentido propio, en el marco de aquel “pluralismo ordenado” del que anteriormente hemos hablado¹¹⁸.

1.3.3.4. Adenda: la adhesión de las Comunidades al CEDH

La adhesión de las Comunidades al CEDH ha sido defendida en medios doctrinales e institucionales alegándose que la misma redundaría positivamente tanto a nivel político como jurídico. Políticamente, reforzaría la imagen democrática de la Comunidad. Desde un punto de vista jurídico, clarificaría y aumentaría la protección de los derechos fundamentales en la

¹¹⁵ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, caso *Watson et Belmann*, asunto 118/75, Rec. 1976, p. 1185

¹¹⁶ Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1980, *Regina / Pieck*, asunto 157/79, Rec. 1980, p. 2171

¹¹⁷ GRASSO, G., “*Derechos fundamentales...*”, pp. 247

¹¹⁸ Véase nota 99

Comunidad, y contribuiría a dejar sin argumentos a las jurisdicciones constitucionales nacionales que han planteado objeciones a la primacía del Derecho comunitario amparándose en la protección de los derechos fundamentales. También evitaría la eventualidad de divergencias entre la jurisprudencia comunitaria y la del TEDH. Frente a estas posiciones, se ha señalado algún aspecto negativo: plantearía nuevos y a menudo complicados problemas a los órganos de Estrasburgo, lo que podría entorpecer los procedimientos y poner en peligro el sistema del CEDH globalmente.

La adhesión plantea serias dificultades técnicas, que exigirían negociar un buen número de adaptaciones concretas al CEDH en vistas a la misma, que se deberían estipular en un Protocolo de adhesión. Como ejemplo de las dificultades que se presentan en el plano normativo se puede citar el artículo 13, que exige que los particulares dispongan de recursos efectivos en caso de violación de los derechos reconocidos en el CEDH, lo cual es dudoso que se cumpla en el sistema contencioso comunitario, que no prevé un recurso directo abierto a los particulares contra los actos generales de las instituciones comunitarias. Ello exigiría modificar los Tratados, o bien incluir en el Protocolo de adhesión una declaración *ad hoc*. También podría presentar dificultades la determinación de la incidencia de la adhesión respecto a los Protocolos adicionales al CEDH. Por un lado, parecería deseable que la Comunidad se adhiriera a todos los Protocolos, con lo cual se pondría de manifiesto la búsqueda de un estándar elevado de protección. Por otro, teniendo en cuenta la imbricación competencial de la Comunidad y los Estados miembros, parece más prudente que la adhesión se limite a aquellos Protocolos suscritos por todos los Estados miembros, al menos en un primer momento.

Sin embargo, la verdadera ventaja de la adhesión no radica tanto en contar con el catálogo de derechos y libertades establecido en la parte material del CEDH o en sus Protocolos, sino en el hecho de que los actos comunitarios puedan estar sometidos al control de los órganos de Estrasburgo. En este punto también se plantea la necesidad de adaptaciones en vistas a la naturaleza específica de las Comunidades, aunque debería evitarse reservar para la Comunidad un estatuto excesivamente particular. Los principales problemas estriban en las relaciones entre los órganos del CEDH y el Consejo de Europa, en la manera en que las Comunidades deberían estar representadas en los órganos de control y en la necesidad de excluir la posibilidad de recursos entre la Comunidad y sus Estados miembros.

La compatibilidad de la adhesión al CEDH con el ordenamiento comunitario es una cuestión que será objeto de pronunciamiento por parte del TJCE en el Dictamen 2/94¹¹⁹, solicitado por el Consejo, en el que se pide que el TJCE determine la competencia comunitaria para la adhesión y la compatibilidad de los sistemas jurisdiccionales comunitario y del Convenio. Aunque dicha solicitud pueda parecer prematura, dada la inexistencia de un proyecto de acuerdo de adhesión, no existen razones para negar la admisibilidad del mismo en lo que respecta al aspecto competencial: dictaminar si la Comunidad es competente o no para adherirse al CEDH es una cuestión previa a la negociación de la adhesión. Más problemática resulta, en cambio, la pregunta relativa a la compatibilidad del CEDH con el ordenamiento comunitario, puesto que aquí sí pueden negociarse, en el momento de la adhesión, cuestiones que podrían condicionar el sentido de la respuesta: qué tipos de recursos de los previstos en el CEDH se aplicarán a la Comunidad, cuál sería su participación en los órganos de control, etc. Sin embargo, el TJCE puede partir del examen de la compatibilidad del derecho comunitario con los mecanismos del CEDH tal cual están previstos, puesto que éstos sí se conocen, y a partir de aquí, señalar en qué medida son compatibles o qué condiciones deberían respetarse, en las negociaciones de adhesión, para que lo fueran.

Respecto a la cuestiones planteadas en el Dictamen, la competencia comunitaria para la adhesión debería basarse en el artículo 308 TCE (antiguo artículo 235 TCE), entendiendo que la protección de los derechos humanos es un objetivo general. En cuanto a la compatibilidad de los sistemas jurisdiccionales, las decisiones del TEDH no tienen por qué afectar a la interpretación del Derecho comunitario que compete únicamente al TJCE. Evidentemente, y dado que las sentencias del TEDH son obligatorias, todas las instituciones comunitarias, incluido el TJCE, se verían en el deber de tomar las medidas necesarias para poner fin a la no conformidad del derecho comunitario con el CEDH. Esto implica que el TJCE habrá de acatar la jurisprudencia del TEDH. Por otro lado, la argumentación desarrollada por el TJCE en el Dictamen 1/91¹²⁰ parece indicar que la existencia de un sistema judicial de las características previstas en el CEDH no resulta incompatible *prima facie* con el derecho comunitario.

Las dificultades técnicas que plantea la adhesión no significan que ésta sea jurídicamente inviable, pero permiten albergar dudas sobre su conveniencia. Otra posibilidad novedosa y que

¹¹⁹ Dictamen del TJCE de 28 de marzo de 1996, (Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en Rec. 1996, p. I-01759 y DO C 180, de 22.6.1996

¹²⁰ Dictamen del TJCE de 14 de diciembre de 1991, dictamen emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE, Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, Rec. 1991 p. I-06079

solucionaría la mayor parte de los problemas planteados, sería la de proponer una relación entre la Comunidad y el sistema del CEDH no en términos de adhesión, sino de un acuerdo internacional específico entre la Comunidad y el Consejo de Europa. De hecho, cuando se habla de la necesidad de materializar la adhesión en un Protocolo se está reconociendo la imposibilidad de llevar a cabo una adhesión en el sentido estricto del término.

Dicho acuerdo internacional debería tener como objeto básico el reconocimiento de los derechos protegidos en el CEDH, permitiendo que los particulares puedan acudir a los órganos de Estrasburgo para controlar la normativa comunitaria. La Comunidad no sería una parte adherida en sentido estricto al CEDH, con lo que se evitarían muchas de las complejidades técnicas de tal adhesión. Si se cree conveniente, se podrían articular mecanismos de participación *ad hoc* de un "representante" comunitario en los órganos de control en caso de que se cuestionara una norma de Derecho comunitario. Por último, la ausencia de consenso entre los Estados miembros respecto a la adhesión (para algunos Estados, entre los que destacan Francia, Reino Unido y España, la adhesión ni es factible jurídicamente ni se justifica políticamente) permite dudar seriamente sobre su viabilidad hoy por hoy.

1.4. ¿Hacia un sistema de derecho penal comunitario?

1.4.1. Derecho penal europeizado vs. Derecho penal europeo

La primera cuestión a afrontar es terminológica, es decir, qué entendemos por Derecho Penal Europeo. Para algunos autores consistiría en la existencia de un Código Penal sustantivo y procesal común para todos los Estados miembros de la Unión Europea, o sea, Federal. Para otros, por el contrario, bastaría con ordenamientos penales nacionales armonizados en aquellos delitos que afecten a intereses comunitarios y con el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que se correspondería con el llamado Espacio judicial europeo.

Entre medio hay otras muchas posibilidades ya existentes, como Alemania, que tiene un Código Penal y procesal comunes a todos los länder, o Suiza, que tiene un solo Código penal y varios procesos. Los Estados Unidos de México tienen códigos particulares para cada Estado y uno federal que contempla delitos federales, Argentina tiene un solo Código penal y tantas leyes procesales y jurisdiccionales como provincias.

La doctrina, especialmente la alemana, distingue entre estas dos vías (armonización y unificación) y habla de Derecho penal europeo y de Derecho penal europeizado¹²¹, respectivamente. El Derecho penal europeizado haría referencia a la influencia del Derecho comunitario (europeo) en el Derecho penal nacional de los diversos Estados miembros, operando fundamentalmente a través de Directivas y Decisiones Marco europeas; por otro lado, el Derecho penal europeo se referiría a aquellos tipos penales que pertenecen al Derecho comunitario y que tienen una aplicación directa en los Estados miembros, instrumentalizados básicamente a través de los correspondientes Reglamentos comunitarios. La misma doctrina alemana que estamos ante un fenómeno *intra muros* en el primer caso y un fenómeno *ante portas* en el segundo.

El artículo III-257.3 del fallido proyecto constitucional afirmaba que *“la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”*¹²². Además, “cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización”, podrá recurrirse para ello a una ley marco europea [directiva] que se adoptará por el mismo procedimiento empleado para adoptar las correspondientes medidas de armonización.

Siguiendo con el fallido proyecto constitucional, las leyes marco establecerían normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones. Y estas directivas, a diferencia de las otras en que los Estados eligen la forma y los medios, definen sustancialmente los medios necesarios para obtener el fin. Todo ello fruto de la ya comentada Sentencia Comisión c. Consejo¹²³ de 13 de septiembre de 2005.

Los principales problemas del sistema es que no se produce una delimitación concreta de los conceptos que definen los diferentes ámbitos de delincuencia en los que la Unión puede dictar legislación penal, lo cual lesiona –en parte– el principio de seguridad jurídica. Por otro lado, la imposición de marcos a la legislación penal de los parlamentos nacionales por parte del “legislador” europeo coloca a éstos en la extraña posición de “ejecutores de una decisión externa

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, p. 258

¹²² Sirva como ejemplo la armonización penal estadounidense que, en el ámbito del Derecho penal estatal, ha logrado el Código Penal Modelo, un código penal que los diversos Estados miembros deben tener como guía a la hora de establecer sus propias normativas penales estatales.

¹²³ Véase apartado I.1.3.1.

vinculante¹²⁴". Por tanto se requiere un especial esfuerzo de legitimación, lo cual nos remite al tema del déficit democrático del que ya se ha hablado.

En cuanto al Derecho penal europeo en sentido estricto, éste se centra en la lucha contra el fraude comunitario, en materias de finanzas europeas y funcionarios europeos. Si lo comparamos con el sistema federal estadounidense, se trata de los clásicos e indiscutidos delitos federales. Visto que hay un interés *intrínsecamente europeo* sería lícito regular su protección jurídico-penal mediante una ley europea de aplicación directa en todos los Estados miembros. Hay autores que califican este fenómeno como una *federalización de primer nivel*¹²⁵. Asimismo, se habla de una *federalización de segundo nivel* en las materias pertenecientes al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, materias que en Estados Unidos también son de competencia federal, después de grandes tensiones entre el Congreso y la Corte Suprema.

El proyecto de Constitución hablaba de armonización o aproximación, si bien se admitía la posibilidad de que las medidas de protección pudieran adoptarse en virtud de una *ley europea directamente aplicable* (reglamento) y no sólo mediante una *ley marco* (directiva). En ese mismo ámbito se encuadraba la creación de la Fiscalía Europea que recoge el Corpus Iuris, cuyas funciones se asemejarían más a las de un Abogado del Estado que al Ministerio Público en sentido estricto. En cualquier caso, subsiste el mismo problema de legitimación que con el anterior sistema. Y también es muy curioso que no se haga referencia a los delitos cometidos por los funcionarios de la Unión.

1.4.2. Una mirada al futuro

De todo lo expuesto hasta el momento podemos extraer que el camino hacia un derecho penal [federal] europeo no será nada fácil. La primera crítica al sistema es que se está construyendo un sistema de Derecho penal de carácter económico con un modelo represivo, de autoprotección y antigarantista¹²⁶. En la normativa penal de ámbito nacional hay un equilibrio entre seguridad y

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico" en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, p. 262

¹²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, "¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, p. 279.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico" en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, p. 260

libertad, entre el espíritu de represión y el de garantía, pero éste no existe en la defensa de los intereses financieros de la Comunidad, ya que el legislador es la víctima.

Ello nos conduce hacia un Derecho penal particularmente represivo sometido al modelo expansivo de la infracción administrativa ajena al principio de culpabilidad, con tipos de peligro abstracto y con el modelo de la persona jurídica como autor, lo que sería soportable si se tratara de sanciones de multa pero no con penas privativas de libertad. Sostiene también parte de la doctrina que no habrá un Derecho penal europeo hasta que el respeto de los derechos fundamentales quede garantizado por un Tribunal constitucional que controle la aplicación del Derecho penal por parte de Juzgados europeos.

Otra de las críticas formuladas al modelo de Derecho penal federal es el criterio para definir los delitos “federales” de la Unión. Se dice que son la gravedad y el carácter transfronterizo, pero nada se dice del homicidio y del asesinato. Entonces se habla del carácter común de los intereses protegidos (intereses financieros) pero entonces no se explica la ausencia de los delitos contra el medio ambiente ni los cometidos por funcionarios comunitario en el ejercicio de sus funciones. El modelo ideal para algunos autores¹²⁷ se compondría de tres elementos: protección de los intereses financieros de la UE, protección de intereses estrictamente comunitarios (medio ambiente, defensa del euro, corrupción de funcionarios, etc.) y tutela de intereses graves (vida, integridad, trata de seres humanos, terrorismo, etc.)

Vuelve aquí la ya comentada crítica del *déficit democrático* del poder legislativo que ostenta la Unión porque sigue sin detentarlo un Parlamento democrático y se mantiene la fórmula compartida con el Consejo (codecisión¹²⁸). Por último lugar choca también la previsión ya mencionada del artículo 49.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, que viola el principio de legalidad¹²⁹ (determinación y taxatividad). Este déficit democrático es, aun así, subsanable con equivalentes funcionales, esto es, que los derechos fundamentales estén protegidos de modo vinculante en el plano comunitario.

Con sistemas jurídicos tan dispares no parece muy acertado imponer categorías dogmáticas ni definiciones de infracciones y sanciones comunes, sino que se deben probar diferentes

¹²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “¿Tiene futuro un Derecho penal europeo?” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico...*, p. 305

¹²⁸ Se dice que el llamado déficit democrático no se ha corregido porque se aumente la participación del Parlamento al exigir codecisión

¹²⁹ Véase nota 108

mecanismos como se ha hecho hasta ahora (cooperación, asimilación, armonización, reconocimiento mutuo), a través de instrumentos propios como el Corpus Iuris, Libros Verdes, actividad del Tribunal de Justicia, Eurojust, Europol, OLAF, etc. o ajenos como el Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es esto lo que nos hace pensar en que a largo plazo se conseguirá un Derecho penal federal europeo humanista y garantista que cumpla, además, las viejas exigencias de ser medio eficaz, disuasorio y proporcional.

2. Naturaleza de las sanciones comunitarias

2.1. Introducción. Sobre el concepto de sanción

Independientemente de las sanciones penales que la Unión pueda adoptar en el futuro a raíz de los nuevos acontecimientos ya estudiados, las actuales sanciones comunitarias revisten el carácter de administrativas. Se hace preciso, en este punto, determinar la naturaleza jurídica de dichas sanciones, pues de ello dependerán los principios que les sean de aplicación. Y la cuestión ha sido objeto de un gran debate doctrinal a causa de los diferentes sistemas jurídicos de los Estados miembros: en los ordenamientos como el español, alemán, italiano o portugués hay *sanciones administrativas o contravenciones del orden* (“*Ordnungswidrigkeiten*”) muy diferentes entre ellas y que no conoce el Derecho inglés o irlandés, cuyas sanciones son o penales o civiles.

En el siglo XIX Durkheim distinguía claramente entre las sanciones represivas, esencialmente penales –y administrativas para los partidarios de la identidad ontológica- y las del resto del ordenamiento jurídico: las sanciones penales tienen un carácter represivo, mientras que las civiles y administrativas tienen un carácter eminentemente repositivo. Sin embargo la realidad actual es mucho más compleja, pues el Derecho penal *stricto sensu* recurre en ocasiones a sanciones repositivas y en derecho administrativo se recurre cada vez con más frecuencia a sanciones de carácter represivo. Y esto ocurre especialmente en el Derecho comunitario.

La cuestión de la naturaleza de las sanciones tiene una gran importancia en el Derecho comunitario, pues de ello dependerá la aplicación de los principios comunes al Derecho penal y sancionador administrativo y, además, está relacionado con la existencia y límites del *ius puniendi* comunitario, ya estudiado en el punto I.1. La situación se complica mucho más cuando nos referimos al *segundo modelo sancionador*¹³⁰, donde la capacidad para establecer estas sanciones se entiende derivada del poder coercitivo inherente a todo Derecho administrativo: estamos hablando de simple competencia de ejecución de las propias normas¹³¹ y, por tanto, se permite que sea la Comisión quien cree estas sanciones de una manera autónoma, relativizando algunos principios inderogables del Derecho penal.

¹³⁰ Véase el punto I.1.3.1.

¹³¹ Tal como opina el grupo ad hoc “droit communautaire et droit penal”. Rapport. Conseil des Ministres de Justice. Présidence des Pays-Bas. Bruxelles, le 13 de noviembre 1991, p. 6. El asunto también ha sido debatido en la sentencia del TJCE Alemania c. Comisión de 27 de octubre de 1992, asunto C-240/90, estudiada en el apartado I.1.1. del presente trabajo.

Sobre el concepto de sanción

Los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, después de diferenciar entre sanción penal y sanción administrativa han abrazado del concepto de *derecho penal en sentido amplio*, en virtud del cual sanciones penales y administrativas son sometidas a unos principios comunes inderogables. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos han elaborado un concepto propio de lo que debe entenderse por *materia penal* a efectos del Convenio. Para ello recurren a tres criterios:

- La calificación de la infracción según la técnica jurídica interna. Se examina a qué orden pertenece la sanción interna (penal, administrativo, disciplinario...), qué técnica jurídica se emplea en su oposición (procedimiento contradictorio o no), los principios que se aplican, qué autoridad impone la sanción, cuál es la opinión doctrinal acerca de su naturaleza, etc.;
- Naturaleza de la infracción, que se compone de dos subcriterios: el carácter de la norma transgredida y el orden protegido por la norma. Así el Tribunal tendrá en cuenta, independientemente de la calificación otorgada por el ordenamiento estatal¹³², si la norma se aplica sólo a determinados ciudadanos o tiene una aplicación general. Por lo que respecta al orden protegido, se analiza la importancia de la transgresión, es decir, si representa un notable atentado de la convivencia o se trata de una infracción a una normativa sin demasiada importancia;
- El último de los criterios es la severidad de la sanción, teniendo en cuenta su naturaleza (privación de libertad, pecuniaria, posibilidad de arresto sustitutorio, retirada de permiso de conducir, inscripción en registro público, etc.), la duración y el propio fin represivo o preventivo.

¹³² El Tribunal Constitucional español opina lo mismo. En ese sentido, la Sentencia del TC de 16 de noviembre de 2000, asunto 276/2000 dice que "ni el «nomen iuris» empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los artículos 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables (SSTC 164/1995, F. 4; y 239/1988, F. 3). En definitiva, habla de adoptar un concepto material de sanción administrativa, porque si se atiende a un criterio meramente formal, al *nomen* con que aparece en la ley, el legislador puede eludir las exigencias constitucionales establecidas para las sanciones administrativas con el simple mecanismo de una inadecuada calificación.

2.2. Tipología de las sanciones comunitarias

2.2.1. Sanciones comunitarias directas

Todos los textos comunitarios que regulan la imposición de sanciones insisten en su carácter no penal. Parte de la doctrina, agrupada en torno a la Federación internacional de Derecho Europeo, no obstante, sostiene que estas declaraciones son una ficción jurídica que intenta evitar las fricciones entre los ordenamientos comunitario y nacional. Y además, si éstas fueran penales, su ejecución por las autoridades jurisdiccionales sería más difícil. La naturaleza penal de las sanciones es avalada por la finalidad preventiva general, por el carácter represivo de las sanciones y por la aplicación de principios penales por parte del Tribunal de Justicia.

Además, se otorga protección a un bien jurídico –la competencia- cuyas infracciones en los ordenamientos estatales se castigan penalmente. Aunque teóricamente este argumento está bien construido, no se cumple el requisito técnico, pues estas sanciones son impuestas por una autoridad administrativa, y ningún Tribunal Constitucional admitiría la imposición de sanciones penales por un órgano administrativo como la Comisión.

Por otro lado, hay que distinguir entre sanción administrativa y sanción civil (resarcitoria). La primera atiende a fines preventivos, mientras que la segunda atiende al daño causado, aunque muchas veces se mezclan ambos conceptos¹³³. Así por ejemplo, las sanciones administrativas se aproximan a las civiles cuando se adoptan sistemas de solidaridad o subsidiariedad a la hora de determinar la responsabilidad, como hace el artículo 182 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En el Derecho comunitario también es posible encontrar esta mixtura, pero de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las sanciones pecuniarias de la Comunidad son sanciones no penales, pero tampoco son sanciones coercitivas (*astreintes*), destacando que su imposición pretende reprimir comportamientos ilícitos y prevenir otros semejantes¹³⁴.

¹³³ En el Derecho administrativo español se mantuvo que la sanción pecuniaria incluía la responsabilidad civil derivada del ilícito administrativo, posición que se fundamentaba en la existencia de multas que no imponían ningún límite superior en sus cuantías. Actualmente se tiene en cuenta la naturaleza del perjuicio causada como criterio para graduar las sanciones, tal como establece el artículo 131.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y de la misma manera lo hace el §17.4 de la OWiG, que establece que la cuantía de la sanción ha de guardar proporción con los beneficios obtenidos por el infractor.

¹³⁴ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1970, *Chemifarma c. Comisión*, asunto 41/69, Rec. 1970, pp. 661 y ss.

Tampoco son instrumentos administrativos como opina parte de la doctrina francesa, pues en el Derecho de la competencia existen también sanciones coercitivas, si bien es cierto que no es fácil distinguir entre sanción y medida administrativa. Asimismo, otros autores han calificado las sanciones comunitarias como las “*sanctions administratives*” francesas o “*Ordnungsstrafen*” alemanas existentes en estos ordenamientos hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y cuya paternidad debe atribuirse a Goldschmidt¹³⁵.

La postura mayoritaria entiende que las sanciones comunitarias son de naturaleza semejante a las “*Geldbuße*” del ordenamiento alemán, las “*sanzioni amministrative*” italianas previstas en la ley n. 680 de 24 de noviembre de 1981 o las sanciones portuguesas de “*mera ordenação social*”, reguladas por la Ley nº 433/82 o las sanciones administrativas españolas. Estas sanciones se incluyen en la noción de Derecho penal en sentido amplio, pues cumplen el denominado “*esquema Oztürk*”¹³⁶, es decir, que pueden ser calificadas de *materia penal* a efectos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y, en consecuencia, le son de aplicación las garantías allí establecidas.

2.2.1.1. Multas del derecho sancionador comunitario europeo de la competencia

El Derecho de defensa de la competencia

La finalidad del Derecho de la defensa de la competencia es prohibir aquellos comportamientos de los particulares que se dirijan a excluir la competencia y a sustituirla por un monopolio privado¹³⁷. Este criterio permite distinguirlo de otras normas que regulan las relaciones entre empresas (por ejemplo, las disposiciones sobre competencia desleal). Todas las escuelas doctrinales coinciden en reconocer al Derecho de defensa de la competencia como mínimo objetivo común: evitar que el derecho de iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio.

¹³⁵ En Alemania acabaron en 1968, cuando el Tribunal Constitucional declaró contrarias a la Constitución las únicas “*Ordnungsstrafen*” supervivientes -§421, 445 y 447 de la Ordenanza Tributaria- por entender que violaban el principio de separación de poderes. En Francia las últimas “*sanctions administratives*” desaparecieron en 1955.

¹³⁶ En la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984, el Tribunal ha consagrado la posibilidad que debe ofrecerse a todo aquel sancionado administrativamente de recurrir ante un Tribunal que reúna todas las garantías del artículo 6 del Convenio. Este resultado lo alcanza el TEDH por considerar a las sanciones administrativas (con exclusión de las disciplinarias) como sanciones penales. Vid., GRACIA RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Oztürk”, en *Revista de Administración Pública*, nº 104, mayo-agosto 1984, pp. 382 http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1984_104_375.PDF

¹³⁷ FEDERICO PACE, L., *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 57

El derecho de defensa de la competencia se aplica indistintamente en todos los sectores económicos y a todas las empresas, salvo excepciones concretas. En el marco europeo, el sistema de defensa de la competencia coincide con el sistema definido en 1958 por los artículos 81 y 82 TCE y por las normas con una finalidad similar que posteriormente se adoptaron en el ámbito nacional (empezando por la alemana UWG¹³⁸, Ley que entró en vigor al mismo tiempo que el Tratado de Roma, el 1 de enero de 1958. En los Estados miembros, casi todas las prohibiciones que figuran en sus ordenamientos jurídicos están redactadas de manera similar a las de los artículos 81 y 82 TCE.

Las normas del TCE ofrecen ejemplos que permiten aclarar la diferencia entre normas de defensa de la competencia (*antitrust law, diritto di tutela della concorrenza*, derecho de la competencia) y otras normas que regulan la competencia (*competition law, disciplina della concorrenza*, derecho de la libre competencia). En concreto, en la Tercera Parte, Título VI, Capítulo I del TCE, los artículos 81 y 82 constituyen normas de defensa de la competencia¹³⁹. Los artículos 86 y 87 también son normas que regulan la competencia, pero no son normas de defensa de la competencia.

Evolución normativa

El primer reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE se aprobó el 6 de febrero de 1962, entró en vigor el 13 de marzo de 1962¹⁴⁰ y estuvo vigente hasta el 30 de abril de 2004, y su objetivo era determinar las modalidades de aplicación del artículo 81, apartado 3 TCE y determinar las facultades que conforman el sistema comunitario de defensa de la competencia. Este reglamento, en cambio, prácticamente no se refería a las relaciones entre la Comisión y las autoridades nacionales.

Dicho reglamento apenas sufrió modificaciones en sus más de cuarenta años de vigencia, pero el ordenamiento jurídico comunitario sí que sufrió cambios que implicaron la aparición de nuevos

¹³⁸ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* o *UWG*, Ley de Lucha contra la Competencia Desleal, de 7 de junio de 1909, modificada sucesivamente

¹³⁹ La Comisión define el Derecho de defensa de la competencia como una normativa de “protección de la competencia en el mercado” y éste es el criterio para distinguirla de las normas que tienen por objeto la tutela de “otros intereses legítimos”, tal como establece el considerando 9 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DO L 1, de 4 de enero de 2003, p. 1

¹⁴⁰ Reglamento 17/62, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. DO 13, de 21 de febrero de 1962, p. 204; EE 08/01, p. 022

problemas en el sistema comunitario de defensa de la competencia, en concreto, la relación “vertical” entre la Comisión y los órganos de los Estados miembros encargados de la defensa de la competencia. Sin embargo, al comienzo de la década de los noventa, la carga de trabajo de la Comisión relativa a las notificaciones y a los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE pasó a ser insostenible. La Comisión intentó reducir su carga de trabajo aplicando la estrategia de la “descentralización del Derecho comunitario de defensa de la competencia”.

Este proceso consistía en la reducción de la actividad represora directa (limitando los procedimientos de investigación incoados con arreglo a los artículos 81 y 82 TCE a los casos de “interés comunitario” y estableciendo un orden de prioridad de las denuncias al que le sometían los particulares) y descentralizando la aplicación de los artículos 81, apartado 1 y 82 TCE. Así, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales aplicarían el Derecho comunitario de defensa de la competencia en vez de las normas nacionales y además, estas autoridades se integrarían en el sistema comunitario de defensa de la competencia.

Los resultados poco satisfactorios obtenidos condujeron a la necesidad de reformar el sistema, para lo que se elaboró el “Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE¹⁴¹”, de 1999, sobre la base de cual la Comisión, presentó en diciembre de 2000 una Propuesta de reglamento con arreglo al artículo 83 TCE¹⁴², que se transformó en el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE.

Los elementos que conforman la política de descentralización en materia de defensa de la competencia son cuatro:

1. Reducción de la carga de trabajo de la Comisión
2. La obligación de las autoridades nacionales y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar los artículos 81 y 82 TCE a los casos de relevancia comunitaria, en su caso, junto a las normas de defensa de la competencia de los Estados miembros. En consecuencia, el Reglamento 1/03 ya no prevé la aplicación exclusiva del Derecho comunitario a los supuestos de relevancia comunitaria
3. La regulación de procedimientos específicos con el objeto de:

¹⁴¹ DO C 132, de 12.5.1999, p. 1

¹⁴² Documento COM (2000) 582 final, propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) 1017/68, (CEE) 2988/7, (CEE) 4056/86 y (CEE) 3975/87 («Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado»). DO C 365E, de 19.12.2000, p. 284.

- a. Controlar la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE por parte de las autoridades y de los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando como referencia la política de competencia diseñada por la Comisión
 - b. Cooperar en la aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia
4. Estos procedimientos permiten también comprobar incidentalmente si la eventual aplicación paralela del Derecho de defensa de la competencia de los Estados miembros conduce a conclusiones contrarias al Derecho comunitario.

Por todo ello, aunque el Reglamento 1/03 es un avance histórico, surgen algunas dudas sobre su idoneidad, pues con la nueva regulación y sus nuevos controles aumenta el ámbito de actividad de la Comisión, lo cual hace necesario dotar de mayores recursos (presupuestarios y humanos) a la Dirección General de Competencia para evitar su colapso.

La empresa como autor

Los destinatarios de las disposiciones sancionadoras comunitarias son, conforme a los artículos 81 y 82 TCE, sólo las empresas y las asociaciones de empresas. El Tribunal de Justicia define la empresa como una conjunción unitaria de factores personales, materiales e inmateriales que confluyen en una personalidad jurídica independiente, con la que se persigue una finalidad económica duradera¹⁴³. Este concepto creado para el tratado CECA fue sustituido por la Comisión por un concepto económico: se imputarán a la sociedad matriz los actos de una sociedad filial cuando, por ejemplo, dicha filial carezca de un órgano con facultades formales de legitimación¹⁴⁴.

Además, se considera que también existe unidad económica cuando las sociedades de un consorcio no tienen autonomía empresarial y en especial, cuando una sociedad filial pertenece en un 100 por 100 a un consorcio organizado de forma centralizada. Por otra parte, basta con que exista una dirección única a través de la sociedad matriz, así como conexiones personales entre los órganos de control y de dirección de dichas empresas. La Comisión reconoce igualmente la existencia de unidad económica en los supuestos de sucesión jurídica y, de esta manera, la Comisión podrá imponer multas a la sucesora jurídica, siempre que exista una continuidad

¹⁴³ Sentencia del TJCE de 13 de Julio de 1962, caso Klöckner, asunto 17/61, Rec. 1962, p. 615

¹⁴⁴ DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 108

económica y funcional entre la empresa ya liquidada que vulneró las normas sobre competencia y su sucesora jurídica¹⁴⁵.

La Comisión parte habitualmente de la capacidad de obrar de las empresas, imputándoles los actos de todas las personas físicas, que de forma autorizada actúan para la misma. Únicamente se abstiene de dicha imputación cuando el empleado de una empresa excede las facultades que le fueron atribuidas por los socios en el marco de la gestión empresarial. A esta categoría pertenecen, a excepción del empresario, no sólo los empleados sino también los encargados y apoderados. Asimismo, los actos de una asociación que adopte acuerdos que vulneren la competencia en interés de sus socios serán imputables a los mismos socios.

Para imponer una sanción no se requiere ni la actuación ni el simple conocimiento del propietario o del gerente de la empresa. Mediante esta interpretación extensiva la Comisión ha manifestado su rechazo a todos los intentos doctrinales dirigidos a una limitación de la imputación de los órganos representativos autorizados, a semejanza la situación jurídica alemana.

Imposición y graduación de las multas por parte de la Comisión

Desde hace treinta años, la Comisión viene imponiendo multas por prácticas contrarias a la competencia. Con la decisión *Pioneer*¹⁴⁶, de finales de 1979, se inició una política de multas más elevadas. Desde entonces las sanciones son notoriamente más elevadas que las impuestas por las autoridades nacionales de la competencia, asciendo por regla general a uno o más millones de euros. En la misma línea se encuentra la decisión *Tetra Pak II*¹⁴⁷, por la que la Comisión impuso a esta empresa una multa de 75 millones de [por aquel entonces] ecus y con la que pretendió poner

¹⁴⁵ Decisión de la Comisión 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.149 - Polipropileno). DO L 230 de 18 de agosto de 1986, pp. 1-66. En opinión de la doctrina, esta interpretación extensiva es deducible del tenor de la ley, que no hace referencia a la persona jurídica, sino al concepto económico de empresa, de tal forma que no se produce una vulneración de la prohibición de analogía. Del mismo modo, la extensión mencionada daña la seguridad jurídica. De hecho, hasta ahora no se han logrado encontrar los criterios definitivos para determinar una unidad empresarial

¹⁴⁶ Decisión 80/256/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1979, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado constitutivo CEE (IV/29.595 - Material Hi-Fi Pioneer), DO L 60, de 5 de marzo de 1980, pp. 21-38.

¹⁴⁷ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.043 - Tetra Pak II), DO L 72 de 18 de marzo de 1992, pp. 1-68. El grupo Tetra Pak, de origen sueco y establecido en Suiza, es uno de los líderes del mercado en el sector de envases de cartón para productos alimenticios líquidos, ocupando casi una posición de monopolio (aproximadamente el 95 por 100 del mercado). Esta empresa, aprovechándose de su posición dominante, imponía cláusulas contractuales en las que exigía la utilización exclusiva de sus cartones para las máquinas Tetra Pak y vinculaba a los clientes mediante cláusulas de control y rebajas en los precios por fidelidad a la empresa.

de manifiesto que usaría la posibilidad que le da la ley de imponer multas hasta el 10 por 100 del volumen anual de negocios de la empresa implicada.

En cuanto a la graduación de la multa, la Comisión ha diseñado un sistema de multas que depende de la gravedad y efectos de la infracción. En un segundo paso son tenidas en cuenta las circunstancias particulares de cada empresa, bien como atenuantes o como agravantes. En el XXI Informe sobre la Competencia, la Comisión proclamó que, en orden a la graduación de las multas, se debería tener en cuenta los beneficios económicos que la empresa haya obtenido como consecuencia de las prácticas restrictivas. Por otro lado, para impedir una falta de transparencia en la graduación de las multas, la doctrina propone hacer uso de la experiencia americana y dictar las denominadas *Sentencing Guidelines* (Directivas para la graduación de la pena), que prevén para las multas un sistema transparente de cuantías mínimas con lo que se garantizaría una cierta previsibilidad en orden a la cuantía de las multas.

Las sanciones

El Reglamento 1/03 prevé en su Capítulo VI –titulado «Sanciones»– que la Comisión pueda imponer a las empresas multas sancionadoras (artículo 23) y multas coercitivas (artículo 24)¹⁴⁸.

LAS MULTAS SANCIONADORAS

El Reglamento 1/03 distingue dos categorías de multas:

1. La primera categoría se refiere al incumplimiento de alguna de las obligaciones que se derivan del ejercicio, por parte de la Comisión o de las autoridades nacionales, de sus poderes de investigación (Capítulo V, artículos 17 y ss.). Por estas infracciones, tanto si se cometieron de forma deliberada o por negligencia, «la Comisión podrá, mediante decisión, imponer [...] multas de hasta un 1 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior».
2. La segunda categoría de multas se refiere a las decisiones reguladas en el capítulo III (artículos 7 y ss.). En concreto, el artículo 23, apartado 2, dispone que «mediante

¹⁴⁸ Por lo que se refiere a la determinación de las multas, véanse las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003 (DO C 210, de 1 de septiembre de 2006, p. 2), que sustituyen a las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación de las normas de la competencia del EEE (DO C 10, de 16 de enero de 2003, p. 16)

decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

- i. Infrinjan las disposiciones de los artículos 81 u 82 del Tratado;
- ii. Contravengan una disposición que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento, y
- iii. No respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento».

Estas infracciones se sancionan, «por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción», con una multa que «no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior». Para calcular el importe de la multa, además de la gravedad de la infracción, se tendrá en cuenta su duración. Los apartados 2 a 4 del artículo 23 detallan los métodos de cálculo y los modos de pago de las multas cuando se imponen a asociaciones de empresas, y el apartado 5 del mismo artículo aclara que las «decisiones adoptadas en aplicación de los apartados 1 y 2 no tendrán carácter penal».

LAS MULTAS COERCITIVAS

El artículo 24 del Reglamento regula las multas coercitivas, que tienen por objeto forzar a las empresas a cumplir las obligaciones concretas que establece el Reglamento en sus artículos 7, 8 o 9 o que imponen las normas relativas a los poderes de investigación. El volumen de dichas multas puede ascender «hasta un 5 por 100 del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha en que fije su decisión».

Cuando las empresas o asociaciones de empresas hayan cumplido la obligación por cuya ejecución se hubiera impuesto la multa coercitiva, el Reglamento permite a la Comisión fijar el importe definitivo de la multa en una cifra inferior a la que resulte de la Decisión inicial. Por último, el artículo 31 del Reglamento dispone –con arreglo al artículo 83, apartado 3, TCE y al artículo 229 TCE- que «el Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta».

2.2.1.2. *Multas del reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*

Las operaciones de concentración entre empresas

La regulación de la competencia contenida en el Tratado CE carece de todo instrumento para regular las concentraciones de empresas. De hecho, los artículos 81 y 82 afectan tan sólo a la conducta de las empresas pero no a la estructura del mercado.

Pronto se vio la necesidad de disponer de algún instrumento con la finalidad de regular las operaciones de concentración. Ante su ausencia, se intentaron regular basándose en los artículos 81 y, especialmente, 82. En este contexto se produjo el asunto *Continental Can*: una filial de esta sociedad adquirió una participación mayoritaria en su competidor más inmediato. La Comisión concluyó que la operación constituía un abuso, con arreglo al artículo 82, señalando que constituía un comportamiento incompatible con el mercado común el que una empresa en posición de dominio, reforzara esa posición por medio de una concentración. La decisión se recurrió ante el TJCE, quien si bien anuló la decisión de la Comisión por falta de motivos, aprobó la interpretación amplia que la Comisión hacía del artículo 82. Ello adolecía, no obstante, de múltiples lagunas: el artículo 82 trata de la conducta de las empresas, y ésta sólo puede prohibirse una vez manifestada (se trata, por tanto, de un control a posteriori), mientras que la esencia del control de concentraciones consiste en que no se lleguen a establecer o a reforzar posiciones de dominio en el mercado mediante un control a priori, limitando las operaciones de concentración.

Pasarán todavía más de 15 años para que, con la aprobación del Acta Única y el Programa para la consecución del mercado interior, la Unión decida dotarse de un instrumento para el control de las concentraciones empresariales: el Reglamento del Consejo 4064/1989¹⁴⁹, modificado parcialmente en 1997¹⁵⁰.

En síntesis, el Reglamento establecía la necesidad de autorización previa para las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, lo que se determinaba a través de tres umbrales que debían cumplirse simultáneamente: el umbral principal (la cifra de negocios conjunta de las empresas debía superar los 5.000 millones de euros); el umbral de transnacionalidad (al menos dos empresas deben realizar más de dos tercios de esa cifra en más de un Estado miembro) y el umbral *de minimis* (la cifra de negocios de al menos dos empresas debía ser mayor de 250 millones de euros).

¹⁴⁹ Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 395 de 30 de diciembre de 1989, pp. 1-12

¹⁵⁰ Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 180 de 9 de julio de 1997, pp. 1-6

En tal caso, las empresas debían notificar a la Comisión el proyecto de concentración y ésta disponía de unos plazos determinados para examinar la operación y autorizarla o prohibirla (un mes para la denominada Fase I, en la cual se efectuaba un primer análisis que, o bien terminaba en autorización o bien, si advertía la existencia de problemas para la competencia, pasaba a la Fase II, en que se efectuaba una investigación pormenorizada para lo que disponía de 4 meses. A la conclusión de esta Fase, la Comisión autorizaba la operación, o bien la autorizaba sometiéndola a determinadas condiciones o bien la prohibía).

El concepto básico era el de dominio: una operación de concentración debía prohibirse (“declararse incompatible con el mercado común”) si creaba o reforzaba una posición de dominio en un mercado determinado; es decir, si la empresa resultante de la fusión era mayor que las demás y, en consecuencia, podía concluir en mayores precios, una disminución de la cantidad producida o de la variedad de productos... Sin embargo, este concepto resultó complejo en su aplicación a los oligopolios es decir, a los mercados en que existen unas pocas empresas de gran tamaño. La Comisión mantenía que en tales casos, podrían darse situaciones de dominio colectivo (las empresas podrían coordinar sus comportamientos en perjuicio de los consumidores) oponiéndose a tales operaciones. En distintas ocasiones, el Tribunal de Justicia dio la razón a la Comisión, hasta que en 1999 se produjo el asunto *Airtours/First Choice*¹⁵¹.

Airtours, el primer touroperador británico, planteó la adquisición de un competidor, *First Choice*, de manera que de resultados de la operación se pasaba de cuatro grandes touroperadores –que controlaban casi el 70 por ciento del mercado- a tres. La Comisión prohibió la compra argumentando que las tres empresas que quedarían tras la fusión coordinarían sus comportamientos. El Tribunal de Justicia anuló la resolución de la Comisión destacando que no había probado suficientemente este argumento; de hecho, lo que estaba poniendo en duda era el propio concepto de dominio colectivo.

La Comisión llevó a cabo una reforma en profundidad de la norma, de manera que en 2004 se aprobó el Reglamento 139/2004¹⁵², siendo ésta la norma comunitaria vigente sobre el control de concentraciones, con unas cuantas novedades¹⁵³.

¹⁵¹ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, *Airtours*, asunto T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585

¹⁵² Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"). DO L 24 de 29 de enero de 2004, pp. 1-22

¹⁵³ Sintetizando, estas son las novedades del nuevo reglamento:

- Se amplían ligeramente los plazos de la Fase I (pasa de un mes a 25 días laborables) y de la Fase II (pasa de 4 meses a 90 días laborables) proporcionando más tiempo a la Comisión para completar los análisis de las operaciones.
- Refuerza el principio de la ventanilla única: si una empresa debe notificar la operación en tres o más Estados miembros, puede solicitar que el examen de la concentración se lleve a cabo por la Comisión.
- Pero, especialmente, modifica el criterio esencial: una fusión debe prohibirse si “supone un obstáculo significativo para la competencia efectiva”, lo que permite oponerse a aquellas fusiones en que la empresa

Las sanciones: multas sancionadoras y coercitivas

A semejanza del Reglamento 1/03, el Reglamento 139/2004 prevé en sus artículos 14 y 15 multas sancionadoras y coercitivas.

Las primeras, según su gravedad pueden ascender hasta el 1 por 100 o hasta el 10 por 100 del volumen total de negocios de la empresa. Para su imposición se tendrá en cuenta la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y asimismo se insiste sobre el carácter no penal de la sanción impuesta. Las sanciones coercitivas pueden ascender hasta el 5 por 100 del volumen de negocios total medio diario por cada día laborable de demora a partir de la fecha fijada en la decisión, sea para proporcionar información, para someterse a una inspección o cumplir determinadas medidas. De la misma manera, según el artículo 15, cuando las empresas o las asociaciones de empresas hayan cumplido la obligación para cuyo cumplimiento se hubiera impuesto la multa coercitiva correspondiente, la Comisión podrá fijar el importe definitivo de la multa coercitiva en una cuantía inferior a la que resultaría de la decisión inicial.

Y de igual modo que el Reglamento sobre competencia, el artículo 16 dispone que *«El Tribunal de Justicia tendrá competencia jurisdiccional plena, con arreglo al artículo 229 del Tratado, sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. El Tribunal de Justicia podrá anular, reducir o aumentar la multa sancionadora o coercitiva impuesta»*.

2.2.1.3. Multas del [extinto] Tratado CECA

Como ya hemos dicho con anterioridad¹⁵⁴, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Tratado CECA, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero expiró el 23 de julio de 2002. Aun así, con el fin de tener una visión global de todas las sanciones, es interesante hablar, aunque brevemente, de las multas que preveía el Tratado CECA.

resultante no sea dominante (bastante mayor que las demás), lo que resuelve el problema anterior y facilita la aplicación del reglamento a los mercados oligopolísticos; la cuestión esencial pasa a ser si tras la fusión se mantendrá un nivel de competencia suficiente en el mercado.

- Cuestiones tales como los umbrales o los poderes de la Comisión (para autorizar o prohibir fusiones, para imponer multas y para llevar a cabo investigaciones) permanecen inalteradas.

¹⁵⁴ Véase la nota al pie 17

El primer grupo de *delitos* correspondía a las infracciones de las medidas adoptadas por la Comisión para afrontar la crisis (artículos 58 y 59 TCECA). En particular, las empresas productoras de acero infringieron, a menudo, las cuotas de producción de acero introducidas en octubre de 1980 sobre la base del artículo 58 TCECA. El segundo grupo de *delitos* se refería a las reglas de la competencia establecidas en el Tratado. El artículo 65 prohibía las prácticas concertadas, los apartados 5 y 6 del artículo 66 establecían un mecanismo de control de las operaciones de concentración y el apartado 7 del mismo artículo prohibía la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado.

En el primer caso las multas podrían equivaler como máximo al doble del volumen de negocio realizado con los productos objeto del acuerdo, sin perjuicio de la posibilidad de aumentar este máximo hasta el 10 por 100 del volumen de negocios anual de la empresa de que se trate, cuando con el acuerdo se hubiera pretendido restringir la producción, el desarrollo técnico o las inversiones. Para el caso de las operaciones de concentración, las multas podían ascender, dependiendo de la infracción, del 3 al 15 por cien del valor de los activos adquiridos o reagrupados o que debieran adquirirse o reagruparse. En el caso de abuso de una posición dominante en el mercado, las multas podían ascender hasta el doble del valor de las ventas irregulares.

El asunto más criticado del sistema de sanciones de la CECA es que, a diferencia de la normativa sancionadora de la competencia, que exige expresamente para la imposición de una sanción el dolo y la culpa de los sujetos implicados, no contempla una norma correspondiente, lo que llevó a la Comisión a negar el carácter penal de dichas multas, para, de este modo, poder rechazar la exigencia de culpabilidad. El Tribunal de Justicia no se ha manifestado expresamente sobre la cuestión de la exigencia de culpabilidad, pero ha reducido las sanciones teniendo en cuenta elementos subjetivos¹⁵⁵. La doctrina considera que, de este hecho y del hecho del reconocimiento del principio de culpabilidad penal en numerosos Estados miembros, incluso a nivel constitucional, se puede concluir el reconocimiento de dicho principio por el Tribunal de Justicia.

2.2.1.4. Sanciones del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo

El Acuerdo EEE preveía el establecimiento de un mercado interior que abarcara la Comunidad Europea (CE) y sus Estados miembros, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC¹⁵⁶), por otra.

¹⁵⁵ Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 1983, caso *Thyssen*, asunto 188/82, Rec. 1983, p. 3721

¹⁵⁶ European Free Trade Association (EFTA), en sus siglas en inglés.

El Acuerdo se firmó el 2 de mayo de 1992 en Oporto entre los 12 Estados miembros de entonces de la CE y los 7 miembros de la AELC: Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza. Suiza, sin embargo, no pudo ratificar el Acuerdo debido al resultado negativo, por muy pequeño margen, del referéndum celebrado en diciembre de 1992. A causa de su unión económica *de facto*, Liechtenstein quedó inicialmente vinculado a Suiza. El Acuerdo entró en vigor a principios de 1994, por tanto, con 17 países.

Desde entonces, tres de los miembros por parte de la AELC, Austria, Finlandia y Suecia, son ya miembros de pleno derecho de la Unión Europea. El principado de Liechtenstein consiguió adherirse al EEE el 1 de mayo de 1995, aunque con la condición de efectuar ciertas adaptaciones del acuerdo de unión aduanera de 1993 entre los dos Estados. El Acuerdo EEE, por lo tanto, se aplica ahora a la UE de los 27 y a los 3 Estados miembros de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza, aunque no forma parte del EEE, sigue siendo miembro de la AELC. Esta compleja situación es el resultado de varios cambios en las relaciones entre los países de la AELC y de la CE a lo largo de los años¹⁵⁷.

El 14 de febrero de 1992 se acordó la asimilación integral y completa de las normas de la Competencia de la CE en el Tratado EEE, que, considerando su directa aplicación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, son cualitativamente equiparables a las disposiciones comunitarias. Estas normas están recogidas en el artículo 16 (monopolio comercial estatal) y en los artículos 53 a 64 del TEEE (restricciones a la competencia, asociaciones, abuso de posición dominante en el mercado, control de fusiones, subvenciones estatales, empresas públicas), así como en el Protocolo 25 (Carbón y Acero).

¹⁵⁷ El Reino Unido había promovido la AELC a finales de los años cincuenta como alternativa intergubernamental a la CE supranacional. Los límites de la AELC, que intentó principalmente establecer el libre comercio para los productos industriales, se pusieron de manifiesto, sin embargo, con la solicitud británica de adhesión a la CE en los años sesenta. Cuando por fin el Reino Unido y Dinamarca entraron a formar parte de la CE en 1973, el futuro de la AELC parecía tambalearse. Por ello, tras la segunda ampliación, los cinco miembros restantes de la AELC negociaron individualmente acuerdos bilaterales de libre comercio con la Comunidad ampliada. El objetivo de estos acuerdos –suprimir aranceles sobre los productos industriales– estaba ya prácticamente conseguido en 1977.

La idea de un Espacio Económico Europeo se remonta a una reunión ministerial conjunta AELC-CEE celebrada en Luxemburgo en 1984, en la que se adoptó una declaración a favor de una colaboración más estrecha CE-AELC, que llevaría, a la postre, al establecimiento de un "Espacio Económico Europeo". La declaración, sin embargo, tuvo resultados decepcionantes y la cooperación CE-AELC se adaptaba difícilmente al programa comunitario de mercado único. El temor en la AELC a la marginación económica y la resistencia comunitaria a nuevas adhesiones antes de la consecución del mercado único aún pendiente, llevaron a Jacques Delors, entonces Presidente de la Comisión, a proponer en 1989 una nueva forma de asociación. La idea fue acogida por la AELC con entusiasmo y las negociaciones formales sobre el EEE comenzaron en 1990. Al principio de las negociaciones, los Estados de la AELC, con la excepción de Austria, consideraron el posible Acuerdo EEE como una manera de disfrutar de los beneficios del mercado único sin necesidad de entrar a formar parte de la CE. Sin embargo, dos años más tarde, al final de las negociaciones, había quedado claro para la mayoría de los miembros de la AELC que mantener una estrecha integración económica sin poder de decisión era menos beneficioso que ser miembro de pleno derecho de la CE. Concebido como una especie de sala de espera para los Estados neutrales de la AELC, el Acuerdo EEE se vio desbordado hasta cierto punto por la historia, incluso antes de su primer día de existencia

Para el control y la aplicación de las normas de la Competencia del EEE son competentes la Comisión y una Autoridad de vigilancia independiente de la AELC, que asume las correlativas competencias y dispone de las mismas facultades que la Comisión. Sobre el control jurisdiccional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia seguirán siendo competentes para cualquier decisión adoptada por la Comisión, y el control de las decisiones de la Autoridad de Vigilancia de la AELC es llevado a cabo por un Tribunal de Justicia de la AELC¹⁵⁸.

2.2.2. Sanciones comunitarias indirectas

2.2.2.1. Sanciones *sui generis* aparecidas en el ámbito de la Política Agrícola Común

En el punto I.1.2.1 del presente trabajo tuvimos la ocasión de hablar de los modelos sancionadores de la Unión y, en concreto, de un nuevo modelo surgido con ocasión de la Política Agrícola Común. Algunas de las sanciones que establece presentan un carácter *sui generis* y de ahí, la dificultad para averiguar su concreta naturaleza jurídica. El fundamento jurídico de estas sanciones son los artículos 34.2 y 37.2 TCE, cuando hablan de adoptar todas las medidas necesarias y, a diferencia de las sanciones del primer modelo, su aplicación corresponde a los sistemas normativos nacionales, lo que puede llevar a un tratamiento desigual de las disposiciones comunitarias. Es, además, un modelo sancionador en expansión, tal como lo ha reafirmado el Tribunal de Justicia en la sentencia, entre otras, Alemania c. Comisión¹⁵⁹.

El debate es el mismo de siempre, esto es, determinar si estas sanciones *sui generis* tienen naturaleza punitiva y, por tanto, se les pueden aplicar los principios propios del Derecho penal. A

¹⁵⁸ El plan inicial de creación de un Tribunal de Justicia del EEE –formado por cinco jueces del TJCE y por tres jueces nombrados por los Gobiernos de los países de la AELC respectivamente- y de un Tribunal de Primera Instancia del EEE – formado por dos jueces del Tribunal Europeo de Primera Instancia y por tres jueces de los países del AELC- fue abandonado después de que el TJCE considerara que ello suponía una violación del Derecho comunitario.

Véase el Dictamen del TJCE 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Dictamen emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado, «Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, sobre la creación del Espacio Económico Europeo», Rec. 1991, pág. I-6079, -cuyo texto puede también consultarse en el DO C 110 de 29 de abril de 1992. Y véase también el Dictamen del TJCE 1/92, de 10 de abril de 1992, *Réc* 1992, pág. I-2821, publicado también en el DO C 136, de 26 de mayo de 1992. Véase también VALLE GÁLVEZ, A. “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo”, en *Revista de instituciones europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993, pp. 155-194, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_020_001_155.pdf

¹⁵⁹ Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2003, asunto C-176/2003, Rec. 2005, p. I-7879. Véase el apartado “La sentencia “Comisión/Consejo” de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03”, dentro del punto I.1.2.1.

diferencia de las sanciones pecuniarias comunitarias, la delimitación no es fácil, pues existen dudas sobre si sanciones como la pérdida de las cauciones o la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas, incrementadas con intereses determinados de manera global, pueden incluirse en el Derecho administrativo sancionador o son simplemente medidas restitutivas, esto es, meros instrumentos administrativos.

Pérdida de caución e incrementos («majorations»)

La caución es una garantía establecida en apoyo de la solicitud de una ventaja concedida o respecto a la percepción de un anticipo. En la Política Agrícola Común es preciso, para acceder a determinadas condiciones efectuar un depósito, que será confiscado cuando no se cumplen los presupuestos que motivaron la ayuda. El Tribunal de Justicia entendió en un primer momento que estas medidas no eran sanciones aflictivas, pues sólo tenían por objeto el garantizar el cumplimiento de una obligación previamente contraída, es decir, sólo eran medidas restitutivas que pretendían facilitar la labor de la autoridad administrativa. Además, para subrayar el carácter civil de las sanciones, se agregó que éstas son contraídas en forma voluntaria, pues la empresa es libre para decidir si quiere efectuar la operación comercial¹⁶⁰.

Posteriormente, con la sentencia *Maizena*¹⁶¹ ya no se subrayó el carácter de sanción civil, sino que se trataba de sanciones *sui generis*, ni civiles ni administrativas¹⁶². Para algunos autores sería una especie de peculiar fenómeno administrativo que se encontraría en un espacio anterior a la sanción administrativa, semejante a los que existen en materia aduanera en algunos ordenamientos¹⁶³, lo cual es un error, pues el Tribunal de Justicia señaló en el caso

¹⁶⁰ En este sentido, véase la Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, pp. 1125 y ss., o la Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co.*, asunto 25/70, Rec. 1970 p. 01161, conocida como el caso *Köster*.

¹⁶¹ Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1987, caso *Maizena*, asunto 137/85, Rec. 1987, p. 4587. En sus conclusiones el Abogado General Mischo destacó que aun cuando la pérdida de caución puede considerarse, en ciertos casos, como una sanción, no es posible situarla jurídicamente en el mismo plano que una multa penal. Es decir, no podría estimarse como pena convencional de Derecho civil ni tampoco como condena penal.

¹⁶² Tal como también se dijo en el asunto *Könecke*, Sentencia del TJCE de 25 de septiembre de 1984, asunto 117/83, Rec. 1984, p. 3291, en la que se discutió si una confiscación del depósito por actuaciones indebidas podía considerarse como una multa, y por tanto, aplicarle los principios garantísticos. Se resolvió que aun cuando se trataba de sanciones especiales no podían enmarcarse dentro de las punitivas.

¹⁶³ En este sentido, la Comisión y el Abogado General Mischo las comparan con las sanciones aduaneras francesas que imponen una responsabilidad objetiva. En la misma sentencia *Maizena*, arriba comentada, el Abogado General Mischo las compara también con la responsabilidad civil objetiva que se impone al fabricante. Craso error, pues precisamente en estos casos existe un daño que reparar, el que se causa al consumidor por el producto defectuoso, mientras que, como indicamos, las cauciones que han dado lugar a polémicas se caracterizaban por no tener ningún contenido reparador.

*Donckervolcke*¹⁶⁴ que las sanciones previstas en el Código de aduanas francés resultan contrarias al ordenamiento comunitario, mientras no tomen en cuenta elementos subjetivos.

El artículo 4.4 del Reglamento 2988/95¹⁶⁵ expresamente señala que esta clase de medidas *no serán consideradas como sanciones*. En cualquier caso, y aunque no parece que estas medidas tengan una finalidad represiva, deben reposar sobre una base legal clara y no ambigua y estar sujetas a principios fundamentales del Derecho comunitario, como el de proporcionalidad, a fin de asegurar el principio de seguridad jurídica. En cuanto a las «*majorations*», éstas consisten en el reintegro de una subvención obtenida indebidamente, más una serie de intereses calculados de modo global¹⁶⁶. La naturaleza jurídica de estas medidas es también controvertida.

Sanciones interdictivas

En el derecho comunitario las sanciones interdictivas pueden dividirse en dos grupos: aquellas que inciden sobre el ejercicio de una facultad o actividad y las que determinan la imposibilidad de acceder a determinados beneficios o prestaciones concedidas por la Administración. Dentro del primer modelo destaca la retirada de licencias de pesca cuando, por ejemplo, se rebasa el número de capturas o se faena con redes distintas a las permitidas. Del segundo modelo encontramos las sanciones que contiene el reglamento 822/87 para el mercado vinícola¹⁶⁷, que sancionan a aquellas empresas que no hagan entrega de una determinada cantidad de subproductos que se originan con el prensado de la uva (orujos y lías), con la imposibilidad de obtener ayudas en la campaña siguiente.

¿Son sanciones administrativas? No lo cree así ni Alemania ni Italia, que aseguran que *“la sanción interdictiva no constituye tanto una pena como una garantía para los intereses de la Administración, que a través de esta medida priva de obtener resultados ventajosos, a sujetos considerados inidóneos*¹⁶⁸”. O sea, quien incumple las condiciones de una subvención es declarado por la Administración como no apto para recibir ayudas y, de igual modo, se prohíbe realizar una actividad a quien en un determinado momento demuestra su inaptitud para llevarla a cabo. Se persigue, pues, una autoprotección de la Administración.

¹⁶⁴ Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke*, asunto 41/76, Rec. 1976, p. 1921

¹⁶⁵ Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO L 312 de 23 de diciembre de 1995, pp. 1 -4

¹⁶⁶ En nuestro ordenamiento existía una polémica parecida respecto de los intereses de demora que han de pagarse por quien no ingresa la deuda tributaria dentro del período voluntario y al respecto del incremento en las prestaciones en los casos de accidente de trabajo.

¹⁶⁷ Reglamento (CEE) nº 822/87 del Consejo de 16 de marzo de 1987 por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, DO L 84 de 27.3.1987 pp. 1 - 58

¹⁶⁸ PALIERO, C.E.; TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 117.

En nuestro país el Tribunal Constitucional ha afirmado en dos sentencias el carácter sancionador administrativo bajo ciertos requisitos, en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 1990, asunto 61/1990¹⁶⁹ y de 15 de noviembre de 1990, asunto 181/1990¹⁷⁰. El ordenamiento comunitario parece acogerse, pero, al criterio más estricto de sanción seguido por la doctrina alemana e italiana. Así, en relación a las sanciones interdictivas del mercado vinícola, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1990¹⁷¹ dice que estas disposiciones no suponen una sanción, pues se limitan a establecer un requisito al que se subordina la concesión de beneficios. Lo mismo se dice en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1992¹⁷², sobre las sanciones previstas en el reglamento 1279/90: para obtener una subvención es preciso que el operador en los años anteriores se haya abstenido de realizar declaraciones conscientemente inexactas.

Por todo ello, parece difícil incluir a este tipo de sanciones dentro de la denominada *materia penal* y, por tanto, aplicar a estas medidas las garantías previstas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶⁹ BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1990. Se trata de la retirada de licencia para desarrollar una actividad profesional, la de detective privado, por haber cometido una serie de infracciones. La sentencia dice que la doctrina administrativa ha calificado de sancionadora la revocación de licencias cuando se debe al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión («revocación-sanción») y en este sentido también el ATC, 907/1987. Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del Administrado.

¹⁷⁰ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990. Se decide acerca del carácter de sanción, de la revocación de licencia municipal de una concesión para instalar un vídeo comunitario. La revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y en otras no. En efecto, en tanto en cuanto la revocación de una licencia, al igual que su no otorgamiento, se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora. En otros casos, en cambio, la revocación de la licencia responde a un más amplio margen de apreciación en manos de la Administración, que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento; en esos casos, típicos de la denominada por la doctrina «revocación-sanción», este último elemento aparece mucho más patente, tal y como se señalara en la STC 61/1990. Asimismo, estima el Tribunal que si bien la audiencia del interesado debe considerarse como requisito necesario para la imposición de una sanción administrativa, no debe entenderse que esa audiencia haya de ser necesariamente previa, dado el carácter flagrante e inmediato en ciertos casos de los hechos en que la sanción se fundaba.

¹⁷¹ Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1990, *Comisión c. Alemania*, asunto 217/88, Rec. 1990, p. 2879, ap. 18. “[...] esta disposición no supone por tanto una sanción, sino que se limita a establecer un requisito al que se subordina la concesión del beneficio de cada una de las medidas de intervención previstas por este título del Reglamento nº 337/79.”

¹⁷² Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1992, *Alemania c. Comisión*, asunto 240/90. Véase el punto I.1.2. En este caso, el Tribunal dice “...que la aplicación de una sanción a un operador económico supone que previamente se le haya reconocido un derecho. Teniendo en cuenta que se refiere a un régimen de ayudas comunitario financiado por fondos públicos y basado en el principio de solidaridad, dicho derecho debe supeditarse al requisito de que su titular presente todas las garantías de probidad y fiabilidad. Desde este punto de vista, la sanción impugnada constituye un instrumento administrativo específico que forma parte del régimen de ayudas destinado a garantizar la buena gestión económica de los fondos públicos comunitarios”.

3. Parte General del Derecho sancionador comunitario

3.1. Introducción

Antes de estudiar detalladamente la configuración de los principios generales del Derecho sancionador comunitario se hace necesario clarificar a qué se refiere dicha expresión. Ha sido un tema muy discutido por la Filosofía y la dogmática del Derecho, aunque en derecho interno ello choca con su poco uso en las sentencias. Junto a la expresión de principios generales del Derecho aparecen otras como “principios”, “ideas jurídicas básicas”, “principios de derecho” o “principios jurídicos”.

La doctrina¹⁷³ recoge siete posibles supuestos en los que se puede utilizar la expresión principios de derecho: para señalar algunos rasgos o características importantes de un sistema legal; para expresar conceptos generales obtenidos a partir de las normas concretas de un sistema legal; para designar aquellas normas de un ordenamiento jurídico que revisten dentro de él un carácter fundamental; para referirse a las consecuencias que se derivan de un grupo de normas; para calificar las normas que formulan los objetivos generales de un sistema legal; para identificar normas obtenidas por inducción mediante la comparación de diferentes sistemas legales; y, por último, para referirse a normas de “derecho natural” basadas en criterios de justicia o equidad, entre otros. No es, pero, una lista cerrada.

No siendo la intención estudiar la evolución histórica del concepto de los principios generales del Derecho, es preciso señalar que la Codificación elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho. Para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. A su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso¹⁷⁴.

¹⁷³ BENGOTXEA CABALLERO, J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 72

¹⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L. et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1997, p. 335

Así, el artículo 12.2 del Código civil italiano de 1942 señala que «Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se miran a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece todavía dudoso, se decide según principios generales del ordenamiento jurídico del Estado¹⁷⁵». Por otro lado, la redacción original de Código civil español de 1889 señalaba en su artículo 6, párrafo segundo que «cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». La reforma del Título Preliminar de 1974¹⁷⁶ derogó el artículo 6.2º por el actual 1.4º, que dispone que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Los principios generales del Derecho sólo actúan, para la solución de un litigio concreto, en defecto de ley, esto es, como fuente subsidiaria del derecho. Otra circunstancia diferente es cuando éstos se convierten en principios informadores del ordenamiento jurídico. De estos principios generales destaca su intervención en ausencia de ley, su carácter de fuente subsidiaria. Éste es, sin embargo, un rasgo que no actúa en el derecho comunitario sino que en él sucede, como luego se indicará, justamente al contrario. Por otro lado, nótese que hay legislaciones que no reconocen a los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho. Es el caso de países como Francia, Alemania o Suiza.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho? ¿Son normas jurídicas o son otra cosa? Para la mayor parte de la doctrina son normas jurídicas, si bien unos entienden que son normas más generales que las demás, y otros que son normas base, normas directivas, normas indefinidas o normas indirectas¹⁷⁷. Para otra parte de la doctrina, en cambio, son criterios directivos o pautas orientadoras de normación. Otros autores, desde una posición iusnaturalista opinan que los principios son irreductibles a normas y entre ellos hay muchas diferencias¹⁷⁸.

¹⁷⁵ R.D. de 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile, Edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942. Artículo 12. *“Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.*

¹⁷⁶ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974.

¹⁷⁷ CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del derecho : discurso leído el día 2 de Mayo de 1977, en su recepción pública*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1977, p. 27

¹⁷⁸ MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A., “Principios del Derecho y normas jurídicas”, en *Los principios generales del Derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Actas, Madrid, pp. 92 y ss. Veamos cuáles son las diferencias que defiende.

1ª. *Una diferencia estructural*: los principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del Derecho son fundamento originario del mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas; como elementos cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas y, por último, «en la realización del Derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta mientras

Lo dicho hasta ahora tiene más relación con el principio general del Derecho entendido desde la perspectiva interna. En el Derecho comunitario el contexto es muy diferente, porque se parte de un conjunto de ordenamientos jurídicos diferentes sobre los que actúa una instancia común, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y de ahí la importancia de la cuestión.

3.2. Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario

En el Derecho comunitario también se da un debate doctrinal. Hay autores que distinguen entre principios generales del Derecho y principios fundamentales de la Comunidad Europea, al considerar que estos últimos no son los generales del Derecho sino que conforman una categoría diferente¹⁷⁹. Frente a estos principios fundamentales, entendidos como normas pragmáticas que sintetizan los objetivos de la Comunidad, están los principios generales, que constituyen una fuente del Derecho comunitario de naturaleza no escrita¹⁸⁰, cuestión no pacífica en la doctrina.

que las normas son el criterio valorativo de las mismas», ofreciendo «soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia».

2ª. *Una diferencia funcional*: las normas funcionan como medida (*nomos*) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.

3ª. *Unas diferencias genéticas*: las normas proceden de en la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los principios tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el Derecho aparece 4ª. *Unas diferencias aplicativas*: mientras que las normas se aplican o no se aplican —«las normas son aplicables a la manera de disyuntivas» y si se aplican se puede hacer de forma inmediata los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan concretarse a un caso concreto.

5ª. *Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación*: mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar ésta. «Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»..

6ª.- *Una diferencia de validez*: un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que sí ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra.

7ª.- *Una diferencia justificativa*: pues las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

8ª.- *Una diferencia exegética*: los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

¹⁷⁹ Los principios fundamentales están inscritos en los Tratados constitutivos, básicamente en sus primeros artículos, se deducen de la misma naturaleza de la Comunidad y “constituyen el entramado jurídico mínimo para la configuración de dicha organización internacional como una Comunidad y pueden ser denominados [...] como principios de la Constitución Económica. Véase en CHUECA DE SANCHO, A.G., “Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1983, nº 3, p. 868.

¹⁸⁰ CHUECA SANCHO (*op. cit.*, pp. 869-870) fundamenta dicha distinción en la Sentencia del TJCE de 21 de diciembre de 1954, *Francia c. Alta Autoridad CECA*, asunto 1/54, Rec. 1954, p. 7, donde el TJCE afirma que “...les articles 2, 3 et 4 du Traité, [...], constituent des dispositions fondamentales établissant le marché commun et les objectifs communs de la Communauté...”. De la misma manera cita la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, *Watson et Belmann*, asunto 118/75, Rec. 1976, p. 1185, donde el Tribunal de Justicia reconoce que las disposiciones del artículo 7 del TCEE constituyen *principios fundamentales*.

De hecho, parece que lo caracteriza a los principios es su grado de abstracción y no el hecho de que se encuentren expresamente recogidos en un texto normativo escrito¹⁸¹. Este alto grado de abstracción ha sido lo que ha llevado a muchos autores a enfatizar la diferencia entre principios y normas y basar esta diferencia en el distinto grado de obligatoriedad de unos y otras. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia no realiza una distinción en cuanto al grado de obligatoriedad entre principios y normas. De hecho, el término *principios* es a veces utilizado en la jurisprudencia comunitaria¹⁸² para referirse a ciertas reglas del Tratado que revisten carácter fundamental.

Por otra parte, en los países de tradición francesa, la noción de “principios generales del Derecho” se encuentra esencialmente en el Derecho administrativo donde, al contrario del Derecho civil, no se ha dado una codificación sistemática. Fruto de ello, las jurisdicciones administrativas han tenido que delimitar los límites y condiciones de la actividad administrativa. Y algo similar ha ocurrido en las Comunidades Europeas, donde el Tribunal de Justicia ha sido el encargado de colmar las lagunas que se producían en aquel embrionario ordenamiento jurídico¹⁸³ a través de los principios generales, esto es, concepciones que subyacen al Derecho comunitario y apoyándose en los principios comunes de los Estados miembros y del Derecho internacional.

Además, hay una base legal en los Tratados que habilita al Tribunal de Justicia para utilizar unos principios generales del Derecho no escritos, que es el artículo 220 TCE. Dicho artículo establece que “*El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado*”. El artículo 173 TCE, en la redacción anterior al Tratado de Maastricht, otorgaba al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de la Comisión y del Consejo respecto al Tratado y a “*toda regla de derecho relativa a su aplicación*”, lo que podía interpretarse en el sentido de que incluía también al derecho no escrito. Tras el Tratado de Maastricht, esa referencia a “*toda regla de derecho*” desaparece.

¹⁸¹ PI LLORENS, M., *La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Universitat Autònoma de Barcelona, 1996, p. 91

¹⁸² Así, la Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Sabena*, asunto 43/75, Rec. 1976, p. 455 dice que “... *en el lenguaje del Tratado, esta expresión [principio] se utiliza precisamente para marcar el carácter fundamental de ciertas disposiciones...*”.

¹⁸³ SCHOCKWEILER, F., “Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois”, en *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Cercle Delvaux, Luxembourg, 1990, pp. 214-215

3.2.1. Los principios generales del derecho como normas de derecho originario

Los principios generales del Derecho comunitario, al crearse como una manifestación de las tradiciones comunes de los Estados miembros, son hoy día normas de Derecho originario. Normas no escritas, pero normas del máximo rango en el Derecho de la Unión. No en balde estas normas son un parámetro de enjuiciamiento de las normas de Derecho comunitario derivado: Reglamentos, Directivas y Decisiones. Y al mismo tiempo, son normas que gozan de primacía frente a los ordenamientos nacionales. No es exagerado afirmar que los principios generales del Derecho comunitario son una fuente de carácter cuasi-constitucional, con una fuerza normativa pareja a la de los Tratados constitutivos¹⁸⁴.

Un ejemplo de este importante papel lo encontramos en el principio comunitario de efectividad, en virtud del cual los derechos subjetivos deben ser ejercidos en condiciones que garanticen su plena realización ante los tribunales. Así, este principio ha forzado a los tribunales nacionales a inaplicar plazos procesales excesivamente breves, e incluso a crear, *ex novo*, cauces jurisdiccionales para dar sentido a los derechos de los ciudadanos, tal como sucedió en el conocido asunto *Grundig Italiana*¹⁸⁵, del año 2002. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia consideró que el plazo previsto en la legislación italiana para ejercer el cobro de lo indebido era breve en exceso. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo no tuvo reparo en establecer positivamente cuál era el plazo adecuado para el caso concreto, llegando a incorporar en su fallo un plazo de seis meses que sustituiría el plazo originalmente contemplado por el legislador italiano. Por ello podemos afirmar que el principio de efectividad ha sido una herramienta de construcción, cuya infracción desemboca en la declaración de incompatibilidad de una norma nacional con aquél, y, ulteriormente, en la inaplicación de dicha norma en el caso concreto.

Este papel de los principios también ha alcanzado a los juicios de validez de las normas comunitarias. Por tanto, no es infrecuente que el Tribunal de Justicia, único competente para realizar este control negativo de normas europeas, declare la nulidad de Reglamentos o Directivas por contrariar los principios generales del Derecho comunitario. Así ha sucedido hace pocos meses en un asunto precisamente instado por el Reino de España, donde el Tribunal de Justicia ha

¹⁸⁴ HERNANDO SANTIAGO, F.J., "Principios generales del derecho nacionales y derecho comunitario", en *Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome. 3^{ème} session : Principes généraux et valeurs nationales*. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2007, pp. 70-71

¹⁸⁵ Sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 2002, *Grundig Italiana*, asunto C-255/00, Rec. 2002, p. I-8003. En este caso, el Tribunal dictamina que el Derecho comunitario se opone a la aplicación retroactiva de un plazo de caducidad más breve y, en su caso, más restrictivo para el demandante que el plazo para ejercitar la acción anteriormente aplicable a las demandas de devolución de tributos nacionales contrarios al Derecho comunitario, puesto que no se garantiza un período transitorio suficiente durante el cual las demandas relativas a las cantidades pagadas antes de la entrada en vigor del texto que establece este nuevo plazo puedan ser presentadas todavía bajo el régimen del antiguo plazo. En caso de sustituir un plazo de prescripción de cinco años por un plazo de caducidad de tres años, debe considerarse insuficiente el período transitorio de 90 días y debe estimarse en seis meses el período mínimo transitorio que permita que el ejercicio del derecho a dicha devolución no sea excesivamente difícil.

declarado la incompatibilidad del Reglamento 864/2004¹⁸⁶, de modificación del régimen de ayudas para el algodón, con el principio comunitario de proporcionalidad.

Por tanto, y a modo de conclusión, es comúnmente aceptado que los Tratados comunitarios, además de contener la formulación de diversos principios generales, permiten al Tribunal de Justicia la formulación de principios que no están contemplados en su normativa. En ambos casos la obra de interpretación del juez es esencial, dado el carácter abstracto de estos principios, aunque en el segundo supuesto la labor constructiva de la jurisprudencia cobra especial relevancia. En las páginas siguientes analizaremos cuáles han sido los pronunciamientos más importantes en lo referente al objeto de nuestro trabajo, el derecho sancionador comunitario, en particular, en lo relacionado con los intereses financieros de la Comunidad.

3.2.2. Funciones y rango jerárquico de los principios generales del derecho

El análisis de los principios generales del Derecho como fuente del derecho comunitario hace necesario conocer, además de sus funciones, el rango jerárquico que ocupan en relación con otras fuentes del Derecho comunitario. Las funciones serían tres: función interpretativa, suplir posibles lagunas¹⁸⁷ y servir como parámetros para enjuiciar la validez de los actos adoptados por las instituciones comunitarias¹⁸⁸.

¿Qué lugar ocupan estos principios en el sistema de fuentes comunitario? Es habitual oír hablar de derecho primario, derecho derivado y principios generales, enfatizando la distinta naturaleza de estos principios. La mayoría de autores, sin embargo, incluyen los principios generales dentro

¹⁸⁶ Reglamento (CE) N° 864/2004 del Consejo de 29 de abril de 2004 por el que se modifica, y se adapta con motivo de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia a la Unión Europea, el Reglamento (CE) n.º 1782/2003 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores, DO L 161 de 30.4.2004, pp. 48-96

¹⁸⁷ Por ejemplo, en la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1957, *Algera*, asunto 7/56, Rec. 1957, pp. 81 y ss., dice en la página 114 que *“el Tribunal, so pena de contener una denegación de justicia está, pues, obligado a resolver inspirándose en reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”*

¹⁸⁸ Un ejemplo, entre otros muchos, de declaración de invalidez de un acto de las instituciones por violar un principio general —en concreto el principio de proporcionalidad— lo constituye la Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, *Bela-Mühle c. Grows Farm*, asunto 114/76, Rec. 1977, pp. 1211 y ss. Sin embargo, para RUIZ-JARABO los principios generales del Derecho cumplen una doble función: la supletoria y la inspiradora o informante. Ambas funciones son igualmente importantes y terminan de perfilar a los principios generales del derecho como principios que el propio ordenamiento jurídico se da a sí mismo como normas superiores y con carácter no sólo informador, sino también conformador y transformador del sistema, normas que proceden del propio ordenamiento jurídico y que se extraen de su conjunto a través de un proceso de abstracción e inducción lógica, **cumpliendo finalmente las funciones de garantizar la certeza y seguridad jurídica**. Véase RUIZ-JARABO COLOMER, D., *“Técnica jurídica de protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea”*, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, N° 1, 1990, p. 174.

del derecho primario, o cuando menos, por encima jerárquicamente de los actos de las instituciones¹⁸⁹. Establecer un sistema de jerarquía entre los principios generales sí que se convierte en tarea más difícil y, normalmente, el Tribunal de Justicia modula los efectos de su aplicación en función de las características propias de cada caso concreto y de los intereses, públicos y privados, que se plantean en cada contencioso. Por otro lado, el diferente grado de abstracción de los principios también es relevante, puesto que existen principios de ámbito más general que otros, pudiéndose utilizar el criterio de especialidad.

En cuanto a la sistemática de los principios generales, hay multitud de clasificaciones¹⁹⁰, según su origen, su función, su contenido. La clasificación más extendida distingue entre principios generales *exógenos* y *endógenos*. Los exógenos son aquellos principios que proceden de otros ordenamientos jurídicos, sea del derecho internacional o de los derechos internos de los Estados miembro, siendo estos últimos la principal fuente de los principios generales. Los principios generales endógenos son aquellos que encuentran su origen en el propio ordenamiento comunitario, en la filosofía fundamental de la construcción económica y jurídica que se ha desarrollado progresivamente sobre la base de los Tratados constitutivos. Se podrían citar, entre otros, el principio de no discriminación, el principio de solidaridad entre los Estados miembros, el principio de preferencia comunitaria o el principio de equilibrio institucional.

3.3. Los principios generales del Derecho sancionador comunitario. Lagunas del ordenamiento jurídico y el método a seguir en la elaboración de principios generales del derecho del Derecho sancionador

En el campo del Derecho sancionador, la Comisión y el Tribunal han elaborado una Parte General no escrita del Derecho sancionador comunitario recurriendo a los principios que se derivan del

¹⁸⁹ RUIZ-JARABO sostiene que *“dentro de las fuentes del derecho comunitario los principios generales tienen la consideración de derecho primario pues encarnan valores, ya estructurales, ya ético-materiales, de extraordinaria importancia para el conjunto del sistema jurídico. Por otro lado, es práctica constante del Tribunal de Justicia la valoración de los actos comunitarios, que constituyen derecho derivado, a la luz de los principios generales del derecho; carecería de sentido que el Tribunal acudiera a los principios generales para decidir sobre la validez o invalidez de una norma de derecho derivado o para interpretar el sentido de sus preceptos, si aquéllos no constituyeran parte integrante del derecho primario. Así, se puede decir que los derechos fundamentales de la persona constituyen una «superlegalidad» comunitaria cuyo respeto impone el Tribunal a las instituciones y que, por consiguiente, gozan de una autoridad superior a la del derecho derivado”*. Véase en RUIZ-JARABO COLOMER, D., *“Técnica jurídica de protección de los Derechos Humanos...”*, p. 173-174.

¹⁹⁰ Por ejemplo, ROBLES MORCHÓN distingue entre a) principios generales del Derecho comunitario que se inspiran en los valores del Estado de derecho (principio general de respeto de los derechos fundamentales, de no discriminación, e seguridad jurídica, de legalidad y de irretroactividad); b) principios generales del Derecho comunitario que derivan de la propia naturaleza de la Comunidad Europea; y c) principios generales del Derecho comunitario específicos del Mercado común, contruidos alrededor del principio de libertad económica. Véase ROBLES MONCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, ed. Ceura, Madrid, 1988, pp. 109 y ss.

Derecho sancionador de los Estados miembros, si bien la naturaleza jurídica autónoma de las sanciones comunitarias permite una cierta libertad en la configuración de dichos principios.

Como hemos dicho en los puntos anteriores, de la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico junto a la premisa de que el juez no puede negarse a juzgar bajo el pretexto del silencio o carencia de la ley surge la necesidad de reconocer y de aplicar los principios generales del Derecho¹⁹¹. Así ocurre también con el ordenamiento jurídico comunitario, pero hay diferencias sustanciales entre ambos sistemas: en primer lugar, los espacios vacíos tienen un distinto origen, pues, si en los sistemas estatales su existencia se debe a la separación de poderes, en el comunitario se debe a la atribución creciente y evolutiva de poderes, de instancias nacionales a europeas.

De otra parte, el fenómeno tiene distinto carácter cuantitativo en uno y otro lugar. Al ser los sistemas nacionales mucho más completos, el papel de los principios generales es mucho mayor en el ordenamiento comunitario, lo cual implica que sea necesario acudir con mayor frecuencia a otros ordenamientos para complementarse, mediante el procedimiento de *heterointegración*, cosa que no sucede en los ordenamientos nacionales, donde los complementos se buscan en el propio ordenamiento, mediante un proceso de *autointegración*.

Esta tarea fue muy importante en los orígenes de las Comunidades, cuando el Tribunal de Justicia desempeñó un papel de importancia crucial en la configuración de los Derechos Fundamentales mediante el recurso a los principios generales. Hoy en día estamos en las puertas de que el Derecho originario contenga un catálogo de Derechos Fundamentales, lo cual es un éxito en sí.

¿Cuál es el método utilizado para elaborar los principios generales del Derecho? La solución consiste, más que en encontrar una solución común a todos los Estados miembros, en dar con aquella más eficaz para los fines de la Comunidad¹⁹². En definitiva, conseguir una construcción original que tenga en cuenta sobre todo las características funcionales de la actividad sobre la cual inciden las normas del derecho sancionador europeo y los sujetos de esta actividad. En otras

¹⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 13 y ss.

¹⁹² El ejemplo más claro de esta afirmación se ve en el asunto *Chemiefarma*, Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comisión*, asunto 41/69, Rec. 1970, pp. 661 y ss. Las empresas defendían que al no existir en el Derecho comunitario regulación alguna en materia de prescripción debía acudirse necesariamente a algún ordenamiento estatal para aplicar su régimen prescriptivo. Pues bien, tanto la Comisión como el Tribunal entienden que las soluciones acuñadas en los ordenamientos estatales no eran trasladables a la Comunidad, ya que la importancia del bien jurídico competencia es mucho mayor en el derecho comunitario que en los ordenamientos nacionales y, además, el ámbito territorial comunitario, por su mayor extensión, haría necesario unos plazos más amplios de prescripción al ser más difícil el descubrimiento de infracciones.

palabras, no se trata de conseguir un *mínimo denominador común*¹⁹³, sino de prestar atención a los valores a los que tendencialmente se orientan los ordenamientos estatales y cuyos principios correspondan mejor a las finalidades de la Comunidad.

Los principios generales deben extraerse a través del método de la comparación crítica del Derecho. En un principio, efectivamente, la jurisprudencia comunitaria intentaba encontrar principios comunes, recogiendo literalmente el mandato del artículo 288 TCE, que habla de los “*principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros*”. Esta vía se desechó posteriormente y se acudió al método de la comparación crítica, que implica una cierta creación jurídica, donde no se busca tanto la coincidencia cuantitativa, cuanto la calidad que un determinado principio ofrezca. De este modo se puede adoptar la noción mejor elaborada, incluso si ésta se extrae de un país tercero¹⁹⁴.

A continuación estudiaremos los principios más importantes sintetizados por la jurisprudencia comunitaria y la doctrina.

3.4. Instituciones del Derecho sancionador comunitario

Los textos en los que se ha inspirado el Tribunal de Justicia para elaborar los principios generales del Derecho, entre otros, los del Convenio europeo de Derechos Humanos, tienen un carácter esencialmente penal. De la misma manera ha ocurrido con los principios extraídos de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que se inspiran a su vez en principios de Derecho penal a extender a las sanciones administrativas.

Las garantías sustanciales o de fondo son las más conocidas y presentan una convergencia evidente en el momento de aplicar a las sanciones penales o administrativas, nacionales o comunitarias. La existencia de este régimen protector constituye un elemento de validez de las sanciones establecidas en el marco de las Comunidades y de la Unión Europea. Las garantías fundamentales que aseguran esta legitimidad son el principio de legalidad y su corolario, el principio de irretroactividad de las sanciones más severas, así como el principio de proporcionalidad.

¹⁹³ GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 112

¹⁹⁴ CHUECA DE SANCHO, A.G., “Los principios generales del derecho...”, p. 875

3.4.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es el punto de encuentro entre los ordenamientos interno, europeo y comunitario, aunque la incorporación a éste último fue más tardía. El artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas. De hecho, el principio de legalidad constituye la manifestación de un derecho fundamental en tanto que equilibra las relaciones entre autoridad y libertad¹⁹⁵.

A pesar de ser considerado como un principio sustancial de derecho represivo, vinculado al Estado de derecho, no aparece en los Tratados constitutivos, si bien la Comunidad siempre se ha reivindicado como una *“Comunidad de derecho”*¹⁹⁶, que respeta los derechos fundamentales y particularmente el principio de legalidad. No obstante, la ausencia de una referencia dentro del derecho originario se ha suplido con la intervención del juez comunitario, que ha integrado dicho principio en el ordenamiento jurídico comunitario. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene dicho principio entre los derechos a garantizar, y de hecho, su artículo 49 transcribe literalmente el artículo 7 CEDH cuando enuncia que *“Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional.”*

En definitiva, el principio de legalidad supone la prohibición de la retroactividad de las leyes penales, que se sirven de la definición de las infracciones o del montante de la pena. Consagrado por el Tribunal de Justicia como *“principio general del Derecho que forma parte del Derecho comunitario”*¹⁹⁷, dicho principio ha sido extendido a las sanciones del sistema represivo comunitario.

El contenido del principio de legalidad debe incluir, como ocurre en los Estados miembros, tanto su vertiente formal como material. Lo primero implica que los comportamientos punibles y la cuantía de las sanciones deben establecerse por un reglamento elaborado por el procedimiento de codecisión. En el aspecto material, debe ofrecer seguridad jurídica en una cuádruple vertiente,

¹⁹⁵ GRASSO, G., “Les systèmes de sanctions administratives des Etats membres des Communautés européennes », en COMISIÓN EUROPEA, *Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés européennes*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995

¹⁹⁶ Sobre la cuestión, véase ADINOLFI, A., “Il principio di legalità nel Diritto comunitario” (Comunicación para el convenio «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia», Varenna, 22 settembre 2007), en *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, fasc. 1, pp. 1-28

¹⁹⁷ Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1984, *Kirk*, asunto 63/83, Rec. 1984, p. 2689

respetando el principio de determinación y asegurando que la pena no puede ser fundamento, ni venir agravada, por el derecho consuetudinario, por analogía o por efecto retroactivo.

3.4.1.1. Contenido. El principio de determinación

La configuración del principio de legalidad parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que requiere la existencia de una base legal y que ésta sea clara y no ambigua¹⁹⁸. Por otro lado, el Tribunal de Justicia comunitario, en sentencias como las del asunto *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁹⁹, *Könecke*²⁰⁰ o *Milchwerke Köln*²⁰¹ insiste en que una sanción no puede ser impuesta si no descansa en una base legal, clara y no ambigua.

El Tribunal de Justicia determina que el principio de legalidad exige que una reglamentación que imponga cargas al contribuyente debe ser precisa, de modo que éste pueda conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y tomar sus decisiones en consecuencia²⁰². Las disposiciones incriminantes deben cumplir las exigencias de **calidad de la ley**, esto es, claridad, accesibilidad, precisión y ausencia de incertidumbre. Aun así, el juez comunitario ha integrado el principio de legalidad de las penas sin hacer ninguna referencia a los principios comunes de los Estados miembros o al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Estas exigencias se resumen en el principio de determinación. La realidad de los Estados miembros es que se admite que el principio de determinación vaya en consonancia con la gravedad de la pena, por lo que en el marco de las sanciones administrativas presenta menores exigencias. Además, en el campo del Derecho penal económico es muy frecuente recurrir a leyes penales en blanco o a conceptos normativos y cláusulas generales. A pesar de ello, una de las críticas vertidas contra el Derecho comunitario es la falta de determinación de muchos de sus preceptos, como ocurre en el derecho de la competencia (abuso de posición dominante, práctica

¹⁹⁸ Véanse, entre otras, la Sentencia del TEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis*, asunto 14307/88, que en su punto 52 dice que « *La Cour souligne que l'article 7 par. 1 (artículo 7-1) de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie; il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité* ». Sobre las coincidencias en la interpretación del TJCE y el TEDH, véase, por ejemplo, PICOD, F., «Le juge communautaire et l'interprétation communautaire4», en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruylant, Bruselas, 1998.

¹⁹⁹ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

²⁰⁰ Sentencia del TJCE de 25 de septiembre de 1984, *Könecke*, asunto 117/83, Rec. 1984, pp. 3291 y ss.

²⁰¹ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, *Milchwerke Köln*, asunto C-352/92, Rec. 1994, pp. I-3385 y ss.

²⁰² Sentencia del TJCE de 9 de julio de 1981, *Gondrand*, asunto 169/80, Rec. 1981, p. 1931.

concertada, mercado, empresa, afectación, ataques análogos, etc.). Dicha indeterminación se justifica (por la Comisión) por la capacidad de adaptación de las empresas a la ley mediante una notable imaginación para crear nuevos medios, no previstos originariamente, con los que conseguir los mismos efectos²⁰³.

La única solución posible para evitar la indeterminación es que la Administración realice una función de valoración y mediación. Este es el camino que siguen el ordenamiento norteamericano y la GWB alemana (ley alemana de defensa de la competencia): no sancionan directamente los acuerdos realizados por las empresas que atentan contra el sistema competitivo, sino la desobediencia a la autoridad competente cuando indica a las empresas el cese de las prácticas²⁰⁴.

Un ejemplo paradigmático es la sentencia *Hoffman-La Roche*, citada anteriormente. A la citada empresa se le sancionó por infringir el [entonces] artículo 86 TCE, mediante la firma de un contrato con sus compradores que incluía una cláusula, declarada abusiva por el Tribunal, en la que se reservaba la exclusividad para su aprovisionamiento. La empresa alegaba que un correcto entendimiento del principio de determinación debe ocasionar el que no se imponga sanción alguna por la contravención del mencionado precepto, en tanto que las conductas por él prohibidas no queden totalmente determinadas, ya sea por la práctica administrativa o judicial. Además alega que dicho principio, recogido por el artículo 7 CEDH debe formar parte del ordenamiento comunitario. Alega también que la ambigüedad de los términos ha provocado en ella un error, pues de otras decisiones ha creído entender que contratos semejantes al suyo no han sido prohibidos. La solución propuesta por el Abogado General y por el Tribunal fue aplicar el error cuando no era previsible la sanción de una conducta.

Frente a esto, **la Comisión no reconoce que la determinación forme parte del principio de legalidad, pues señala que éste se refiere esencialmente al carácter de no retroactividad, y además duda de que dicho principio sea recogido por el TEDH.** Añade que, en todo caso, es un principio nuevo que pertenece al Derecho penal que no tiene por qué aplicarse con la misma extensión al derecho administrativo. El Tribunal de Justicia, en cambio, determina que no atenta contra el mandato de determinación el utilizar nociones que son conocidas en las legislaciones de los países miembros, como la de abuso de posición dominante, y concretadas por la práctica de las autoridades competentes.

A raíz de toda esta jurisprudencia, las soluciones adoptadas para paliar la falta de determinación pasan por hacer uso del principio de oportunidad y de multas simbólicas (50.000 euros) para no sancionar o hacerlo sólo de manera leve las conductas cuya sanción representa una novedad. Otro medio usado por la Comisión es dirigir recomendaciones a las empresas para que cesen la

²⁰³ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, asunto 85/76, Rec. 1979, pp. 461 y ss.

²⁰⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., "La protección penal de la competencia en la C.E.E.", en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1991, pp. 270 y ss.

infracción antes de promulgar la decisión en la que se hace constar la misma. Pero el principal mecanismo es la posibilidad con que cuentan las empresas de notificar previamente a la Comisión los acuerdos cuya licitud sea más dudosa. Otro remedio es hacer una delimitación negativa del tipo: no se determina lo prohibido, pero sí que se determina lo permitido.

Por tanto, y resumiendo, los medios para evitar la falta de taxatividad del ordenamiento comunitario son *a)* la utilización del principio de oportunidad; *b)* la notificación previa de los acuerdos o práctica cuya licitud sea más dudosa; *c)* mediante el reconocimiento del error y *d)* la utilización de una técnica legislativa adecuada.

3.4.1.2. Relaciones entre los reglamentos del Consejo y de la Comisión

En los ordenamientos nacionales, la tensión entre ley y reglamento tiene lugar en el Derecho administrativo sancionador, donde el reglamento interviene configurando la conducta típica dentro del margen de actuación que le ha fijado previamente la Ley. En el ámbito penal no ocurre esto, solo se puede hablar de leyes penales en blanco, cuyo objetivo es, por razones de necesidad, adaptar la norma penal a una serie de cambio futuros e imprevisibles en el momento de su creación.

La situación en el ordenamiento comunitario no gira sobre la tensión entre poder legislativo y ejecutivo, sino la existente entre el Consejo y la Comisión, aunque el procedimiento de codecisión matizó dicha tensión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene dos líneas diferentes: una primera que culmina con la sentencia *Hoechst*, referida a las sanciones del primer modelo y una segunda, que comienza con la sentencia *Alemania c. Comisión*, de 27 de octubre de 1992, aplicable a las sanciones del segundo modelo.

La sentencia *Hoechst*²⁰⁵ trata el siguiente caso: el artículo 15.1.c) del Reglamento 17/62 sanciona el no sometimiento por parte de la empresa a una verificación de la Comisión, orden que debe adoptarse por el ejecutivo como órgano colegiado. Sin embargo, la Comisión modificó este reglamento mediante Decisión para que un solo miembro pudiese adoptar la orden. La empresa *Hoechst* alegó que la Comisión modificó el tipo de la infracción mediante una simple normativa interna. El Tribunal respondió que “*aunque es cierto que las condiciones en las que puede imponerse una multa en virtud del artículo 15 del Reglamento núm. 17 no pueden modificarse mediante una decisión de la Comisión*” debe señalarse que en este caso “*la decisión de la Comisión cae dentro de los términos del artículo 15 del Reglamento núm. 17*”. Lo que quiere

²⁰⁵ Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*, asunto 46/87, Rec. 1989, p. 2859

decir que la capacidad reguladora de la Comisión, en materia de sanciones, sólo es posible en el marco de los Reglamentos del Consejo.

Sobre la sentencia *Alemania c. Comisión*, que hace referencia al segundo modelo sancionador, me remito a lo dicho en el punto I.1.2, esto es, que las disposiciones sancionadoras no se encuentran entre los elementos esenciales a decidir por el Consejo en los casos de delegación y que pueden, por lo tanto, ser establecidas por la Comisión como una de sus disposiciones de ejecución.

3.4.1.3. Principio de irretroactividad

En la mayoría de Estados miembros, el principio de irretroactividad de las normas penales constituye un corolario del principio de legalidad penal, plasmado expresamente en los textos constitucionales, además de recogerse en el artículo 7.2 CEDH. En algunos Estados también se reconoce el principio de retroactividad de las normas favorables, pero dicho reconocimiento es mucho más débil, cuando no inexistente por parte de las Constituciones nacionales.

Así, es recogido en Alemania por el derecho administrativo y penal, en los §4 OWiG²⁰⁶ y §2 StGB, respectivamente, aunque existen dudas sobre su vigencia en el campo de las leyes penales en blanco, pues la doctrina entiende que las normas reglamentarias que complementan la ley penal en blanco han de ser consideradas, al menos, como leyes temporales, las cuales en virtud del §2.4 StGB y §4.4 OWiG representan una excepción al principio de aplicación retroactiva de la ley favorable. En derecho español la retroactividad favorable al reo cuenta con menores garantías constitucionales, pues se sitúa en el artículo 9 CE y no junto al resto de las consecuencias del principio de legalidad, en el artículo 25, hecho por el cual no es susceptible de recurso de amparo. En el Derecho administrativo lo reconoce el artículo 128.2 de la Ley 30/1992²⁰⁷. En cuanto a la actuación del principio de retroactividad favorable en las leyes penales en blanco, la opinión dominante tanto jurisprudencial como doctrinal entiende que el término *ley* empleado por el artículo 24 CE abarca a las disposiciones que colorean la ley en blanco, sin excepción de tipo ninguno.

Más dudas suscita la retroactividad de la ley más favorable en Italia. El artículo 11 del Código civil italiano²⁰⁸ y el artículo 25 de la Constitución Italiana establecen el principio de irretroactividad, y el artículo 2 del Código penal italiano acoge expresamente la retroactividad de

²⁰⁶ La OWiG o *Ordnungswidrigkeitengesetz* es la ley de Contravenciones e infracciones administrativas, mientras que el StGB o *Strafgesetzbuch* es el Código Penal alemán.

²⁰⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 2855, de 27 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999.

²⁰⁸ Artículo 11. "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"

las leyes favorables, pero la doctrina duda de que dicho principio posea rango constitucional. De hecho, y hasta no hace mucho, se permitía aplicar las disposiciones penales de las leyes financieras y aquellas que preveían cualquier otra violación de dichas leyes a los hechos cometidos cuando dichas disposiciones estaban en vigor aunque hubieran sido posteriormente derogadas.

La jurisprudencia comunitaria reconoce expresamente, además, el principio de irretroactividad de las normas penales, principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, como ya hemos dicho, recogido por el artículo 7 CEDH y como parte integrante de los principios generales del Derecho que el juez comunitario debe tener en cuenta²⁰⁹. **Sin embargo, admite excepcionalmente la retroactividad de las sanciones extrapenales²¹⁰ y la retroactividad de sanciones con mero carácter restitutorio**, cuando las circunstancias del caso hagan necesaria la aplicación retroactiva de la norma, buscando un equilibrio entre las garantías del ciudadano –su confianza legítima- y el interés público tutelado. El Tribunal de Justicia subraya la *ratio* de garantía del principio de irretroactividad, que consiste en que *“los ciudadanos sepan de antemano las comportamientos de los que han de abstenerse y las consecuencias que acarrea su comisión (lex previa)”²¹¹*.

La jurisprudencia comunitaria también acoge el principio de retroactividad de la norma más favorable, aunque no se reconozca constitucionalmente en todos los ordenamientos, como hemos visto con anterioridad. Se reconoce como principio general del Derecho en las sentencias *Kirk*²¹², *Fedesa*²¹³ y *Silvio Berlusconi*²¹⁴, entre otras. Y también lo reconoce el artículo 15 del Pacto

²⁰⁹ Sentencia del TJCE de 8 de febrero de 2007, *Grupo Danone c. Comisión*, asunto C-3/06 P, Rec. 2007, p. I-01331, pp. 87 y 88. *“En primer lugar, procede señalar que el principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario (véase la sentencia de 10 de julio de 1984, Kirk, 63/83, Rec. p. 2689, apartado 22)”* y *“En particular, el artículo 7, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas (nullum crimen, nulla poena sine lege), puede impedir la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma por la que se establezca una infracción (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 217)”*.

²¹⁰ En particular las sanciones del Reglamento (CEE) nº 1252/89 del Consejo de 3 de mayo de 1989 [...], DO L 129 de 11.5.1989. En este caso la retroactividad se considera necesaria para que la norma alcance su objetivo. Véase también la Sentencia del TJCE de 26 de marzo de 1998, *Petridi*, asunto C-324/96, Rec. 1998, p. I-01333.

²¹¹ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, párrafo 102. Sobre esta dimensión del principio de legalidad penal, véanse las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis contra Grecia* (asunto 14307/77, A 260-A), apartado 52; de 22 de noviembre de 1995, *S.W. contra el Reino Unido* (asunto 20166/92, A 335-B), apartado 35; y de 22 de marzo de 2001 (asuntos 34044/96, 35532/97 y 44801/98, *Recueil des arrêts et décisions 2001-II*), apartado 50. También el Tribunal Constitucional español [por ejemplo, en las sentencias 75/1984 (suplemento del BOE nº 181, de 30 de julio de 1984), fundamento jurídico 5º; y 95/1992 (suplemento del BOE nº 169, de 15 de julio de 1992), fundamento jurídico 3º].

²¹² Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1984, *Kirk*, asunto 63/83, Rec. 1984, p. 2718

²¹³ Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e.a.*, asunto 331/88, Rec. 1990, p. I-4023

internacional de derechos civiles y políticos, así como el artículo 2.2 del Reglamento 2988/95²¹⁵. Este principio fue de aplicación por primera vez en el caso *National Farmer's Union*²¹⁶, donde el Tribunal admitió la aplicación de las sanciones menos severas contenidas en el reglamento que modificaba el texto aplicable a los hechos y que, en consecuencia, entró posteriormente en vigor. Es curioso que en dicha sentencia no se haga ninguna referencia ni a la importantísima sentencia *Kirk* ni al Convenio Europeo de Derechos Humanos, basando la decisión sólo en el Reglamento 2988/95.

La particularidad del caso *Berlusconi*²¹⁷ reside en que el Abogado General no es partidario que deban aplicarse con efecto retroactivo leyes penales más favorables que sean contrarias al Derecho comunitario. Propone que los nuevos tipos penales, en la medida que sean contrarios a las exigencias de Derecho comunitario, queden sin aplicación y se regrese a las antiguas disposiciones vigentes en el momento de los hechos.

En realidad lo que propone el Abogado General es una nueva restricción del principio de retroactividad favorable que no se basa en modo alguno en la inexistencia de un cambio de valoración del legislador. Nadie puede dudar de que la modificación del derecho penal italiano atendía a un cambio de valoración -espurio o no eso es otra cosa- que pretendía reducir el

²¹⁴ Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2005, *Silvio Berlusconi-Sergio Adelchi-Marcello Dell'Utri e a.*, asuntos reunidos C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. 2005, p. I-3565, aps. 68 y 69, donde dice que "el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y [...] en consecuencia, debe considerarse que este principio forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario y, en este caso, más concretamente, las Directivas sobre Derecho de sociedades".

²¹⁵ El artículo 10 de la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Consejo relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad preveía que «...en caso de modificación ulterior de las sanciones administrativas contenidas en una normativa comunitaria, se aplicarán retroactivamente las disposiciones menos severas, **a menos que esta nueva normativa prevea expresamente la irretroactividad de estas disposiciones**». Este último inciso no forma parte del actual artículo 2. Como señala NIETO MARTÍN, aunque la retroactividad favorable es la regla general, ello no empece a que se admitan algunas excepciones a ésta. Otros autores, como PALIERO, C.E; TRAVI, A., *La sanzione amministrativa*, Giuffrè. Milano, 1988, pp. 179-180, señalan que en este campo lo normal deba ser la no retroactividad favorable, pues, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, la sanción administrativa responde a factores en exceso contingentes y fácilmente sujetos a cambios, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, donde el reproche penal suele referirse a unas valoraciones más consistentes y por ello más

²¹⁶ Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, *National Farmer's Union*, asunto C-354/95, Rec. 1995, p. I-4559

²¹⁷ La relación del actual presidente del *Consiglio dei Ministri* italiano, Silvio Berlusconi, con el derecho penal societario italiano es sobradamente conocida. Procesado por el delito de falsedad en el balance (artículo 2621 del Código civil italiano) modificó este precepto mediante el Decreto legislativo n. 61 de 11 de abril de 2002, dándole una nueva redacción. Conforme al tenor literal vigente y en aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, los hechos, a juicio de los abogados defensores de Berlusconi, no podían ser ya perseguidos. En unos casos, pues eran varias las causas abiertas, las infracciones cometidas habrían ya prescrito en el momento de iniciarse la acción, pues al rebajarse la penalidad se acortaron los plazos de prescripción. Si este argumento no se admitía, subsidiariamente, la impunidad provenía de que la nueva regulación exigía la presentación de una querrela, al haberse convertido las infracciones en delitos privados, lo que nunca tuvo lugar. Finalmente, y en cualquier caso, se señalaba que los hechos no podían ser subsumidos en los nuevos tipos penales, mucho más restrictivos que los anteriores. A la vista de esta situación, los jueces que se ocupa del caso plantean, en esencia, la siguiente cuestión prejudicial: ¿es conforme con el derecho societario europeo que establece la necesidad de sanciones adecuadas la modificación operada en Italia, en cuanto que reduce notablemente la eficacia del derecho penal?. Sobre el asunto, véase SCOLETTA, M., "Berlusconi y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable", en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la UCLM, 2007, pp. 357 y ss.

ámbito de lo punible, por considerar que el delito de falsedad en el balance tenía una amplitud excesiva. Lo novedoso en la conformación del principio de retroactividad favorable, tal como lo interpreta el Abogado Kokot, es que éste no entra en juego cuando con ello se contradicen principios superiores del ordenamiento como en este caso, sería el principio de primacía del derecho comunitario. Esta idea, la de coherencia con los principios superiores de un ordenamiento y no tanto, como mantienen un sector doctrinal, la existencia de un efectivo y real cambio de valoración en relación a los hechos enjuiciados, sería la base para realizar excepciones al principio de retroactividad favorable²¹⁸.

Aplicado a las sanciones nacionales, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el Derecho comunitario no se opone a que, en virtud del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable reconocido en algunos Estados miembros, una jurisdicción interna aplique una directiva comunitaria²¹⁹, aunque la infracción se haya producido antes de la entrada en vigor de dicho texto²²⁰.

3.4.1.4. Interpretación y analogía

En la mayoría de los ordenamientos estatales los distintos métodos de interpretación de las normas penales encuentran su límite en la prohibición de la analogía en el Derecho penal. La excepción la constituye el sistema del *Common Law*, aunque el uso durante siglos del sistema de casos hace poco menos que imposible la creación de nuevas infracciones penales, y el Derecho penal danés, que en su artículo 1 admite la analogía *legis* al establecer que “sólo será punible la acción enteramente asimilable a otra prevista expresamente²²¹”.

Sin embargo, en el campo del Derecho penal económico es usual la integración en los tipos de elementos normativos pertenecientes a otras ramas del ordenamiento, donde sí está permitida la analogía: hay tres opciones doctrinales²²², surgidas todas ellas en Alemania, en torno a la posibilidad de incluir, dentro del término *acuerdo* del §1 GWB, en su antigua redacción, los

²¹⁸ NIETO MARTÍN, A., “Activismo judicial v. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi”, en RGDP, nº 4, noviembre 2005, p. 11

²¹⁹ Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción, DO L 237 de 24.8.1991, pp. 1-24.

²²⁰ Sentencia del TJCE de 29 de octubre de 1998, *Ibiynka Awoyemi*, asunto C-230/97, Rec. 1998, p. I-6781. Véase también la sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 1996, *Allain*, asunto C-341/94, Rec. 1994, p. I-4649.

²²¹ TERRAGNI, M.A., *Estudios sobre la Parte General del Derecho penal*, Universidad Nacional del Litoral, Santafé, 2000, p. 139

²²² Las opciones consisten en 1) dar prevalencia a la normativa extrapenal, admitiendo en el tipo la analogía que allí se realice; 2) mantener que la prohibición de analogía se extiende también a aquellos ámbitos a los que remite la norma penal; y 3) mantener que lo más correcto es que los conceptos adquieran un significado distinto según el campo en el que se encuentren.

denominados “pactos entre caballeros” (*gentlemen’s agreements*) que habían sido incluidos por el juez dentro del término de contrato. Actualmente, tanto el Tribunal Constitucional Alemán como numerosos autores señalan que no se viola el principio de prohibición de analogía en aquellos supuestos en que la norma penal protege un determinado complejo normativo procedente de otro sector del ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Justicia también reconoce el principio de legalidad como prohibición de la analogía. Por ejemplo, en el sector agrícola, la disciplina comunitaria no puede aplicarse a las elusiones y a las demás irregularidades no comprendidas en el concepto de negocio simulado, aunque en los supuestos más graves el Tribunal ha intervenido recurriendo a la interpretación teleológica²²³. El Tribunal de Justicia, además, extrae de la prohibición de la analogía la obligación de la interpretación restrictiva, en línea con la tradición francesa y en sentido contrario a la italiana, que considera compatible la prohibición de la analogía con la interpretación extensiva²²⁴.

Sin embargo, dicho principio ha sido rebatido por el Tribunal de Justicia en el ámbito penal, precisando que la obligación del juez nacional de interpretar una ley nacional de transposición de una directiva a la luz del tenor literal y del objetivo de la misma “encuentra el límite de los principios jurídicos generales que pertenecen al Derecho comunitario”. El principio que ordena no aplicar la ley penal en modo extensivo en perjuicio del imputado es considerado por el Tribunal como el corolario del principio general de la previsión legal de los delitos y de las penas, y más en general, del principio de certeza del Derecho²²⁵.

3.4.2. El principio de proporcionalidad

Además de la legalidad formal, el legislador debe igualmente respetar el principio de proporcionalidad, principio común en los sistemas democráticos y de origen alemán. Dicho principio es reconocido por el Derecho interno de los Estados miembros bajo diversas denominaciones (exceso de poder, acto excesivamente oneroso²²⁶...). No sólo se hace referencia a dicho principio en Derecho interno. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene una definición expresa del principio, en diversas ocasiones menciona que “no [habrá]

²²³ Véanse, entre otras, las Sentencias del TJCE de 15 de mayo de 1991, *Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, asunto C-328/89, Rec. 1991, p. I-2450, de 28 de marzo de 1979, *P. Biegi*, asunto C-158/78, Rec. 1979, p. 1120 o de 27 de octubre de 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, asunto 6/71, Rec. 1971, pp. 828 y ss.

²²⁴ FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale: parte generale*. Zanichelli, Bologna, 2007, p. 106

²²⁵ Sentencia del TJCE de 16 de enero de 1992, *Procedimientos penales contra X*, asunto X-373/90, Rec. 1992, p. I-131

²²⁶ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, integrada en la Constitución francesa prevé expresamente en su artículo 8 que “la ley sólo puede establecer las penas estricta y evidentemente necesarias”.

otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”.

O lo que es lo mismo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto –en relación no con el *an*, sino con la *species* y el *quantum* de la sanción- es reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tanto que utiliza dicho principio para verificar si la sanción, en cuanto limitación de un derecho fundamental, es adecuada al fin perseguido.

El Tribunal de Justicia ha determinado que las sanciones no deben ser desproporcionadas respecto a la naturaleza o gravedad de la infracción: una sanción no proporcional constituiría una injerencia excesiva en la libertad reconocida por el Tratado y por tanto, sería un obstáculo ilegítimo para el ejercicio de tal libertad²²⁷. En esta materia es fundamental la sentencia *Buitoni*, con la cual se ha establecido el principio según el cual las instituciones comunitarias deben graduar la sanción in función de la gravedad del incumplimiento²²⁸.

3.4.2.1. La configuración del principio de proporcionalidad en el sistema sancionador

El principio de proporcionalidad de las sanciones no se recoge en los Tratados constitutivos y la única referencia se hace, en el Tratado de Maastricht, en relación con el reparto de competencias entre los Estados miembros. La verdadera consagración del principio, no obstante, ha sido obra del juez comunitario.

Algunas disposiciones de los Tratados que contienen excepciones o restricciones a los principios comunitarios, como el artículo 30 TCE para la libre circulación de mercancías o el artículo 39.3 TCE para la libre circulación de personas, hacen referencia al principio de proporcionalidad. Dichas

²²⁷ Sentencia del TJCE de 29 de febrero de 1996, *Skanavi y Chryssanthakopoulos*, asunto C-193/94, Rec. 1996, p. I-929, donde se establece que por el incumplimiento de las formalidades exigidas para la comprobación del derecho de residencia de un individuo protegido por el Derecho comunitario, los Estados miembros no podrán establecer una sanción desproporcionada que constituiría un obstáculo a la libre circulación de personas y que tal es el caso precisamente con la pena de privación de libertad. En la misma línea, la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, caso *Watson et Belmann*, asunto 118/75, Rec. 1976, p. 1185, precisa que el reconocimiento de un derecho como atributo de la personalidad no excluye radicalmente cualquier posibilidad de limitación del mismo. Para que haya violación no basta cualquier limitación, sino que se exige que el derecho sea tocado en su esencia.

²²⁸ Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, *Buitoni*, asunto 122/78, Rec. 1979, p. 677

limitaciones no puede superar los límites estrictamente necesarios para conseguir los objetivos perseguidos.

El Tratado de Maastricht recoge de manera general el principio de proporcionalidad, introduciendo un artículo 5 (antiguo artículo 3B) TCE, según el cual *“ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”*, aunque dicha disposición se refiera también al principio de subsidiariedad que rige la distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros. Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión recoge en su artículo 49.3 que *“la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”*, contrariamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no recoge dicho principio.

La plasmación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia tiene lugar con la ya estudiada sentencia del maíz griego²²⁹. En último lugar, el principio de proporcionalidad figura legalmente entre las disposiciones de derecho derivado: así, el artículo 2.3 del Reglamento 2988/95 encarga a las disposiciones comunitarias el deber de establecer la naturaleza y alcance de la medida y de las sanciones administrativas en función de la naturaleza y de la gravedad de la irregularidad, del beneficio concedido o de la ventaja recibida y del grado de responsabilidad²³⁰, todo ello en línea con la orientación de la jurisprudencia comunitaria que, como hemos visto, reconoce el principio de principio comunitario, fundamentalmente, al principio de proporcionalidad²³¹.

3.4.2.2. Criterios de proporcionalidad de las sanciones

Para establecer si una disposición de derecho comunitario es conforme al principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia debe comprobar si los medios utilizados para alcanzar el objetivo perseguido son acordes con la importancia de éste²³². El control ejercido por el Tribunal de Justicia sobre el objetivo perseguido difiere según se trate de una sanción nacional o de una sanción comunitaria. En el caso de una acción represiva nacional, el Tribunal examina la

²²⁹ Véase especialmente el punto I.1.3.1

²³⁰ El grado de responsabilidad se refiere a la culpabilidad: el Reglamento exige así una graduación de la sanción que comporte una diversa valoración de las formas de responsabilidad dolosa y culposa, con un reconocimiento implícito del valor del principio de culpabilidad como fundamento de la pena y criterio de graduación.

²³¹ Sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1993, *Schumacher*, asunto C-365/92, Rec. 1993, p. I-6071

²³² Sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1983, *Fromançais*, asunto 66/82, Rec. 1983, p. 395

adecuación de la sanción nacional con los objetivos del Tratado y declara incompatible toda sanción que atente contra las libertades fundamentales de los Tratados, tales como la libre circulación de mercancías o de personas. Esta postura es más severa que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que examina la proporcionalidad de la sanción en los casos en que un derecho reconocido por el Convenio ha sido violado.

El control efectuado sobre la sanción comunitaria consiste en examinar si dicha sanción, establecida por los textos comunitarios, va más allá de lo necesario para asegurar “la buena administración²³³” o “el buen funcionamiento del sistema²³⁴”.

Aún así, la definición del objetivo perseguido y la proporcionalidad de la sanción en relación con dicho objetivo no son suficientes. Es necesario que la sanción represente la respuesta adecuada para la consecución del objetivo. El juez comunitario verificará, pues, si la sanción prevista es acorde con la importancia del bien tutelado y si los inconvenientes causados no serán desmedidos²³⁵. En conclusión, cualquiera que sea el objetivo perseguido, la sanción elegida debe ser la menos gravosa²³⁶.

El criterio de necesidad es un elemento primordial del control de la proporcionalidad y durante un largo periodo, el Tribunal de Justicia se ha limitado a verificar su única existencia. Para determinar si una disposición es conforme al principio de proporcionalidad, se hace necesario comprobar si los medios empleados son aptos para conseguir el objetivo perseguido y si ello no va más allá de lo estrictamente necesario. Una sanción sólo es lícita si no existe un medio menos severo para proteger el mismo bien jurídico²³⁷.

²³³ Sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 1985, *Man sugar*, asunto 181/84, Rec. 1985, p. 2889

²³⁴ Sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1983, *Fromançais*, asunto 66/82, Rec. 1983, p. 395

²³⁵ Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1989, *Schröder*, asunto 265/87, Rec. 1989, p. 2237. “4. En virtud del principio de proporcionalidad, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada al requisito de que estas medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos con la normativa de que se trate, quedando claro que, cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos gravosa, y que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos. El control judicial del cumplimiento de estos requisitos debe tener en cuenta, no obstante, que, en materia de política agraria común, el legislador comunitario dispone de una facultad discrecional que corresponde a las responsabilidades políticas que los artículos 40 y 43 del Tratado le atribuyen. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inapropiado de una medida dictada en este ámbito, en relación con el objetivo que la institución competente pretenda lograr, puede afectar a la legalidad de tal medida”.

²³⁶ Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1984, *Denkavit Nederland*, asunto 15/83, Rec. 1984, p. 2171

²³⁷ Sentencia del TPI de 4 de julio de 2002, *Arne Mathisen*, asunto T-340/99, Rec. 2002, p. II-2905 y sentencia del TPI de 29 de septiembre de 2000, *International Potash Cie*, asunto T-87/98, Rec. 2000, p. II-3179: “El Tribunal de Primera Instancia recuerda que en virtud del principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 3 B del Tratado, la legalidad de una normativa comunitaria está subordinada al requisito de que los medios que aplica sean adecuados para la consecución del objetivo legítimamente perseguido por la normativa de que se trate y no excedan de lo que sea necesario para obtenerlo, debiendo tenerse presente que, cuando haya que elegir entre varias medidas adecuadas, debe

En definitiva, corresponde al juez verificar si el régimen de las sanciones se corresponde con la importancia del objetivo de protección mencionado y si los inconvenientes creados no son desproporcionales en relación con dicho objetivo.

3.4.2.3. El control de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad permite determinar el montante de la sanción impuesta y la importancia del control jurisdiccional de dicha proporcionalidad está subordinada al margen de apreciación que determine el legislador. Así, el control realizado por el juez no es ilimitado: El Tribunal de Justicia precisa que en los casos donde la sanción es prevista por un reglamento comunitario pero es impuesta por el organismo nacional pertinente, el control de necesidad es realizado por el juez nacional²³⁸.

Del mismo modo, el juez comunitario autolimita su poder de apreciación en materia de política agrícola común, ya que la situación implica la necesidad de evaluar una realidad económica compleja y el legislador comunitario se ha dotado de amplias facultades de apreciación en lo referente a la naturaleza y el alcance de las medidas a adoptar. El juez podrá controlar la legalidad del ejercicio del poder, pero se limitará, además de buscar un error manifiesto o desvío de poder, a examinar si la institución ha sobrepasado manifiestamente sus facultades de apreciación.

3.4.3. Acumulación de sanciones comunitarias y nacionales. *Non bis in idem*

El problema del *non bis in idem* es un tema clave en la configuración de un sistema punitivo destinado a proteger los intereses financieros de las Comunidades. La dualidad entre sanciones tiene diferentes vertientes.

La primera se da entre sanciones tanto penales como administrativas procedentes de los **distintos ordenamientos nacionales**. Si las sanciones con que cuentan los Estados miembros

utilizarse, en principio, la menos severa" Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de junio de 1996, *NMB France y otros/Comisión*, asunto T-162/94, Rec. 1996, p. II-427, apartado 69.

²³⁸ Sentencia de 12 de octubre de 1995, *Cereol Italia*, asunto 104/94, Rec. 1995, p. 2983. Ello es conforme a lo declarado por el Tribunal de Estrasburgo, que en la sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, asunto 5493/72 dice que « [...] *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre* ».

para proteger a la Comunidad superan el principio de territorialidad de la ley penal en pos de un principio de *territorialidad comunitaria*, el riesgo de duplicidad de sanciones es elevado. Así, por ejemplo, el § 6.8 StGB declara que el § 264 StGB es aplicable al fraude de subvenciones comunitarias, independientemente del lugar de comisión de los hechos. La solución del problema pasa por la cooperación entre los Estados miembros, que deben respetar y aplicar tanto el artículo 7 del Convenio PIF, como el Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 54 a 57 del Convenio de Aplicación de Schengen, que prevén la aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito internacional, es decir, de forma horizontal.

La segunda manifestación es la posibilidad de *bis in idem* **entre sanciones comunitarias**. Y el tercer supuesto y más importante es la **duplicidad de sanciones a nivel comunitario y nacional**, y se plantea con un distinto grado de complejidad según nos encontremos en sanciones del primer modelo (derecho sancionador de la competencia) o del segundo modelo (política agrícola común). En el primer caso, puesto que las sanciones son impuestas por la Comisión, es complicado establecer cómo han de coordinarse los procedimientos nacionales y comunitarios.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge expresamente el principio en el artículo 4 del Protocolo nº 7, pero sólo únicamente en el campo del Derecho penal. En el Derecho constitucional alemán y español el principio es aplicable tanto a Derecho penal como administrativo. En el resto de ordenamientos, aunque el principio no se desprende directamente de las constituciones, parece que su vigencia está más que asegurada.

En **derecho español**, el denominado principio "*non bis in idem*", si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto *integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal* con el que guarda íntima relación²³⁹. El artículo 133 LRJPAC establece que "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento", repitiendo lo que el Tribunal Constitucional dijo en la importante Sentencia 2/1981, de 30 de enero²⁴⁰. La Sentencia 2/2003, de 16 de enero²⁴¹, dictada por el Pleno ha revisado sustancialmente el contenido de dicho principio. Desde el punto de vista *material* entiende que no se vulnera el principio cuando, habiéndose impuesto una sanción administrativa, se impone una pena, siempre que el juez penal, en fase de ejecución de la sentencia penal, descuenta la

²³⁹ DE LAMO RUBIO, J., "Principio «non bis in idem» y principio de buena fe procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del ne bis in idem", en *Noticias Jurídicas*, septiembre 2001, <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200109-5551720810142621.html>

²⁴⁰ BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981

²⁴¹ BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1981

sanción que ya se ha impuesto en vía administrativa. El antecedente jurisprudencial era la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre²⁴².

Desde el punto de vista *formal*, la interdicción de un doble procedimiento sancionador sólo se cumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías. Así, cuando, sin respetarse la prioridad legal del orden jurisdiccional penal, se ha sustanciado un primer procedimiento en vía administrativa en el que no se han respetado todas las garantías exigibles en un procedimiento sancionador, no por ello se impide la apertura de un segundo procedimiento, en vía penal. El criterio de prioridad temporal cede el paso a la *vis expansiva* de la jurisdicción penal²⁴³.

La solución al *non bis in idem* en derecho material la da el concurso de leyes, el concurso ideal y el denominado principio de inherencia: mediante el concurso de normas ha de aplicarse aquel tipo que sea capaz de abarcar el total contenido del injusto, desechando el tipo o los tipos penales en que sólo se contienen aspectos parciales del mismo y, en segundo lugar, cuando no se encuentre un tipo que abarque la totalidad del desvalor del hecho, ha de acudir al concurso ideal, de forma tal que mediante la aplicación de varios tipos se abarque la totalidad del injusto²⁴⁴.

En la vertiente procesal, la interdicción de varios procedimientos se consigue con la institución de la cosa juzgada, que existe cuando el proceso versa sobre el mismo objeto, cuando existe identidad de hecho. La doctrina más tradicional se inclina por un concepto natural de hecho, entendido como acaecer histórico individualizado. En nuestro país se opta mayoritariamente por un concepto normativo de hecho procesal, que se centra sobre los hechos enjuiciados en cuanto son delictivos y sobre las consecuencias penales que de éstos se derivan para los sujetos inculcados. Ello supone que para la delimitación del hecho se atienda al Derecho penal sustantivo, es decir, al tipo²⁴⁵.

En **Francia** era posible la duplicidad entre sanciones penales y administrativas en los llamados *delitos de iniciados*²⁴⁶, posibilidad confirmada por el Consejo constitucional francés, que expresamente ha señalado la no aplicabilidad del principio entre sanción penal y administrativa. Sin embargo, y pese a la posible dualidad de sanciones, en virtud del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano -«*la Ley no puede establecer más que las penas necesarias*»- se ha matizado indicando que cuando como consecuencia de un cúmulo de

²⁴² STC 77/1983, de 3 de octubre, BOE núm. 266, de 7 de noviembre de 1983

²⁴³ MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C., y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 559

²⁴⁴ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 152

²⁴⁵ STC 66/1986, de 23 de mayo, BOE núm. 144, de 17 de junio de 1986

²⁴⁶ En España se hace referencia a la información privilegiada, y se define como “la práctica prohibida por la Ley en algunas bolsas [...] consistente en comprar o vender según las informaciones secretas sobre ciertos valores, que se obtienen por la presencia en cargos de responsabilidad, o por confidencias recibidas desde el interior de las empresas”. Véase DÍAZ LLANES, M., “El delito de iniciados: Consejos de Administración y Contabilidad”, en *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 5, n. 1, p. 115-128, enero/marzo. 2009

procedimientos la doble sanción resulte excesiva, el principio de proporcionalidad implica que en todo caso, el montante global de las sanciones no supere el máximo de una de las sanciones.

En **Alemania**, la regulación del *non bis in idem* entre sanciones penales y administrativas se recoge en la OWiG. Procesalmente, el § 84.1 OWiG impide la incoación de un procedimiento sancionador administrativo cuando la decisión recaída sobre un hecho ha adquirido valor de cosa juzgada, ya sea esta resolución una sentencia judicial calificando el hecho como sanción administrativa o delito, ya sea una decisión sancionadora administrativa o *Bußgeldbescheid*. En el apartado segundo establece que cuando un hecho ha sido sancionado administrativamente no puede ser sancionado penalmente. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que en Alemania se tiene un concepto natural de hecho procesal, definido como acaecer histórico individualizado en su unidad natural, desprovisto de toda referencia jurídicopenal o material.

En **Italia** el *non bis in idem* se regula en el artículo 24 de la Ley nº 689, de 24 de noviembre de 1981²⁴⁷: el principio general es que puede darse una duplicidad de procedimientos penal y administrativo, salvo en aquellos supuestos en los que el juez penal estime que la constatación de un delito depende del esclarecimiento de una infracción administrativa, con el cual el proceso penal ejercerá una vis atractiva.

Por tanto, el principio es reconocido por la mayoría de Estados, ya sea a nivel constitucional o por legislación ordinaria. En cambio, en el aspecto procesal hay más matices, pues tanto en Italia como en Francia se admite un doble procedimiento. El punto intermedio tal vez sería el caso español, donde se ha proclamado la prejudicialidad penal y el respecto a los hechos probados en el proceso penal previo, aunque todo ello matizado por la Sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional, antes mencionada. En el aspecto material, los ordenamientos con una regulación expresa tienden a extender la regulación del concurso de delitos y de normas penales, mientras que en los sistemas sin dicha regulación, se acude al principio de proporcionalidad.

3.4.3.1. *El cúmulo de sanciones comunitarias o mixtas y nacionales*

La construcción de un nuevo orden jurídico como el comunitario, yuxtapuesto a los ordenamientos internos hace nacer situaciones donde, a pesar del principio de primacía del Derecho comunitario, se pueden imponer ambos tipos de sanciones por hechos idénticos. Por una parte puede darse el cúmulo entre una sanción comunitaria impuesta por una autoridad comunitaria (Comisión o Banco Central) y una sanción de Derecho interno. Por otra, pueden colisionar dos sanciones nacionales, una impuesta de acuerdo con un reglamento comunitario

²⁴⁷ Legge 24 novembre 1981, n. 689, di Modifiche al sistema penale. Gazzeta Ufficiale de 30 de noviembre de 1981, n. 329, S.O.

(política agrícola común o lucha contra el fraude) y otra impuesta según el ordenamiento interno. Dicha superposición tenía lugar, por ejemplo, en el Derecho de la competencia.

Así, el Reglamento 17/62 preveía que un mismo hecho podía dar lugar a dos procedimientos paralelos y, en consecuencia, dos sanciones. Se trataba de delimitar si las sanciones comunitarias podían limitar la competencia de los Estados miembros para aplicar sus propias sanciones. En ese sentido, la sentencia *Walt Wilhem*²⁴⁸ reconoció el cúmulo de sanciones nacionales y comunitarias. En dicha sentencia se analiza si un mismo hecho puede dar lugar a dos procedimientos distintos. El Tribunal lo admite, pero diciendo que la aplicación paralela del ordenamiento interno sólo es admisible en tanto no prejuzgue la aplicación uniforme, en todo el Mercado común, de las normas comunitarias sobre concentraciones y el pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de las mismas²⁴⁹. El Tribunal también estableció la teoría de la doble barrera, fundada sobre el principio de primacía del Derecho comunitario. Sobre la base de este principio, las autoridades nacionales tienen prohibido sancionar un comportamiento declarado lícito sobre la base del Derecho comunitario.

El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer discrepa de esta interpretación, que no satisface las exigencias del principio del *non bis in idem*. Para él, las autoridades nacionales y la Comisión protegen valores idénticos en la medida que sancionan una misma conducta en aplicación del Derecho de la competencia, sea nacional o comunitario. Una solución más adecuada es una “acumulación temperada”, articulada en torno a la equidad y de manera general, al principio de proporcionalidad. Así lo confirmó la sentencia *Boehringer*²⁵⁰ y más recientemente la sentencia *Kyowa*²⁵¹, que reitera que es imposible aplicar en el presente asunto el principio *non bis in idem*, pues es evidente que los procedimientos tramitados y las sanciones impuestas por la Comisión, por una parte, y por las autoridades norteamericanas, por otra, no persiguen los mismos objetivos. En el primer caso se trata de impedir que se falsee el juego de la competencia en el territorio de la Unión Europea o en el EEE, mientras que en el segundo caso el mercado que se trata de proteger es el mercado norteamericano.

²⁴⁸ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhem*, asunto 14/68, Rec. 1969, p. 1

²⁴⁹ *Ibidem*, apartado 4. “[...] ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le Marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes, et du plein effet des actes pris en application de ces règles

²⁵⁰ Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1972, *Boehringer*, asunto 7/72, Rec. 1972, p. 1281. En el apartado 3 se dice que “La Comisión debe tener en cuenta las sanciones impuestas a la empresa por el mismo hecho, bien se trate de sanciones por violación del derecho de concentraciones de un Estado miembro y, en consecuencia, por hechos que tuvieron lugar en el territorio comunitario. La cuestión de si la Comisión debe tener en cuenta las sanciones impuestas por las autoridades de un tercer Estado se resuelve sólo cuando los adeudos sean idénticos en ambos casos”.

²⁵¹ Sentencia del TPI de 9 de julio de 2003, *Kyowa*, asunto T-223/00, Rec. 2003, p. II-2553, ap. 101. Sobre esta cuestión, veáanse las Sentencias del TJCE de 27 de septiembre de 2006, *Archer Daniels Midland Company*, asunto C-397/03, Rec. 2006, p. I-4429; de 10 de mayo de 2007, *SGL Carbon AG c. Comisión de las Comunidades europeas*, asunto C-328/05 P, Rec. 2007, p. I-3921; o de 8 de marzo de 2007, *Roquette Frères*, asunto C-441/05, Rec. 2007, p. I-1993.

En algunos reglamentos de política agrícola común, después de definir las sanciones que pueden imponer los Estados miembros, dice que éstas se aplicarán sin perjuicio de sanciones suplementarias previstas a nivel nacional. La coexistencia de dos procedimientos paralelos por un mismo hecho ha sido precisamente tratado en el Reglamento 2988/95: el artículo 6 prevé la apertura de un procedimiento penal a la vez que uno administrativo. Según sus disposiciones, *“la imposición de sanciones pecuniarias, como las multas administrativas, podrá suspenderse por decisión de la autoridad competente si se hubiera iniciado un procedimiento penal contra la persona de que se trate en relación con los mismos hechos”*. Es una potestad, pero no una obligación, y dicha situación colisiona de nuevo con el principio que estudiamos.

También el Banco Central Europeo ha llegado a similares conclusiones: el Reglamento nº 2532/98²⁵² enuncia en su artículo 2.3.f) que *“el BCE tendrá en consideración las circunstancias del caso específico, tales como [...] las eventuales sanciones impuestas anteriormente por otras autoridades a la misma empresa, por los mismos hechos”*. Y en consecuencia, la acumulación de sanciones **debe** evitarse. El Reglamento nº 2157/99 confirma esta orientación enunciando en su considerando 7 que *“en lo relativo a la iniciación del procedimiento de infracción ha de seguirse el principio de *ne bis in idem*”*, voluntad que cristaliza en el artículo 2.1, que dice que *“sólo podrá iniciarse un único procedimiento de infracción contra una misma empresa basado en los mismos hechos”*.

En definitiva, la acumulación entre sanciones comunitarias pronunciadas por las autoridades comunitarias o nacionales y las sanciones puramente nacionales se encuentra consagrada. La única referencia al principio del *non bis in idem* es la regla de moderación a que hemos hecho referencia, esto es, tomar en consideración las sanciones anteriormente impuestas.

3.4.3.2. El reconocimiento del principio del non bis in idem en las relaciones entre los Estados miembros y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Por otra parte, el cúmulo entre procesos represivos ejercidos por diferentes Estados es una realidad, debido a la presencia de elementos de extraterritorialidad por las que un mismo

²⁵² Reglamento (CE) nº 2532/98 del Consejo, de 23.11.1998, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, DO L 318, de 27.11.1998

comportamiento puede ser susceptible de producir efectos jurídicos dentro de las diferentes partes del territorio de la Unión.

Con anterioridad al reconocimiento del *non bis in idem* por la Carta Europea de Derechos Fundamentales, ciertas disposiciones del título VI del Tratado UE ya preveían este principio jurídico, si bien de manera asistemática. La primera referencia aparece en el artículo 7 del Convenio PIF, cuando dice que “... los Estados miembros aplicarán en su Derecho penal interno el principio *ne bis in idem*, en virtud del cual una persona contra quien se haya dictado sentencia firme en un Estado miembro no puede ser perseguida en otro Estado miembro por los mismos hechos”. El mismo artículo que dicha regla se aplicará siempre que “la sanción se haya cumplido o esté en curso de ejecución o no pueda ser ejecutada según la ley del Estado que la dictó”. La aplicación de este principio no es absoluta, pues el apartado 2 establece las excepciones a la aplicación del principio²⁵³.

Estas lagunas amenazan la legitimidad de un sistema represivo europeo. El principio del *non bis in idem* es un derecho fundamental de los ciudadanos, unido al justo proceso y a la confianza legítima; además, se inspira en otros principios como la certidumbre del derecho y la equidad²⁵⁴. Además, es una exigencia estructural del sistema jurídico, cuya legitimidad se asienta en el respeto de la cosa juzgada²⁵⁵.

El principio del *non bis in idem* es reconocido también por el Acervo de Schengen²⁵⁶, en concreto por los artículos 54 a 57 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen²⁵⁷, en relación al

²⁵³ Artículo 7. “2. En el momento de la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 11, los Estados miembros podrán declarar su no vinculación al apartado 1 del presente artículo en uno o más de los casos siguientes:

- a) si los hechos a que se refiere la sentencia extranjera hubieren tenido lugar total o parcialmente en su territorio. Sin embargo, en este último caso, la excepción no se aplicará si los hechos hubieren ocurrido en parte en el territorio del Estado miembro en que se hubiere dictado la sentencia;
- b) si los hechos a que se refiere la sentencia extranjera constituyeren un delito contra la seguridad u otros intereses igualmente esenciales de ese Estado miembro;
- c) si los hechos a que se refiere la sentencia extranjera hubieren sido cometidos por un funcionario de un Estado miembro con incumplimiento de las obligaciones de su cargo”.

²⁵⁴ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, *Van Straaten*, asunto C-150/05, ap. 56

²⁵⁵ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, *Van Esbroeck*, asunto C-436/04, ap. 21

²⁵⁶ El Acuerdo de Schengen fue firmado el 14 de junio de 1985 en Schengen (Luxemburgo). Cinco Estados de la entonces Comunidad Económica Europea (Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) llegaron a un acuerdo para la supresión de fronteras comunes. Posteriormente se han adherido otros 23 miembros. Su implantación total comenzó en marzo de 1995, con la eliminación del control fronterizo interno en seis de los siete países miembros. Suiza se adhirió al acuerdo de Schengen el 5 de junio de 2005. La aceptación del acuerdo se realizó a través de un referéndum popular, con un 56,4% de votos a favor. La adhesión de Suiza fue efectiva en 2008 cuando el SIS (Sistema Informático Schengen) entró en funcionamiento. Todos los países del espacio de Schengen, con la excepción de Suiza, Noruega e Islandia, son miembros de la Unión Europea (UE). Por otra parte, dos miembros de la Unión, Irlanda y el Reino Unido, han optado por permanecer fuera del Schengen. En diciembre de 2007 se han incorporado Malta y ocho Estados de la Europa del Este, ampliándose el espacio de Schengen a 28 países miembros. Los nuevos miembros son: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia y Malta.

²⁵⁷ 1. El llamado Acervo de Schengen integra:

- a) Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985; DO L 239, de 22.9.2000;

derecho de circular sin impedimentos y con el fin de conservar y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Ello implica que el autor de la infracción, una vez condenado y cumplida la condena, puede circular sobre el territorio Schengen sin miedo a ser perseguido en otro Estado en el cual su comportamiento integre una infracción distinta, y además se aplica tanto en caso de absolución –aunque sea por ausencia de pruebas- como en caso de suspensión de la condena o de llegar a una conformidad con el Ministerio Fiscal.

La primera interpretación judicial del CAAS tuvo lugar con la sentencia *Gözütok et Brügger*²⁵⁸, donde el Tribunal de Justicia establece que el principio *ne bis in idem*, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

En cuanto al fondo del principio, en una primera interpretación jurisprudencial, la aplicación del principio presupone la identidad de hechos, identidad de autor e identidad del bien jurídico tutelado²⁵⁹. En una segunda interpretación se requiere la mera identidad de los hechos, entendida como un conjunto de circunstancias indisolublemente ligadas entre ellas²⁶⁰. Además, el Abogado General Sharpston precisa que los hechos también han de estar enlazados en el tiempo y en el

-
- b) Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, suscrito el 19 de junio de 1990 por las mismas partes contratantes, DO L 239, de 22.9.2000;
 - c) los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados miembros, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dictados por las instancias a las que el Comité mencionado atribuya competencias decisorias, DO L 239, de 22.9.2000.

2. El Protocolo (nº 2) anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Protocolo») incorpora el descrito bloque jurídico al marco de la Unión, rigiendo, según lo previsto en el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, en los trece Estados miembros que cita en el artículo 1, entre los que se encuentra el Reino de Bélgica, a partir de la vigencia del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999).

3. El artículo 6 del Protocolo compromete a la República de Islandia y al Reino de Noruega en la ejecución y el desarrollo del Acervo, países en los que está vigente desde el 25 de marzo de 2001.

4. El reenvío prejudicial del Hof van Cassatie van België (órgano jurisdiccional belga de casación) ofrece al Tribunal de Justicia la ocasión de interpretar, por tercera vez, el artículo 54 del Convenio, que enuncia el principio *ne bis in idem*, así como de analizar su aplicación *ratione temporis* y perfilar el concepto de *idem*.

²⁵⁸ Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok et Brügger*, asuntos reunidos C-187/01 y C-385/01, Rec. 2003, p. I-1345

²⁵⁹ Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland*, asunto C-204/00 P, Rec. 2004, p. I-123

²⁶⁰ Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, asunto C-436/04, Rec. 2006, p. 2333, ap. 36. En las Conclusiones del Abogado General se dice que “...una aproximación lingüística avala la primera posibilidad. La versión española del Convenio, donde se lee «por los mismos hechos», no ofrece dudas; los textos alemán, francés, inglés, italiano y neerlandés («wegen derselben Tat», «pour les mêmes faits», «for the same acts», «per i medesimi fatti» y «wegens dezelfde feiten», respectivamente) tampoco se prestan a la polémica, pues todos aluden al *idem factum*, al conjunto de acontecimientos que se enjuician, como fenómeno histórico que el juez ha de apreciar, anudando las consecuencias pertinentes en derecho”

espacio²⁶¹. Esta interpretación sería la más acorde con el tenor literal del artículo 54 del Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen (CAAS). Del mismo modo se precisa que si los hechos constituyentes de los delitos accesorios están unidos de manera indisoluble en el tiempo, en el espacio y en el objeto, se aplica el artículo 54²⁶².

En relación a los mismos hechos, si no subsisten las condiciones a las que se subordina la aplicación del artículo 54, se aplica el principio de compensación previsto por el artículo 56 CAAS, que impone a las Partes contratantes descontar los periodos de privación de libertad cumplidos en el territorio de otra Parte contratante, donde la persona ha sido juzgada con sentencia firme por los mismos hechos. Este artículo se fundamenta no tanto en el *non bis in idem* sino en las exigencias de equidad y del principio de proporcionalidad.

En último lugar, se hace necesario mencionar la *non nata* decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio «*non bis in idem*»²⁶³ que preveía, además de una definición de los «mismos hechos» (*idem*), el principio de no acumulación de sanciones, el intercambio entre las autoridades competentes, etc. Desafortunadamente, el Consejo no alcanzó un acuerdo sobre la iniciativa de Grecia. El siguiente paso normativo ha sido el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales²⁶⁴, que pone en marcha una reflexión sobre los conflictos de jurisdicción entre tribunales de los Estados miembros en el marco de los procedimientos penales a la luz del principio *non bis in idem*.

Para solucionar los conflictos de jurisdicción de los tribunales nacionales, la Comisión prevé crear un mecanismo de atribución de asuntos a los Estados miembros competentes. Cuando las actuaciones judiciales se concentren en un único Estado miembro, las personas afectadas ya no correrán el riesgo de ser juzgadas varias veces por los mismos hechos, aunque en Estados diferentes. Por otra parte, la Comisión considera que tal mecanismo de atribución completaría el principio de reconocimiento mutuo.

²⁶¹ Conclusiones del Abogado General Sharpston, *Norma Kraaijenbrink*, asunto C-367/05, ap. 28

²⁶² MAUGERI, A.M., "Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta Europea dei Diritti Fondamentali", en GRASSO, G.; SICURELLA, R., *Lezioni di Diritto Penale Europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 198. Publicado también en MAUGERI, A.M., "Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. PT. I. La natura giuridica delle sanzioni comunitarie", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, fasc. 3, pp. 527-559; y MAUGERI, A.M., "Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. PT. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, fasc. 4, pp. 929-1015

²⁶³ Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, DO C 100, de 26.4.2003

²⁶⁴ Documento COM (2005) 696 final, no publicado en el Diario Oficial.

3.4.4. Causas de exoneración o de atenuación

Las causas de justificación llamadas generales (estado de necesidad y legítima defensa) tienen una importancia más bien escasa en el Derecho comunitario, debido a que la inmediatez y sorpresa de los ataques a bienes jurídicos van difuminándose a medida que el bien lesionado se aleja de la esfera más esencial del individuo. Y los bienes jurídicos pertenecientes al Derecho penal económico son los más alejados de este ámbito. Aquí el legislador puede prever con antelación las circunstancias –crisis económicas, mantenimiento de los puestos de trabajo...- que pueden dar lugar al conflicto y, en consecuencia, crear causas de justificación que responden a una técnica legislativa más pormenorizada, donde se fijen de forma más detallada sus requisitos o se encomiende a la administración que realice, a petición del interesado, la ponderación de intereses, indicando ésta mediante una autorización si cabe o no la justificación del comportamiento típico²⁶⁵.

En estos casos, la regulación especial de la causa de justificación realizada por el legislador impide el que sea de aplicación otra causa general, especialmente, el estado de necesidad y por tanto, en pocas ocasiones se llega a las situaciones críticas que regulan las causas de justificación tradicionales.

Un ejemplo de estas causas de justificación peculiares son las circunstancias del artículo 81.3 TCE, bajo las cuales un determinado acuerdo, generalmente prohibido, se considera permitido. En concreto, se permiten los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Ello siempre que dichos acuerdos no impongan restricciones no indispensables para alcanzar dichos objetivos y que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Dicho acuerdo debe ser notificado previamente a la Comisión para que lo autorice.

3.4.4.1. Estado de necesidad

El estado de necesidad es admitido en Derecho comunitario como causa de justificación, y podría desempeñar un papel importante en períodos de crisis económica o recesión como el que

²⁶⁵ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 178

estamos viviendo en la actualidad. El Tribunal de Justicia ha ido perfilando los elementos de dicha causa de justificación²⁶⁶, a semejanza de la regulación de los Estados miembros. Así, requiere:

- a) La existencia de una situación de necesidad, de un peligro grave que ponga en peligro la existencia de la empresa. En el caso de crisis de la empresa en concreto, tanto la Comisión como el Tribunal responden diciendo que una empresa entra en el mercado debe aceptar las situaciones difíciles que se derivan de su desarrollo y sólo los riesgos ajenos pueden ser tomados en consideración;
- b) Dicha situación de necesidad no debe haber sido provocada por la empresa²⁶⁷. De la sentencia *Thyssen*²⁶⁸ parece desprenderse además, que no es admitido el estado de necesidad de terceros;
- c) La infracción a la norma comunitaria debe constituir el único medio para salvar la situación, es decir, la imposibilidad para el agente de sustraerse a ese peligro mediante un comportamiento legal. Este requisito es el que derrumba la mayoría de las alegaciones de estado de necesidad, ya que las Decisiones de la Comisión que fijaban el régimen de cuotas, solían contener una cláusula de revisión mediante la cual las empresas, que a causa de las cuotas asignadas se vieran envueltas en dificultades excepcionales, podían pedir a la Comisión que les fuera asignado un nuevo régimen de cuotas de producción.

Por otro lado, sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad, no cabe plantearse el carácter justificante o exculpante del estado de necesidad, ya que el Derecho comunitario no conoce la división entre antijuricidad y culpabilidad.

3.4.4.2. Legítima defensa

La legítima defensa está configurada de una manera mucho más difusa que el estado de necesidad. En la ya comentada sentencia *Acciaerie di Modena* se definió como “una actividad indispensable para conjurar un peligro que amenaza al autor del hecho, de un modo directo y con un peligro inminente, no existiendo vía legal para conjurar el peligro”. Posteriores sentencias, como la también citada *Valsabbia*, precisaron que debía tratarse de un ataque ilegítimo y no de

²⁶⁶ Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1962, *Acciaerie Ferriere e Fonderie di Modena*, asunto 16/61, Rec. 1962, p. 547, sentencia del TJCE de 78 de junio de 1983, *Musique Diffusion française*, asunto 100/80, Rec. 1983, p. 1825

²⁶⁷ Sentencia del TJCE de 11 de mayo de 1983, *Klöckner*, asuntos reunidos 303/81 y 312/81, Rec. 1983, p. 1507

²⁶⁸ Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 1983, *Thyssen AG*, asunto 188/82, Rec. 1983, p. 3721

un mero peligro, tal como se indicaba en el caso anterior y que desdibujaba los límites entre la legítima defensa y el estado de necesidad.

La mayoría de los casos consisten en que las empresas, a causa del llamado *efecto espiral* de la delincuencia económica²⁶⁹, se ven obligadas a entrar en un acuerdo anticompetitivo, porque, de otra forma, se hubieran encontrado en una situación de inferioridad respecto al resto de empresas. En otras situaciones se alega la defensa contra las prácticas de *dumping* de terceros países. La Comisión señala que en estos casos lo que procede es denunciar la práctica. Por otro lado, en numerosas ocasiones se acepta la legítima defensa como eximente incompleta, la cual se ha apreciado o alegado cuando falta el requisito de la actuación conforme a derecho anterior a la legítima defensa.

3.4.4.3. La fuerza mayor

La fuerza mayor es una figura conocida en la mayoría de ordenamientos europeos pero sólo el Derecho penal francés e italiano aplica dicha figura. En el Derecho comunitario el concepto proviene del Derecho agrícola, aunque el Tribunal de Justicia ha señalado que el concepto de fuerza mayor no ha de entenderse igual en todos los sectores del Derecho comunitario. En cualquier caso, existen dos conceptos de fuerza mayor, uno estricto y otro amplio.

El concepto estricto nace con la sentencia *Milch-, Fett- und Eierkontor*²⁷⁰, según la cual existe fuerza mayor cuando nos encontramos ante un evento anormal, ajeno a la voluntad de la persona, que hace imposible el cumplimiento de la obligación –requisito objetivo- y el sujeto ha actuado con la precaución y prudencia debida y ha realizado todo lo posible para que no se produzca el evento –requisito subjetivo-.

El concepto amplio de fuerza mayor parte de la sentencia *Schwarzwaldmilch*²⁷¹, que se diferencia del anterior en que para apreciar la fuerza mayor no es requisito indispensable que el acontecimiento inusual provoque la imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación, sino que basta que a tenor de las circunstancias, al autor le sea desproporcionadamente gravoso cumplir

²⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 51 y ss.

²⁷⁰ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, asunto 42/79, Rec. 1979, p. 3703

²⁷¹ Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1968, *Schwarzwaldmilch*, asunto 4/68, Rec. 1968, p. 549

con su obligación. Más recientemente, la sentencia del TPI *Centro Studi Manieri*²⁷² insiste en dicho concepto, así como la sentencia *Pipeline Méditerranée et Rhône*²⁷³, que resume toda la jurisprudencia anterior:

“El concepto de fuerza mayor no se limita al de imposibilidad absoluta, sino que debe entenderse en el sentido de circunstancias ajenas al operador, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de toda la diligencia empleada. De ello se deriva que, como ha precisado en otras ocasiones el Tribunal de Justicia, el concepto de fuerza mayor consta, además de un elemento objetivo, relativo a las circunstancias anormales y ajenas al interesado, de un elemento subjetivo relativo a la obligación, por parte del interesado, de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando medidas adecuadas, sin aceptar sacrificios excesivos. No obstante, también es jurisprudencia reiterada que, dado que el concepto de fuerza mayor no posee un contenido idéntico en los diversos ámbitos de aplicación del Derecho comunitario, su significado debe determinarse en función del marco legal en el que esté destinado a producir efectos”.

Aunque el componente objetivo de la fuerza mayor se suaviza, en la práctica suele acudir a la previsibilidad, al elemento subjetivo, para echar por tierra la mayoría de las alegaciones de fuerza mayor.

3.4.5. Culpabilidad

El principio de culpabilidad supone, por un lado, abandonar la responsabilidad objetiva y por tanto exigir la concurrencia de dolo o negligencia y, por otro, la necesidad de que el sujeto activo del delito pueda ser motivado por la norma. El principio de culpabilidad en el ámbito de las sanciones administrativas aparece reconocido en países como Alemania, Italia, Portugal, Holanda, Bélgica y España pero su situación es más confusa en otros ordenamientos. Por ello mismo, el

²⁷² Sentencia del TPI de 28 de enero de 2009, *Centro Studi Antonio Manieri, Srl*, asunto T-125/06, no publicada. “Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, en el sentido del artículo 45 del Estatuto del Tribunal de Justicia, constan, además de un elemento objetivo, relativo a las circunstancias anormales y ajenas al interesado, de un elemento subjetivo relativo a la obligación, por parte del interesado, de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando medidas adecuadas, sin aceptar sacrificios excesivos. En particular, el interesado debe vigilar cuidadosamente el desarrollo del procedimiento y, en especial, acreditar haber actuado con diligencia a fin de respetar los plazos previstos (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, *Bayer/Comisión*, C-195/91 P, Rec. p. I-5619, apartado 32). Así, el concepto de fuerza mayor no se aplica a una situación en la que una persona diligente y perspicaz habría estado objetivamente en condiciones de evitar la expiración de un plazo para la interposición del recurso (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, *Ferriera Valsabbia/Comisión*, 209/83, Rec. p. 3089, apartado 22, y auto del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2005, *Zuazaga Meabe/OAMI*, C-325/03 P, Rec. p. I-403, apartado 25).

²⁷³ Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, *Pipeline Méditerranée et Rhône*, asunto C-314/06, Rec. 2007, p. I-12273

Derecho comunitario no impide la existencia de sistemas de responsabilidad objetiva en los ordenamientos nacionales.

Hoy en día, el principio de culpabilidad es reconocido en todo el Derecho comunitario. El artículo 5 del Reglamento 2988/95 reconoce el principio de culpabilidad como base de la irregularidad administrativa y como presupuesto de la sanción administrativa punitiva.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también prohíbe la responsabilidad por hechos ajenos²⁷⁴ en dos recursos contra la normativa suiza que permitía sancionar penalmente a los herederos por hechos cometidos por el causante, en concreto, evasión fiscal. Sin embargo, **el Tribunal de Estrasburgo no reconoce el principio de culpabilidad como derecho fundamental**, garantía de la libertad del ciudadano, e incluso admite la legitimidad de algunas hipótesis de responsabilidad objetiva, siempre que respeten la presunción de inocencia, que es la garantía procesal del principio de culpabilidad²⁷⁵.

Al mismo razonamiento se llegó con ocasión del estudio por el Tribunal de Justicia del artículo 392 del *Code des douanes* francés, que presume que un delito se ha cometido en virtud de la mera tenencia de los bienes prohibidos durante el paso por la aduana, sin la necesidad de probar el dolo o la negligencia del poseedor de los bienes. El Tribunal reconoce que, en primer lugar, que la presunción de inocencia no se aplica sólo en sede procesal, sino que también afecta al derecho material, pues de lo contrario, privaría al juez de su poder de valoración y vaciaría de contenido a la presunción de inocencia.

Por tanto, el TEDH, como ha afirmado el Abogado General Van Gerven en el caso *Hansen*²⁷⁶, admite restricciones al principio de culpabilidad *ex* artículo 6, siempre que sean conformes al principio de proporcionalidad y estén dentro de los “límites razonables” o, como ha dicho

²⁷⁴ Sentencias del TEDH de 29 de agosto de 1997, *E.L. y otros contra Suiza*, asunto 20919/92 y *A.P. y otros c. Suiza*, asunto 19958/92.

²⁷⁵ Sentencia del TEDH de 7 de octubre de 1988, *Salabiaku c. Francia*, asunto 10519/83. En el mismo asunto también analiza los artículos 369, 373, 392 ya mencionado y 399 del Código aduanero francés. El primero de ellos establece que el Tribunal no puede absolver a los transgresores por ausencia de dolo; el segundo que en cada procedimiento de confiscación de los bienes, corresponde a la persona a la que se han confiscado los bienes la carga de la prueba; el tercero deduce de la posesión de bienes de contrabando la responsabilidad por evasión aduanera; y el cuarto extiende las penas previstas para el autor del delito a quien hubiera participado en dicho delito.

²⁷⁶ En el caso *Hansen* se reconoce la legitimidad de la normativa penal de Dinamarca que prevé la responsabilidad objetiva para el empleador por las infracciones realizadas por sus dependientes (conductores de camiones que superaban los tiempos máximos de circulación en días de reposo). El Tribunal sostiene que la responsabilidad objetiva es admisible porque se corresponde con los intereses generales y resulta adecuada a la gravedad de la infracción cometida. Además, el Tribunal ha reconocido los efectos positivos, en términos de prevención general, que pueden derivarse de dicho tipo de responsabilidad y, insiste, siempre que no se vulnere el principio de proporcionalidad.

también el Abogado General Stix-Hackl en el caso *Käserei Champignon*²⁷⁷, no excluye sin más el establecimiento de figuras delictivas basadas en una responsabilidad objetiva, sino que únicamente la limita en aras del respeto de los derechos de defensa.

El Tribunal de Justicia admite también la responsabilidad objetiva en otras sentencias, aunque de modo ambiguo, y además parece que el TJCE reduzca el principio de culpabilidad de elemento fundamental del ilícito y la punibilidad a circunstancias a tener en cuenta para estimar la adecuación al principio de proporcionalidad de las formas de responsabilidad objetiva, esto es, comparando el interés perseguido con la sanción con el interés a la tutela de la libertad del ciudadano.

Por tanto, el Tribunal ha admitido la legitimidad de formas de responsabilidad objetivas previstas tanto en los ordenamientos de los Estados miembros como en el Derecho comunitario, en particular en el sector de las sanciones *sui generis*. Y en conclusión, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, en línea con la jurisprudencia del TEDH, se puede afirmar que **el principio de culpabilidad no reviste carácter de derecho fundamental en el ordenamiento comunitario**. Hecho confirmado además por la ausencia de dicho principio en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, una grave laguna absolutamente opuesta a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros en lo que el principio de culpabilidad se erige como derecho fundamental.

No obstante la tolerancia de la jurisprudencia comunitaria, ésta exige el control de la culpabilidad en el ámbito de la competencia. Así, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en el caso *Aalborg Portland* dice que el principio de la personalidad de las penas, que es complemento del principio de culpabilidad es un principio general de derecho, elaborado como límite al ejercicio del *ius puniendi* por las autoridades públicas. En virtud de este principio, sostiene el Abogado, no es admisible un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa²⁷⁸.

El Tribunal de Justicia también ha determinado los criterios para valorar la negligencia manifiesta como forma de culpa: hay que tener en cuenta la complejidad de las disposiciones reglamentarias

²⁷⁷ Conclusiones del Abogado General Stix-Hackl, en el affaire *Käserei Champignon*, asunto C-210/00. Sobre la cuestión, véase RIONDATO, S., "Principi dello Stato di Diritto tra natura "penale" e natura "non penale" della sanzione: colpevolezza, proporzionalità, non discriminazione (Nota CGCE 11 luglio 2002, casusa C-210/00)", en *Diritto penale e processo*, 2002, fasc. 11, p. 1433

²⁷⁸ Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, *Aalborg Portland*, asunto C-204/00 P

cuya no ejecución ha hecho surgir la obligación; la experiencia profesional del operador y la diligencia empleada.

Por otro lado, el principio de culpabilidad a nivel comunitario es confirmado por el reconocimiento de la categoría de la *inevitabilidad del error de prohibición*²⁷⁹, que excluye la culpabilidad y, por tanto, la sanción. En este sentido, el Abogado General Reishl, en las conclusiones del caso *Hoffman-La Roche* subraya la necesidad de reconocer el carácter de principio general del Derecho comunitario a la teoría de la doctrina relativa al error inevitable sobre el precepto. El error de prohibición es tomado en consideración por la jurisprudencia comunitaria cuando la Comisión suministra informaciones falsas o idóneas para inducir a error²⁸⁰ o cuando “la Comisión tolera por un largo periodo un comportamiento ilegítimo y quien actúa cree que lo hace correctamente²⁸¹”.

3.4.5.1. Concepto de dolo e imprudencia

Por tanto, y aunque el problema de la aceptación de la responsabilidad objetiva sea muy controvertido, la doctrina coincide en la exigencia de dolo o negligencia. Corresponde ahora analizar someramente el concepto de dolo que maneja la jurisprudencia comunitaria, pues de dicho concepto dependen diversos aspectos. Así, si se parte de un dolo natural debería admitirse con efectos diferenciados el error de tipo y el de prohibición, cosa que no debería ocurrir si se parte de un concepto de dolo malo, de acuerdo con lo establecido por la moderna dogmática penal²⁸².

Desde la sentencia *Miller*²⁸³ el TJCE parece decantarse por un concepto de dolo natural cuando dice que “poco importa saber (a efectos de constatar el dolo) si el apelante tenía o no conciencia de enfrentarse a la prohibición del artículo 85 de la ley”. Dicha opinión es ratificada por la sentencia *BMW*²⁸⁴ y por el Abogado General Warner, que en la sentencia *Miller* y en la *BMW* se decanta por el concepto de dolo admitido por el Tribunal. Sin embargo, el Abogado General Mayras, en la sentencia *General Motors* se muestra partidario de la teoría contraria, en tanto que interpreta que la expresión “*de propósito deliberado*” del artículo 15 del Reglamento 17 “*implica*

²⁷⁹ Véase el apartado II.3.4.5.2

²⁸⁰ Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker unie y otros*, asunto reunidos 41-48, 50, 54-56, 111, 113 y 114/73, Rec. 1975, p. 1663

²⁸¹ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1987, *Ferriere San Carlo*, asunto 344/85, Rec. 1987, p. 4435

²⁸² NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 190

²⁸³ Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 1978, *Miller c. Comisión*, asunto 19/77, Rec. 1978, p. 153

²⁸⁴ Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium*, asunto 32/78, Rec. 1979, p. 2480

*necesariamente que el autor de la infracción ha actuado de manera intencional, con la voluntad de cometer una acción que él sabía ilegal, prohibido por el Tratado, y con conciencia de las consecuencias ilícitas de su comportamiento*²⁸⁵”.

En el asunto Miller el Tribunal acoge el concepto de *dolo natural*, aunque lo hace como la forma más fácil de refutar las alegaciones del procesado, que alegaba que su comportamiento no era doloso sino negligente, pues desconocía, incluso tras consultar a un abogado, que su acción quedaba prohibida por el Derecho comunitario. Dicho dato convence parcialmente a la Comisión, que se abstiene de apreciar dolo, “o al menos dolo de primer grado”. Por su parte, el Abogado General Warner implícitamente parece acoger la postura del Tribunal, pero de forma consecuente, esto es, admitiendo relevancia al error (buena fe). Así, señala que cuando alguien profano actúa ilícitamente, bajo el asesoramiento de un jurista cualificado, el hecho debe ser tenido en cuenta, si no para eximir totalmente de responsabilidad, sí al menos en ausencia de *mala fe* para atenuar la sanción. De este posicionamiento parece que deba acogerse el dolo natural, otorgando al desconocimiento de la antijuricidad, cuando es evitable, los efectos prescritos por la teoría de la culpabilidad: atenuación de la sanción dolosa. Finalmente, se manifiesta con claridad a favor del concepto de dolo mantenido por el TJCE en el caso *BMW*.

En cuanto al contenido del dolo, según la jurisprudencia anterior, parece que consiste tanto en conocer todos los elementos típicos, como en querer su realización. Elementos típicos que como se desprende de la lectura tanto del artículo 81 como del 82 TCE son en su totalidad normativos.

La jurisprudencia más reciente del TJCE, representada entre otras por la sentencia *Nea Energeiaki Technologia*²⁸⁶, define el dolo como “*cualquier comportamiento que trate de producir o de reforzar una impresión o una percepción erróneas de la realidad mediante la presentación de hechos falsos como reales o mediante la ocultación de hechos reales o incluso mediante la revelación tan sólo parcial de hechos reales [...]*”. Además, se señala que el dolo “[...] *consiste en su intencionalidad, a saber, en el conocimiento o, por lo menos, en la conciencia de que su comportamiento tiene un carácter engañoso, así como en la aceptación de las consecuencias del engaño. De ello se desprende que el concepto de dolo excluye la negligencia, aunque sea grave, del autor*”.

En cuanto a la imprudencia, la formulación más completa es la del Abogado General Mayras en la ya citada sentencia *General Motors*, donde dice que existe imprudencia tanto cuando se

²⁸⁵ Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors*, asunto 26/75, Rec. 1975, p. 1389

²⁸⁶ Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2002, *Comisión c. Nea Energeiaki Technologia*, asunto C-416/98, Rec. 2002, p. I-1759

desconozca la prohibición del hecho, como cuando no se conozcan las consecuencias de la acción, de forma que una persona normalmente inteligente o atenta las habría podido conocer. A pesar de esto, no cabe la *imprudencia iuris*. Por otro lado, la Comisión habla de imprudencia grave y de imprudencia simple, aunque sin definir qué se debe entender por tales conceptos.

La jurisprudencia reciente analiza los conceptos de *imprudencia temeraria* y *negligencia grave* con ocasión de recursos planteados contra la Directiva 2005/35/CE²⁸⁷. El concepto de *imprudencia temeraria* del artículo 4 de la Directiva 2005/35 debe interpretarse en el sentido de que un acto con imprudencia temeraria exige tener conocimiento de que con toda probabilidad iba a producirse una avería y en cuanto a la *negligencia grave*, describe un incumplimiento muy grave de la obligación de diligencia. Sin embargo, para que exista negligencia grave no es absolutamente necesario el conocimiento de que con toda probabilidad iba a producirse una avería.

El concepto de negligencia grave puede interpretarse de manera restrictiva en el sentido de que no exceda del Marpol 73/78²⁸⁸. Como demuestra un estudio del servicio de investigación del Tribunal de Justicia, la actuación con imprudencia temeraria a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería, como exige el Marpol 73/78, se considera en muchos ordenamientos jurídicos una forma de negligencia grave, que es la que la Directiva 2005/35 fija como criterio de responsabilidad. En Alemania probablemente se hablaría de *bewusste grobe Fahrlässigkeit* (culpa grave consciente). Por lo tanto, el incumplimiento muy grave del deber de diligencia, necesario para que exista negligencia grave, puede limitarse al comportamiento imprudente a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería en el sentido del anexo I, regla 11, letra b), inciso ii), y del anexo II, regla 6, letra b), inciso ii), del Marpol 73/78.

3.4.5.2. El error

En la práctica comunitaria se ha hablado de multitud de clases de error, tanto de tipo como de prohibición (aunque este último no esté reconocido jurisprudencialmente en todos los Estados,

²⁸⁷ Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, DO L 255 de 30.9.2005, pp. 11-21

²⁸⁸ El Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques o MARPOL 73/78 es un conjunto de normativas internacionales con el objetivo de prevenir la contaminación por los buques. Fue desarrollado por la Organización Marítima Internacional (OMI), organismo especializado de la ONU. El convenio MARPOL 73/78 (abreviación de polución marina y años 1973 y 1978) se aprobó inicialmente en 1973, pero nunca entró en vigor. La matriz principal de la versión actual es la modificación mediante el Protocolo de 1978 y ha sido modificada desde entonces por numerosas correcciones. Entró en vigor el 2 de octubre de 1983. Actualmente 119 países lo han ratificado. Su objetivo es preservar el ambiente marino mediante la completa eliminación de la polución por hidrocarburos y otras sustancias dañinas, así como la minimización de las posibles descargas accidentales.

especialmente en aquellos donde rige el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento). Dado que en Derecho comunitario no hay diferenciación entre culpabilidad y antijuridicidad, la casi totalidad de elementos son normativos y las sanciones son impuestas tanto a título de culpa como de dolo, la distinción entre error de tipo y de prohibición no es relevante, pues todo error se imputa a título de imprudencia o bien se tiene en cuenta a la hora de imponer la sanción.

El error que más claramente podría calificarse como de tipo en el Derecho de la competencia comunitario es el que recae sobre el resultado: la afectación del comercio entre los Estados miembros. Pero ni siquiera la “afectación del comercio entre los distintos Estados miembros” es un elemento descriptivo, pues la Comisión y el Tribunal requieren que dicho acuerdo tenga un efecto sensible sobre la competencia.

El resto de los posibles supuestos se produce sobre elementos normativos, como por ejemplo el error sobre la *posición dominante en el mercado* o el concepto de *empresa* o *acuerdos entre empresas*. Incluso se habla de *error sobre los presupuestos de una causa de justificación*²⁸⁹. Uno de los casos más evidentes de error de prohibición se da en la sentencia *Johnson & Johnson*²⁹⁰. Las empresas sancionadas, de nacionalidad estadounidense alegaron simplemente desconocer que sus acuerdos estaban prohibidos por el ordenamiento comunitario. La Comisión acogió el concepto de dolo natural e indicó que no es necesario que la empresa conozca que su actuación queda prohibida por el artículo 81 TCE [entonces art. 85 TCEE], sino que basta para afirmar el dolo con que la empresa sepa que su actuación restringe la competencia en el mercado europeo.

En conclusión, y a la vista de la jurisprudencia sobre el tema, puede decirse que tanto la Comisión como el Tribunal no suelen dar demasiada relevancia a las alegaciones de error, salvo cuando ha sido provocado por la propia Comisión y en el caso de prácticas sancionadas por primera vez. El listón de evitabilidad del error, por tanto, está situado a gran altura. Además, la praxis comunitaria ha sido respetuosa con el principio de igualdad, según el cual exige un gran conocimiento del Derecho a grandes y veteranas empresas, pero no tanto si se trata de empresas de reducidas dimensiones o con poca experiencia en el mercado.

²⁸⁹ Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, asunto 27/76, Rec. 1978, p. 207

²⁹⁰ Decisión 80/1283/CEE de la Comisión, de 25 de noviembre de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29702 - Johnson & Johnson), DO L 377 de 31.12.1980, pp.16-27

Cuando se aprecia la existencia del error puede dar lugar en unos supuestos a la imputación a título de imprudencia, pero lo más usual es tener en cuenta el error como criterio de graduación de las sanciones, considerando de menor gravedad los casos en que la empresa no es consciente de la ilicitud de su acción

3.4.5.3. La infracción continuada en Derecho comunitario

Dice el Abogado General Cosmas en el asunto C-49/92 P²⁹¹ que el delito continuado, aun cuando se asemeja al «delito continuo» en una serie de aspectos (comienzo e interrupción de la prescripción, acción penal única, pena única), no es idéntico a éste; representa una forma intermedia entre el delito instantáneo y el delito continuo. Para ser exactos, se trata de infracciones continuas reiteradas, que presentan elementos de continuidad y unidad. Por ello, los términos «infracción continuada» son jurídicamente más exactos que los de «infracción única».

La Comisión ha recurrido en ocasiones a una estructura similar al delito continuado, la infracción continuada. Es preciso señalar que ya de por sí las infracciones contra la competencia suelen ser delitos permanentes, es decir, que un pacto anticompetitivo celebrado en 1960 puede seguir en vigor en nuestros días²⁹². Uno de los primeros asuntos en los cuales se aplicó el delito continuado por parte de la Comisión fue el caso *Geigy*²⁹³: los hechos que dieron lugar a la sanción fueron tres alzas sucesivas de precios en 1964, 1965 y 1967, las cuales constituían para la Comisión una “práctica concertada continuada” de 1964 a 1967, pues podía apreciarse un *lien de continuité* entre ellas.

Tanto la defensa de la empresa como la Comisión parten de la necesidad para apreciar el delito continuado de un dolo conjunto. La empresa aduce que la Comisión debería haber demostrado desde el primero de los acuerdos la intención por parte de las empresas de acometer sucesivas alzas de precios, cosa que para la empresa resulta poco menos que imposible, pues las exigencias económicas hacen muy difícil que puedan elaborarse este tipo de previsiones infractoras. La Comisión, por su parte, sale del paso de estas objeciones, pero dentro de las exigencias del dolo

²⁹¹ Conclusiones del Abogado General Cosmas en el asunto C-49/92 P, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Participazioni SpA*. Sobre el concepto de «infracción continuada» (infracción continuée), véase Stephani, G., Levasseur, G. y Bouloc, B.: *Droit pénal général*, 15.ª edición, Dalloz, París, 1994, pp. 118 y ss

²⁹² Hay casos de acuerdos antiquísimos, como es el caso de las empresas Solvay e ICI, en el sector de la sosa cáustica, que venían realizando acuerdos anticompetitivos desde 1870, en que realizaron el primero de ellos. El segundo fue realizado en 1945 y estuvo vigente hasta 1972 cuando al ingresar el Reino Unido en la CEE, ICI decidió ponerle fin. A partir de entonces, las empresas suprimieron los acuerdos escritos para pasar a realizar una práctica concertada, consistente en que sus directivos se entrevistan periódicamente y allí se informan de sus distintas actuaciones.

²⁹³ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, *Geigy*, asunto 52/69, Rec. 1972, p. 787

conjunto, indicando que si bien las empresas no sabían concretamente cuando debían subir los precios, sí que desde un primer momento quedaba implícito entre ellas realizar acuerdos, destinados a realizar una elevación de precios, cuando la situación económica así lo requiriese.

A pesar de todo, el Tribunal no se detiene a elaborar una estructura del delito continuado, aunque su papel haya sido importante reduciendo las multas impuestas por la Comisión en los casos en que no ha quedado suficientemente acreditada la participación de una empresa en un acuerdo restrictivo. La jurisprudencia más reciente del Tribunal sólo se limita a decir que si bien el concepto de infracción continuada tiene un contenido algo diferente en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, implica, en cualquier caso, una **pluralidad de comportamientos infractores, o de actos de ejecución de una sola infracción, reunidos por un elemento subjetivo común**²⁹⁴.

En cualquier caso, debemos tener claro que todo lo antedicho se refiere al campo del Derecho sancionador administrativo. Si nos adentramos en el campo del Derecho penal, sustancialmente de competencia de los Estados, la institución está mucho más desarrollada y tasada, de modo que, en el Derecho penal español, no cabría admitir en delito continuado en los Delitos contra la Hacienda comunitaria del artículo 305.3 CP, pero sí que es admitido en los artículos 306 y 309, con las consiguientes consecuencias que ello conlleva para otras instituciones como, por ejemplo, la prescripción del delito.

3.4.6. Autoría y participación

La autoría y la participación son una de las partes más oscuras de la pretendida Parte General del Derecho sancionador comunitario: la autoría de la persona jurídica en el Derecho comunitario presenta diversos problemas, entre otros, determinar el círculo de personas cuya actuación debe dar lugar a las personas jurídicas o, por ejemplo, la cuestión de la determinación de la autoría dentro de los grupos de empresas, cuando entre sus componentes existen relaciones de subordinación.

El artículo 7 del reglamento 2988/95 recoge los sujetos destinatarios de las medidas y sanciones comunitarias, que son las personas físicas o jurídicas, y a las demás entidades a las cuales el Derecho nacional reconozca capacidad jurídica, que hayan cometido la irregularidad, así como a

²⁹⁴ Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Montecatini*, asunto C-235/92 P, Rec. 1999, p. I-4539

los partícipes, las personas responsables y los encargados de evitar la infracción. Destaca la posibilidad de ser sancionadas las personas jurídicas, en base a una praxis bastante difusa en el sistema sancionador comunitario y de conformidad con las previsiones de los ordenamientos nacionales que disponen de una disciplina autónoma del ilícito administrativo, como es el sistema de las *Ordnungswidrigkeiten* alemán²⁹⁵.

Así pues, el artículo 7 prevé la aplicación de sanciones administrativas directamente a personas jurídicas, lo cual, según el artículo 5 del mismo reglamento supone admitir la culpabilidad de éstas, siendo necesario determinar a qué tipo de culpabilidad nos referimos. La Comisión parece que acoge una forma de responsabilidad autónoma de las empresas, que presenta la estructura de una responsabilidad por la organización culpable por no haber impedido o prevenido la realización de ilícitos; la jurisprudencia comunitaria habla de la noción de culpa propia de la empresa que prescinde de los comportamientos objetivamente ilegítimos cometidos por sus colaboradores²⁹⁶.

Como dice el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del asunto *Volkswagen*, “[...] Si, para constituir la infracción, efectivamente hubiese de determinarse, en el seno de una empresa, el o los individuos a quienes pueda imputarse tanto la conducta ilegal como la voluntad o la culpa infractora, no se estaría equiparando la persona jurídica a la física; se le estaría reconociendo a la primera una casi perfecta impunidad, ya que bastaría con que las órdenes ejecutivas proviniesen siempre de personas sin conocimientos jurídicos particulares para que fracasase toda acusación”. La Comisión sostiene que todos los actos de las personas autorizadas a actuar por cuenta de las empresas deben ser imputados a éstas últimas. El mismo proyecto de Reglamento 2988/95 recogía que los grupos o asociaciones de personas físicas o jurídicas responden de las irregularidades, aún cuando dicha irregularidad ha sido cometida por una persona física que ha actuado por su cuenta y que ejercita un poder de decisión legal, delegado o de hecho: la ausencia de dicha precisión subraya el carácter autónomo de la responsabilidad de la persona jurídica.

²⁹⁵ En el ordenamiento alemán es posible aplicar una sanción pecuniaria, contemplada por el § 30 OWiG, contra las personas jurídicas o asociaciones jurídicas a causa de un ilícito del cual han sacado un provecho, y tal sanción no se impone con el sistema de montantes diarios, si no en función del provecho obtenido, absorbiendo así la función de la *Gewinnabschöpfung*. En esta misma línea, el Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: proyectos de ley, de núm. 119-1, de 15 de enero de 2007), admite la responsabilidad de las personas jurídicas. Dicha responsabilidad se dota de ciertas garantías, como descartar la posibilidad genérica de imputación en cualquier clase de delito a favor de un sistema de incriminación específica, orientado sobre todo al Derecho penal económico.

²⁹⁶ Sentencia del TJCE de 28 de septiembre de 2003, *Volkswagen AG*, asunto C-338/00 P, Rec. 2003, p. I-9189

En particular, la dogmática desarrollada por las *Ordnungswidrigkeiten* se aplica en el Derecho comunitario, donde la Comisión y el Tribunal de Justicia imputan a las empresas y a las asociaciones el comportamiento y la responsabilidad de todas las personas físicas que han actuado por ellas, sean trabajadores, delegados o agentes externos, siempre que la violación de las obligaciones de los directivos de la persona jurídica haya posibilitado o facilitado los ilícitos realizados²⁹⁷. Se acoge, por tanto, la teoría organicista en base a la cual es posible imputar a la persona jurídica los hechos realizados por las personas físicas que actúan por cuenta de la empresa, aunque de la jurisprudencia comunitaria no se deducen claramente cuáles son los criterios de imputación. Por tanto, no importa tanto quién ha actuado ni que sea culpable, sino que se hayan incumplido las “obligaciones de organización, diligencia, de prevención o de control” de la empresa o asociación, hecho que constituye el núcleo del reproche normativo.

Se acoge, por tanto, una noción de culpabilidad en sentido normativo en base a la cual la persona jurídica es responsable por no estar a la altura del ordenamiento jurídico, no siendo capaz de activar en su interior los mecanismo de dirección y de control dirigidos a impedir la consumación de ilícitos.

La Comisión aplica estándares de culpabilidad muy rigurosos, imponiendo a las empresas obligaciones de información relativas, sobre todo, al derecho de la competencia. Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se entiende que para imputar el hecho es suficiente que las personas físicas dirigentes de la empresa supieran o hubieran debido saber del ilícito, aunque no lo hubieran realizado directamente. Se trata de una forma de responsabilidad culposa de la persona basada en paradigmas de control de la organización, y en particular en la estructura interna de prevención de los comportamientos ilegales.

En consecuencia, la Comisión y el Tribunal de Justicia asumen una postura muy rigurosa sobre el error de tipo cuando el autor del ilícito sea una empresa, pretendiendo no sólo el conocimiento del supuesto de hecho sino también de su significado (*Bedeutungskennntnis*), con referencia a los elementos normativos (por ejemplo el concepto de abuso de posición dominante) y considerando el comportamiento culposo siempre que falte dicho conocimiento. El error se valora, pero como elemento idóneo para disminuir la gravedad de la culpa y, por tanto, de la cuantía de la sanción. Además, en casos de pequeñas empresas, en ocasiones se renuncia a la aplicación de la sanción en virtud del principio de oportunidad; en presencia de un error, de hecho, normalmente se aplican sanciones formales o multas de escasa entidad.

3.4.6.1. Las personas responsables: coautor, inductor y cómplice

²⁹⁷ Sentencia del TJCE de 78 de junio de 1983, *Musique Diffusion française*, asunto 100/80, Rec. 1983, p. 1903

Es jurisprudencia constante que “... en atención a la naturaleza de las infracciones a las normas comunitarias de competencia, así como a la naturaleza y gravedad de las sanciones correspondientes, la responsabilidad por la comisión de dichas infracciones tiene un carácter personal²⁹⁸”. Debemos preguntarnos qué ocurre en caso de **coautoría**. El Tribunal considera que el mero hecho de que cada empresa participe en la infracción de diferentes maneras o en diferentes momentos no excluye su responsabilidad por el total de la infracción. El juez hace una interpretación propia del principio de responsabilidad personal para cada una, y dicha solución “no está en contradicción con el principio según el cual la responsabilidad de tales infracciones tiene un carácter personal. En efecto, obedece a una concepción muy extendida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros relativa a la imputación de la responsabilidad de las infracciones cometidas por varios autores en función de su participación en el conjunto de la infracción, concepción que, en dichos sistemas jurídicos, no se considera contraria al carácter personal de la responsabilidad²⁹⁹”.

La cuestión de la responsabilidad solidaria para el pago de la multa se regula en la caso *Metsä-Serla*³⁰⁰. Ciertas empresas alegaban que el artículo 15 del Reglamento 17/62 no habilitaba a la Comisión para imponer a una empresa la responsabilidad del pago de una multa impuesta a otra empresa, pues ello implicaría una responsabilidad por hechos ajenos que no casaría con el principio de responsabilidad personal del Derecho comunitario. La Comisión alegó que se trataba de una unidad económica que permitía condenar solidariamente a todos los responsables. El TPI interpretó que “puede declararse a una empresa solidariamente responsable con otra empresa en relación con el pago de una multa impuesta a esta última, que ha cometido una infracción deliberadamente o por negligencia, a condición de que la Comisión demuestre, en el mismo acto, que dicha infracción podría haberse imputado asimismo a la empresa que debe responder solidariamente de la multa³⁰¹”.

Y lo mismo nos podemos plantear con la imputabilidad de la sociedad matriz respecto a las infracciones cometidas por sus filiales. En el asunto *ICI* se dice que “el hecho de que la sociedad filial tenga personalidad jurídica distinta de la sociedad matriz no basta para excluir la posibilidad de imputar a esta última el comportamiento de la primera, hecho que se puede verificar en tanto

²⁹⁸ Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Comisión c. Anic*, asunto C-49/92P, *Réc.* 1999, p. I-4125, ap. 1 y sentencia del TPI de 14 de diciembre de 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros*, asuntos reunidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Rec.* 2006, p. II-5169

²⁹⁹ *Ibidem*, ap. 84

³⁰⁰ Sentencia del TPI de 14 de mayo de 1998, *Metsä-Serla*, asunto T-339/94, *Rec.* 1998, p. II-1727

³⁰¹ *Ibidem*, índice

*que la filial, aun teniendo personalidad jurídica distinta, no decide de modo autónomo cuál debe ser su comportamiento sobre el mercado, sino que aplica en sustancia las directivas impuestas por la sociedad matriz*³⁰²”.

Por otro lado, en el Derecho comunitario es frecuente hablar de **inducción, participación y de complicidad**. El uso de estos tres términos puede parecer superfluo, ya que el término más amplio “participación” engloba a todos. Pues bien, estos comportamientos propios del Derecho penal son tomados en consideración dentro de los actos del Título VI del TUE. Una de las cláusulas estándar es que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sea punido el hecho de incitar a cometer las infracciones tipificadas por el texto, así como la participación, la complicidad o la mera tentativa³⁰³. El mismo artículo 7 del Reglamento 2988/95 establece que las sanciones podrán imponerse a las personas que hayan participado en la realización de la irregularidad, así como a las obligadas a responder de la irregularidad o a evitar que sea cometida.

3.4.6.2. La tentativa

Poco cabe decir de la tentativa, más que es la actividad tendente a la perpetración de una infracción, caracterizada por el inicio de la ejecución y su suspensión de modo involuntario. En derecho de la competencia la tentativa está castigada, *ex* artículo 81 TCE, que sanciona toda práctica restrictiva que tenga “por objeto o por efecto...”

3.4.6.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

Tratar la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho comunitario excede del objeto de esta tesis, con lo que me remito a las breves pinceladas dadas sobre la cuestión en el punto I.2.2.1.1, relativo a las sanciones del Derecho de la competencia

³⁰² Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, *ICI*, asunto 48/69, Rec. 1972, p. 619, *aps.* 132 y 133

³⁰³ Véase, entre otros, el artículo 2 de la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres, DO L 203, de 1.8.2002, p. 1

II. La [difícil] armonización en materia de sanciones

1. Evolución legislativa

1.1. La protección de los intereses comunitarios

Los orígenes de la protección de los intereses comunitarios se remontan a 1962, cuando la Comisión constituyó un grupo de trabajo presidido por el penalista holandés Willem C. Van Binsbergen, cuyo cometido era elaborar un anteproyecto de Convenio entre los Estados miembros sobre investigaciones y represión de las infracciones comunitarias, formular un Proyecto de “Estatuto penal” de los funcionarios comunitarios³⁰⁴ y hacer un estudio sobre el tratamiento que dan los Estados miembros a las infracciones comunitarias. El fruto de este grupo fue el “*Proyecto de Convenio General*”³⁰⁵, con un marcado carácter penal, ámbito general y compuesto por cinco títulos.

Dicho convenio regulaba la competencia jurisdiccional de los Estados miembros para el castigo de las infracciones comunitarias, fijando incluso una jerarquía de dichas competencias con el fin de evitar la pluralidad de procedimientos sobre el mismo hecho. Además, contenía algunas disposiciones en materia de cooperación en la investigación de hechos punibles, previendo que los funcionarios de un Estado miembro pudieran, bajo ciertas condiciones, ejercer sus funciones en otro Estado. También se ocupaba de los clásicos problemas de la asistencia judicial y establecía ciertas normas para la ejecución de sentencias penales en un Estado miembro distinto del que las dictara.

En ese mismo año 1966 los trabajos se suspendieron cuando la delegación francesa se retiró alegando un presunto alejamiento del Proyecto de Convenio respecto al ámbito de aplicación de los Tratados. En concreto se oponían a que “...el Proyecto estableciera una reglamentación destinada a impedir la apertura de una pluralidad de procedimientos paralelos en otros tantos

³⁰⁴ Como dice el Sexto Informe General sobre la Actividad de las Comunidades en 1972, Bruxelles-Luxembourg, 1973, p. 83, en 1972 se llegó a un acuerdo entre los expertos de los seis Estados miembros originarios en orden a una reglamentación común. Tras la ampliación de las Comunidades (con la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido), la Comisión presentó un informe a la Conferencia de representantes de los Estados miembros-Ministros de Justicia de noviembre de 1974, siendo invitada a proseguir los trabajos con el fin de alcanzar con prontitud un texto definitivo. La Comisión presentó el 10 de enero de 1976 un Proyecto de reglamentación común sobre responsabilidad penal y tutela penal de los funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas, DO C 222, de 22.09.1976, pp. 13 y ss. Sin embargo, el Consejo dejó provisionalmente aplazado el Estatuto penal de los funcionarios comunitarios. La regulación actual sobre la cuestión la constituye el Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996, DO C 316, de 27.11.1995, p. 49, que entró en vigor de forma general y para España el 17 de octubre de 2002, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2003.

³⁰⁵ Como apunta GRASSO, G. en *Comunidades Europeas...*, p. 229, la expresión Convenio General es empleada por la Comisión en su contestación a la pregunta presentada por Vredeling, publicada en el DO C 6 de 22.01.1969, pp. 1-2

Estados miembros por el mismo hecho –lo que hubiera excluido en algunos casos la competencia del Estado del «*locus commissi delicti*»- y [a] la inclusión de una regulación para la ejecución de sentencias extranjeras³⁰⁶». Los franceses, siempre recelosos de proteger su soberanía nacional vieron en este proyecto una amenaza a ésta. Estos hechos obligaron a la Comisión a abandonar la idea de un sistema penal general.

Gracias al trabajo de la Comisión se llegó a la declaración de los Ministros de Justicia de los Estados miembros reunidos en Luxemburgo el 3 de junio de 1971 por la que decidían “estudiar con presteza los problemas inherentes a la prevención y sanción de infracciones, así como [el] control y asistencia de los Estados miembros, en aquellas materias que son objeto de reglamentos, directivas y decisiones de las Comunidades”. En la misma declaración afirmaban que “Estos trabajos afectan de manera prioritaria a los sectores fiscal y aduanero, así como al de la agricultura y productos alimenticios”.

Por otro lado, también el Parlamento Europeo se interesó por las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho penal. En 1969, la Comisión jurídica del Parlamento estuvo encargada de la elaboración de un Informe sobre el Derecho Penal de la Comunidad³⁰⁷. En 1974, el Informe “De Keersmaeker”, conocido por el nombre de su redactor, habló de la necesidad de proteger los intereses financieros de la CE³⁰⁸. El 10 de febrero de 1977 el Parlamento Europeo adoptó una resolución “Relación sobre la correlación entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal³⁰⁹”: el Parlamento hizo hincapié en que la Comunidad debía dirigir sus miras a un acercamiento de ambos Derechos, sobre todo cuando se trate de infracciones al Derecho comunitario y, en particular, siempre que se cuestione la protección de los intereses financieros.

1.2. Primeras iniciativas legislativas para la protección de los intereses financieros

La protección de los intereses financieros como tal aparece con el “Proyecto de Tratado que modifica los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas en orden a la adopción de una reglamentación común para la tutela penal de los intereses financieros de las Comunidades así

³⁰⁶ GRASSO, G., *Comunidades europeas...*, p. 230

³⁰⁷ Proyecto de una memoria sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal, de 8 de julio de 1969, elaborado por Boertien, Doc. PE 22504

³⁰⁸ Parlamento Europeo, Documentos de trabajo 1976-1977, «Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit penal». Para más información, véase VERVAELE, J.A.E., *Fraud against the Community. The Need for European Fraud Legislation*, Kluwer, 1992, pp. 75 y ss.

³⁰⁹ DO C 57, de 7 de marzo de 1977, pp. 5 y ss.

como la represión de las infracciones a lo dispuesto de dichos Tratados³¹⁰". Dicho proyecto abarcaba la protección de los intereses de las Comunidades (incluidos los no financieros) y la represión de toda infracción de toda normativa comunitaria (derecho primario, derecho secundario y normativa de los Estados miembros de ejecución de los anteriores).

El fundamento jurídico de dicho proyecto eran los artículos 236 del Tratado CEE y en los preceptos correspondientes de los Tratados CECA y EURATOM (artículos 96 y 204, respectivamente), relativos al procedimiento para la modificación de Tratados. La normativa propuesta se inscribía en el seno del Derecho comunitario *stricto sensu*, garantizándose así la aplicación a la misma de las disposiciones relativas a la interpretación, a la autoridad y a los efectos propios de éste último.

Dicho proyecto no prevé la creación de un sistema penal comunitario autónomo (tal como hubiera preferido el Parlamento Europeo), sino que configuró un *"instrumento simple y flexible, perfectamente utilizable en el marco de las estrechas y especiales relaciones entre los Estados miembros de la Comunidad"*, con el fin de resolver *"las dos lagunas existentes, debidas a la ausencia en algunos Estados miembros de órganos judiciales competentes para las infracciones comunitarias cometidas fuera de su territorio, así como de preceptos penales nacionales con aptitud para garantizar la protección de los fondos europeos"*³¹¹.

Con tal fin, el Proyecto abandona el principio de territorialidad comunitaria, empleando un instrumento previsto ya en algunas Convenciones del Consejo de Europa que genera la extensión tanto de la esfera de aplicación de la ley penal como del ámbito jurisdiccional de los Estados miembros". Eso sí, la extensión de la efectividad de la ley y de la jurisdicción no es ilimitada, quedando supeditada a una serie de limitaciones: en el ámbito penal, los hechos deben comprenderse dentro del ámbito de aplicación de la ley penal de los otros Estados miembros; y en la vertiente procesal, ésta queda limitada por varias condiciones de procedibilidad (requerimiento de otro Estado miembro y presencia o residencia del imputado en el territorio nacional).

La técnica legislativa utilizada es la asimilación: *"Cada Estado miembro aplicará a los fraudes cometidos en perjuicio de los fondos comunitarios sus propias disposiciones penales que tutelen,*

³¹⁰ Parlamento Europeo, documentos de sesión, 1978-1979, doc. 498/78, 3 de enero de 1979 y DO C 222, de 22.09.1976, pp. 2 y ss.

³¹¹ Documento COM (76) 418 final, de 30 de julio de 1976, p. 3

*contra fraudes análogos, el propio dinero público nacional*³¹²: las normas del tratado adquieren una directa –o mediata- función incriminatoria ya que, mediante la integración en las normas penales nacionales ya existentes, darían vida a nuevos tipos delictivos castigando conductas anteriormente impunes.

En resumen, aunque el Proyecto que estudiamos (junto al Proyecto de Tratado relativo a la responsabilidad y a la tutela penales de los funcionarios de las Comunidades) renuncia a la creación de un auténtico sistema penal, supone la introducción en el ordenamiento comunitario de una serie de normas dotadas de relevancia penal. Las disposiciones de los Tratados (una vez desarrolladas) adquirirían en los sistemas penales de los Estados miembros una específica *función punitiva*, implicarían una extensión de la esfera de aplicación de la ley penal de los Estados miembros imponiendo a éstos determinados deberes de cooperación en materia penal de mayor intensidad que en el pasado. O lo que es lo mismo, configuraría un *Derecho comunitario penal*³¹³, es decir, un conjunto de normas propias del Derecho comunitario de las que se derivarían efectos penales.

Ya en 1953 la doctrina alemana decía que “...cuando una comunidad supranacional tiene competencia penal requiere desde un principio bien de un derecho material, penal y de jurisdicción constitucional, o bien habrá de conformarse durante un período transitorio con la aplicación del derecho de los Estados miembros. En ambos casos se necesitará el trabajo en común de los juristas de los Estados miembros, ya que, aunque se escoja el camino más sencillo y se aplique temporalmente sólo el derecho nacional, habrá mucho que adaptar y armonizar a las nuevas relaciones³¹⁴”. En el horizonte de una evolución institucional de las organizaciones internacionales nacidas con los Tratados de París y Roma, queda el proyecto de crear un auténtico sistema penal de las Comunidades, un objetivo que el mismo autor dijo que hubiera debido ser la tarea de toda una generación de penalistas. Previsión que quedó como demasiado optimista a la luz de la evolución histórica.

³¹² Documento COM (76) 418 final, de 30 de julio de 1976, nota 22, p. 5

³¹³ GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 270

³¹⁴ JESCHECK, H.H., *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, ZStW 1953, pp. 497 y 517

1.3. El Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el fraude: el tercer pilar

1.3.1. Marco jurídico general de la lucha contra el fraude. El deber de cooperación leal

El deber de cooperación leal, un principio estructural básico en un sistema que, como el comunitario, es descentralizado, conlleva repercusiones importantes en la lucha contra el fraude. Como se vio en el punto I.1.3.1., la sentencia del maíz griego³¹⁵ supuso un avance importante en la configuración de la protección de los intereses financieros de la Comunidad. Recordemos que el Tribunal de Justicia no sólo deduce del artículo 5 TCE el deber de los Estados miembros de sancionar las violaciones de la normativa comunitaria en este campo [subvenciones], sino que subraya –por un lado- la exigencia de que esas infracciones sean sancionadas en condiciones materiales y procesales análogas a las infracciones nacionales de “naturaleza e importancia similares” y –por otro lado- que dichas sanciones tengan siempre y en todo caso un carácter efectivo, proporcional y disuasorio³¹⁶.

La relevancia de esta obligación de eficacia es innegable y tiene consecuencias inmediatas en las sanciones que adopten los Estados. En todo caso, resulta claro que puede limitar la discrecionalidad de la que goza el legislador en virtud de la mera asimilación. Mientras el principio de asimilación impone una obligación de medio clásica, respetuosa de la autonomía institucional y procedimental de los Estados, el de eficacia impone un complemento, una obligación de resultado que exige que la represión nacional sea efectiva³¹⁷.

En noviembre de 1990 se creó en el marco de la cooperación judicial para prestar asistencia al Comité K4³¹⁸ un grupo *ad hoc* del Consejo, el llamado “Grupo Derecho Penal/Derecho Comunitario”, encargado de estudiar la protección jurídica de los intereses financieros de las Comunidades. Y del Consejo de 13 de noviembre de 1991 salió una Resolución³¹⁹ sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades. En ella hace hincapié en que la lucha

³¹⁵ Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. República Helénica*, Asunto 68/88, Rec. 1989 p. 02965

³¹⁶ GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 20

³¹⁷ LABAYLE, H.: “La protection des intérêts financiers de la Communauté”, *Europe*, marzo, 1995, p. 3.

³¹⁸ El artículo K4 del Tratado de Maastricht establece un Comité de Coordinación, llamado Comité K4, un grupo de altos funcionarios cuya función es formular dictámenes emitidos al Consejo, a petición de éste o por iniciativa propia, así como a la preparación de los trabajos del Consejo en las materias a que se refiere al artículo K.1 (actual título IV TCE y TFUE) así como en las materias contempladas en el artículo 100 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en las condiciones establecidas por el artículo 100 D de dicho Tratado

³¹⁹ DO C 328, de 17.12.1991, pp. 1-2

contra el fraude debe convertirse en una prioridad y visto que el Proyecto de 1976 sigue sin avanzar, debe estudiarse la cuestión de nuevo.

El Consejo *“pide a la Comisión que realice lo antes posible un estudio jurídico comparativo sobre las [...] disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros [sancionadoras de comportamientos fraudulentos], a fin de determinar si deben tomarse medidas para lograr una mayor compatibilidad de dichas disposiciones”*. La Comisión aceptó dicha invitación y elaboró un informe que recogía 17 recomendaciones y vio la luz el 16 de julio de 1993, siendo conocido como el *“Informe Delmas-Marty”*.

1.3.2. El artículo 209 A del Tratado CE

En ese clima de preocupación sobre el fraude, la aprobación del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992³²⁰ supuso un avance hacia la protección de la Hacienda comunitaria. La base jurídica para la lucha contra el fraude se deriva del artículo 209A TCE, que pretende *“constitucionalizar”* la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación en los ámbitos de justicia e interior. El artículo 209 A disponía que:

“Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones”.

Sin embargo, aunque es cierto que supuso un gran avance porque la lucha contra el fraude se sitúa al más alto nivel institucional³²¹ y además recoge en el texto de los Tratados una previsión específica para la protección de los intereses financieros, también es cierto que se ha quedado corto a la hora de plasmar y concretar el artículo 5 TCE (actual artículo 10). Aunque el artículo 209 A recoge expresamente el principio de asimilación, olvida la innovación principal del Tribunal de Justicia en la sentencia del asunto del maíz griego de septiembre de 1989, que es la necesidad de

³²⁰ DO C 191, de 29.07.1992, entró en vigor el 1 de enero de 1993

³²¹ Informe de la Comisión relativo a la *“Protección de los intereses financieros de la Comunidad”* de 1993, pp. 9 y 10

que las sanciones sean además proporcionales, disuasivas y eficaces³²², aunque tal vez podría entenderse implícita al entender que la proporcionalidad es un principio general del Derecho. Por tanto, en tanto que dicho artículo supone una especificación del artículo 5 habrá que interpretarlo de acuerdo con la jurisprudencia, más progresiva, sentada en torno a este precepto.

Por otro lado, este precepto –no aplicable a la extinta CECA ni EURATOM- sólo recoge una vertiente represivo-disuasoria³²³ y nada referente a la prevención (elemento que se subsana con el Tratado de Ámsterdam). Además, no implica a la Comunidad en la lucha contra el fraude, dejando al margen la función de coordinación asignada a la Comisión y hablando únicamente de las obligaciones de los Estados miembros³²⁴, configurándose como una base jurídica genérica para la protección de los intereses financieros comunitarios, lo que supuso –a su vez- una ausencia de atribución de competencias a la Comunidad para poder establecer sanciones administrativas, y de ahí que la Comisión tuviera que acudir al artículo 235 TCE para la elaboración y aprobación de los Reglamentos 2988/95 y 2185/96 que estudiaremos en profundidad.

1.3.3. El tercer pilar. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y sus protocolos anexos

El Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995

Además del principio de asimilación, del artículo se desprende el principio de cooperación de las acciones de los Estados miembros tendentes a la protección de los intereses financieros, ubicado en el ámbito del llamado Tercer Pilar³²⁵ o Título VI.

³²² NIETO MARTIN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 278.

³²³ NAVARRO BATISTA, N. “La lucha contra el fraude tras el Tratado de Ámsterdam: un proceso inacabado”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1988/4, p. 439

³²⁴ La toma de decisiones por parte de los Estados miembros se realiza por el criterio de unanimidad en el Consejo

³²⁵ El Tratado de la Unión Europea (TUE), pieza de importancia capital en el proceso de unificación, puesto que por primera vez se sobrepasa el objetivo de crear un mercado común, para dotar al proceso unificador de miras de unidad política, instaura una nueva estructura organizada en torno a tres pilares.

- 1) El **Primer Pilar o pilar central**, que recoge la dimensión comunitaria, hunde sus raíces en los Tratados de París y Roma, modificados por el Acta Única Europea. Según este pilar, **la función de la Comunidad Europea** consiste en promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas, un crecimiento sostenible y no inflacionario que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia en materia de resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación de los niveles y la calidad de vida, así como la cohesión económica y social y la solidaridad. Dentro esta materia comunitaria incardinada en el llamado Primer Pilar, el TUE trae cuatro grandes modificaciones: en primer lugar, se prevé un

En octubre de 1992, la Presidencia británica presentó al Grupo *ad hoc* del Consejo “Derecho Penal/Derecho comunitario” un proyecto de Declaración Intergubernamental sobre la lucha contra toda conducta fraudulenta que perjudicara los intereses financieros de las Comunidades³²⁶. Fue el Consejo Europeo de Copenhague de 21 y 22 de junio el que señaló la necesidad de reforzar la protección de los intereses financieros de las Comunidades en el contexto de las nuevas disposiciones del Tratado de la Unión Europea e instó a la Comisión a presentarle las propuestas antes de marzo de 1994. Tras diferentes declaraciones y resoluciones de los Consejos JAI (Justicia y Asuntos de Interior), del Consejo y de la Comisión, esta última presentó el 11 de julio de 1994 una propuesta del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad³²⁷. Tras esta propuesta se retiró definitivamente el Proyecto de Modificación de los Tratados de 1976.

El objeto de dicha propuesta no era sólo definir el fraude contra el presupuesto comunitario y el principio de la incriminación específica en el Derecho penal de los Estados miembros, sino también prever también disposiciones para agilizar la cooperación judicial. La incriminación

reforzamiento de los poderes comunitarios frente a los Estados miembros, para paliar el denunciado “déficit democrático” de las instituciones de la Comunidad; en segundo lugar, se crea la ciudadanía de la Unión; se amplían las competencias de la unión, que ahora tiene competencias en 17 grandes áreas; y en cuarto y último lugar, se observa un fortalecimiento de la Cohesión Económica y Social.

- 2) El **Segundo Pilar** (Título V del TUE), sucesor de la Cooperación Política Europea, está formado por acciones comunes que la Unión puede desarrollar en materia de **Política Exterior y de Seguridad** (PESC). Sus disposiciones se establecen en un marco de cooperación, esencialmente intergubernamental, al que la Comisión está asociada y en el que el Parlamento Europeo participa con carácter consultivo. Presenta como principales objetivos: la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y la independencia de la Unión; el mantenimiento de la paz y fortalecimiento de la seguridad internacional; el fomento de la cooperación internacional; el desarrollo y consolidación del Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Para alcanzar estos objetivos el Tratado prevé dos mecanismos. Uno de ellos la cooperación sistemática entre Estados miembros y el otro, el desarrollo gradual de acciones comunes.
- 3) El **Tercer Pilar** (Título VI), cuyo objeto es la cooperación en materia de **Justicia y Asuntos de Interior** (JAI), tiene como objetivos primordiales los asuntos relacionados con las fronteras (tales como las políticas en materia de asilo, inmigración, condiciones de acceso y de circulación, residencia, emigración ilegal y trabajo) y con los asuntos de carácter transfronterizo (lucha contra el terrorismo, contra el tráfico ilícito de drogas y contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia civil y en materia penal y la cooperación aduanera). Sin embargo, se prevé que las disposiciones del Tratado en materia de justicia y asuntos de interior no afectarán a las responsabilidades de los Estados miembros en materia de orden público y salvaguardia de la seguridad interior.

La gran diferencia entre el Primer y el Segundo y Tercer Pilar comunitario reside en la toma de decisiones, debiéndose alcanzar un consenso entre los Gobiernos de los Estados miembros en materias de los pilares no comunitarios y por mayoría de las instituciones comunitarias, en las decisiones relativas a materias del Primer Pilar. Este entramado de Pilares se verá modificado con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

³²⁶ Proyecto que, aunque nunca vio la luz, sirvió de punto de referencia para la elaboración del Convenio de 26 de julio de 1995

³²⁷ Documento COM (94) 214 final, de 15 de junio de 1994, Propuesta de Acto del Consejo de la Unión Europea por el que se celebra el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades. DO C 216, de 06.08.1994, p. 14

específica es lo único que puede cumplir plenamente los requisitos del artículo 209 A TCE. La Comisión también señala que debe precisarse el alcance exacto del concepto de fraude contra los intereses financieros comunitarios, que es uno de los componentes del fraude internacional a que se refiere el artículo K.1.5 del Tratado de la Unión Europea³²⁸.

Tras arduas negociaciones, en el Consejo Europeo de Cannes, celebrado los días 26 y 27 de junio de 1995, se aprobó el texto definitivo del Convenio, que se firmó en el Consejo reunido en Luxemburgo el 26 de julio de 1995³²⁹ y que fue seguido en el tiempo por un Informe Explicativo³³⁰, cuyo mayor logro [del Convenio] –avanzamos– es la definición de “fraude³³¹”. Uno de los problemas que presentó el Convenio es que no entró en vigor hasta 7 años después, cuando fue ratificado por los 15 Estados miembros el 17 de octubre de 2002.

A propósito de esto, el Tribunal de Cuentas expresó que en ese lapso de tiempo, *“las normas que rigen actualmente la cooperación judicial siguen basándose en el derecho internacional que se remonta a la década de los cincuenta, cuando Europa carecía de instituciones y políticas comunes respaldadas por un presupuesto único, cuando los intercambios comerciales y financieros eran sólo una parte de lo que son actualmente y cuando los delitos financieros eran perpetrados por individuos o bandas, no por redes internacionales organizadas capaces de mantener una apariencia exterior de legalidad, como sucede hoy en día³³²”*.

³²⁸ Informe anual de la Comisión, “Lucha contra el fraude”, 1994, p. 18

³²⁹ Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 316, de 27.11.1995, p. 48

³³⁰ Informe Explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997, DO C 191, de 23.06.1997, pp. 1-10.

³³¹ *Artículo 1. Disposiciones generales.1.* A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:

- a. en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:
 - a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;
 - al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
 - al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio;
- b. en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:
 - a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;
 - al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
 - al desvío de un derecho obtenido legalmente que tenga el mismo efecto.

³³² Informe especial nº 8/98 relativo a los servicios de la Comisión encargados de la lucha contra el fraude, y en particular de la Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude (UCLAF), DO C 230 de 22.7.1998. En ese sentido, véase *Fraud without frontiers*, estudio sobre el fraude internacional en la Unión Europea realizado para la Comisión Europea (Unidad de Cooperación Judicial de la «Task Force» de Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior) por Deloitte & Touche European and International Fraud Group, 1997.

Primer Protocolo, de 27 de septiembre de 1996, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

El primer protocolo que analizamos es el segundo instrumento jurídico del Tercer Pilar destinado a la protección de los intereses financieros de las Comunidades, y fue aprobado el 27 de septiembre de 1996³³³, con el mismo nivel normativo y fuerza vinculante que el Convenio y, al igual que éste, no entró en vigor hasta el 17 de octubre de 2002. Este Protocolo se centra en la definición de los conceptos de «funcionario» y «corrupción activa y pasiva», así como en la armonización de las sanciones para los delitos de corrupción.

El antecedente de este protocolo fue el Proyecto de modificación de los Tratados (Segundo Proyecto) relativo a la adopción de una reglamentación común en materia de responsabilidad y de tutela penal de los funcionarios de las Comunidades de 1976³³⁴. Su finalidad es llenar las lagunas de la legislación penal, no solo a los funcionarios de las Comunidades Europeas, sino también a los funcionarios de los demás Estados miembros, puesto que éstos últimos y no solo los funcionarios comunitarios están relacionados con el fraude a los intereses financieros, debido a su vocación internacional³³⁵. A este protocolo le sigue su Informe Explicativo³³⁶.

Un problema que presentaba el protocolo es que, al desarrollar el Convenio de 26 de julio de 1995, sólo exigía a los Estados miembros que castigaran la conducta de los funcionarios que pusieran en peligro o atentara contra los intereses financieros de la Comunidad. Ante esta limitación de carácter técnico, y a propuesta de la presidencia italiana, el Consejo adoptó el 26 de mayo de 1997 el acto por el que se aprueba el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea³³⁷. Este Convenio entró en vigor el 28 de septiembre de 2005 y permanece abierto a la adhesión de todo Estado que pase a ser miembro de la UE. Algunos

³³³ Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996 por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 313, de 23.10.1996, p. 1

³³⁴ DO C 222, de 22.09.1976, pp. 2 y ss.

³³⁵ Artículo 11.b *in fine* del Protocolo. Véase PÉREZ BERNABEU, B., *Los intereses financieros comunitarios: concepto y principios que informan su sistema de protección*, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 2005, p. 49

³³⁶ Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Texto aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998), DO C 391, de 15.12.1998.

³³⁷ Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, DO C 195, de 25.6.1997

de los Estados que se unieron a la UE el 1 de mayo de 2004, la República Checa y Malta, tienen todavía pendiente su adhesión al Convenio.

Segundo Protocolo, de 19 de junio de 1997, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

Este protocolo³³⁸, tal como enuncia su considerando 6 pretende adaptar las legislaciones nacionales para “penalizar los actos de blanqueo de beneficios derivados de fraude o de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y para posibilitar la confiscación de los productos del fraude y corrupción mencionados”.

La primera precisión es que «*blanqueo de capitales*» es la conducta definida como tal en la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales³³⁹ en lo que respecta a las infracciones contempladas en el Convenio sobre el fraude y en su primer Protocolo. En consecuencia, en el segundo Protocolo, «blanqueo de dinero» se refiere a los beneficios del fraude, como mínimo en casos graves, y de la corrupción activa y pasiva³⁴⁰. En segundo lugar se establece la responsabilidad de las personas jurídicas (entendidas tal como define el artículo 1d) del Segundo Protocolo³⁴¹), siempre que, en virtud del artículo 3, la infracción se haya cometido en provecho de la persona jurídica y que haya sido cometida por una persona física que ostenta un determinado cargo directivo.

Este protocolo aún no ha entrado en vigor por la negativa del Estado italiano a ratificarlo, pese a la insistencia del Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión³⁴².

³³⁸ Acto del Consejo de 19 de junio de 1997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 221, de 19.7.1997

³³⁹ DO L 166, de 28.6.1991, p. 77.

³⁴⁰ Informe Explicativo del segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Texto aprobado por el Consejo el 12 de marzo de 1999), DO C 91, de 31.03.1999, pp. 8 y ss.

³⁴¹ «Persona jurídica» [es] cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas.

³⁴² Segundo informe de la Comisión. Aplicación del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos, documento COM (2008) 77 final, de 14 de febrero de 2008, no publicado en el Diario Oficial. Además, véase la Resolución relativa a una política global de la UE contra la corrupción (6902/05, 6901/2/05), adoptada por el Consejo Justicia y Asuntos de Interior Luxemburgo el 14 de abril de 2005 y el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude - Informe anual 2007, documento COM (2008) 475 final, de 22 de julio de 2008

Tercer protocolo anexo: el Protocolo relativo a la interpretación con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

El artículo 8 del Informe explicativo del Convenio PIF se indica que los Estados miembros podrán, con posterioridad, precisar en un Protocolo adicional las modalidades según las cuales el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio. Dicho protocolo se firmó el 29 de noviembre de 1996³⁴³

Según el apartado 1 del artículo 2 de este Protocolo, cualquier Estado miembro podrá aceptar, mediante una declaración, la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Convenio PIF y de sus protocolos. En dicha declaración, los Estados podrán precisar que cualquiera de sus órganos jurisdiccionales o que cualquier otro Tribunal, cuyas decisiones no pueden dar lugar a un recurso jurisdiccional de Derecho interno, podrán solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante él, siempre que dicho órgano jurisdiccional considere necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo. Este protocolo entró en vigor del 17 de octubre de 2002.

1.4. El Primer Pilar. Los reglamentos 2988/95 y 2185/96

Con independencia de las medidas tomadas en el ámbito del Tercer Pilar y estudiadas en el punto anterior, la Comisión también optó por elaborar una disposición normativa de carácter horizontal (Primer Pilar) frente al carácter vertical de los Convenios y Protocolos analizados. En aquel contexto, y puesto que los Tratados no conferían poderes específicos en relación con la protección de los intereses financieros de las Comunidades, la Comisión recurrió a los artículos 235 TCE y 203 TCECA para proponer un marco jurídico común a todos los ámbitos cubiertos por las políticas comunes.

La importancia del Reglamento 2988/95³⁴⁴ consiste en que deviene la base jurídica para la formulación de un sistema comunitario de sanciones administrativas de aplicación en todo el

³⁴³ DO C 151, de 20.5.1997

³⁴⁴ Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO L 312, de 23.12.1995

territorio de la Unión. Los aspectos más importantes, y que analizaremos en profundidad son la definición de *irregularidad*, entendida como acto perjudicial a los intereses comunitarios y la acogida del principio de legalidad, de proporcionalidad o de supremacía del Derecho comunitario, así como la introducción de un plazo de prescripción de 4 años, aplicable al procedimiento de imposición de sanciones pero no al procedimiento para obtener las cantidades defraudadas.

En resumen, este Reglamento constituye una Parte General del Derecho sancionador comunitario, si bien todavía un tanto rudimentaria³⁴⁵. Por otro lado, se presentan algunos problemas esenciales a la hora de determinar cuáles son los principios generales que tienen validez en el Derecho Comunitario, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia se inspira claramente en los principios generales que rigen en los Estados miembros para proceder después a una determinación autónoma de los principios generales que tienen validez en el Derecho Comunitario.

El Reglamento establece además que la Comisión podrá, sin perjuicio de los controles efectuados por los Estados miembros con arreglo a su legislación nacional ni de los efectuados por las instituciones comunitarias con arreglo al artículo 248 TCE, la Comisión Europea podrá comprobar: a) la conformidad de las prácticas administrativas con las normas comunitarias; b) que los justificantes necesarios existan y concuerden con los ingresos y gastos de las Comunidades; y c) las condiciones en que se realizan y verifican las operaciones financieras. Y además, faculta a la Comisión para llevar a cabo controles y verificaciones *in situ*.

Este mandato del artículo 10³⁴⁶ cristalizó en el Reglamento 2185/96³⁴⁷. El objeto de dicho reglamento es dotar a los servicios de la Comisión de un marco jurídico adecuado para posibilitar las labores de investigación en las sedes de los operadores económicos³⁴⁸ involucrados en casos de fraude. Sólo se prevé su utilización en supuestos agravados, tal como establece su considerando séptimo y de esta manera, respeta los controles efectuados por los Estados miembros en virtud del artículo 8 del Reglamento 2988/95 y la competencia de los Estados

³⁴⁵ DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal...*, p. 194

³⁴⁶ Artículo 10: "Serán adoptadas ulteriores disposiciones generales adicionales relativas a los controles y a las verificaciones *in situ*, según los procedimientos previstos en los artículos 235 del Tratado CE y 203 del Tratado CECA"

³⁴⁷ Reglamento (CE, Euratom) n° 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, DO L 292, de 15.11.1996

³⁴⁸ A los efectos del Reglamento, se entiende por Operador económico a toda aquella "persona física o jurídica y entidades a las cuales el Derecho nacional reconoce capacidad jurídica", tal como lo define el artículo 7 del Reglamento n° 2988/95

miembros en materia de diligencias en contra de las infracciones penales, así como con las normas de asistencia judicial entre Estados en materia penal.

A pesar de todo, los controles *in situ* pueden tener relevantes repercusiones penales, porque introducen nuevas facultades para lucha contra las irregularidades, entre las que –recordemos– se incluyen también las prácticas fraudulentas. Por ello, se deberán respetar también los derechos de defensa, en particular el derecho de audiencia, el derecho al examen del expediente, el derecho a la asistencia jurídica de un abogado, a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente, así como el deber de respeto a la confidencialidad de los documentos y el derecho a denegar información ante el riesgo de autoinculparse.

1.5. El Corpus Juris

El siguiente paso lógico hacia una mayor integración europea pasa por dar una protección penal común a bienes jurídicos comunitarios, merecedores y necesitados de dicha protección³⁴⁹. Tampoco podemos obviar otras circunstancias, como el fenómeno de la delincuencia europea transnacional que en virtud del diferente grado de represión de conductas atentatorias contra un mismo bien jurídico provoca cada vez en mayor medida la existencia de “paraísos penales”³⁵⁰.

Vista la necesidad de protección penal de dichos bienes, la Dirección General de Control financiero de la Comisión Europea, presidida por Francesco de Angelis, en el contexto del proyecto “Espacio Judicial Europeo”, auspició un estudio realizado por un *Grupo de Expertos*³⁵¹ acerca de tres grupos temáticos: Derecho penal sustancial (asentado sobre principios básicos como el de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad), reglas de competencia y extraterritorialidad; y enjuiciamiento y prueba.

Este grupo desarrolló sus trabajos desde noviembre de 1995 hasta mayo de 1996, bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty, obteniendo como resultado el documento conocido como el

³⁴⁹ En este sentido, el presupuesto comunitario es considerado “la expresión concreta de un verdadero patrimonio común de los ciudadanos de la Unión”, tal como afirma el grupo de trabajo Derecho Penal/Derecho Comunitario del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, JAI, en su sesión de 29 de febrero a 1 de marzo de 1996

³⁵⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris europeo” en *La Ley*, 1998, tomo 1, p. 1917

³⁵¹ Expertos miembros de la Asociación de Juristas Europeos para la Protección de los Intereses Financieros de la Comunidad: Enrique Bacigalupo (Madrid), Mireille Delmas-Marty (París), Giovanni Grasso (Catania), Nals Jareborg (Upsala), John R. Spencer (Cambridge), Dionysos Spinellis (Atenas), Klaus Tiedemann (Friburgo en Brisgovia) y Christine Van Der Wyngaert (Amberes)

*Corpus Juris*³⁵². El *Corpus Juris* puede calificarse como el “documento expresivo de la comunidad jurídico-penal de la Unión Europea³⁵³”.

La conclusión que se extrae de los primeros intentos de unificación, como fue la fallida Comunidad Europea de Defensa³⁵⁴, es la necesidad de respetar los principios fundamentales y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y por este motivo se han tomado muy en cuenta los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del TEDH y de la extinta CEDH³⁵⁵. La adopción de principios generales se ha realizado conforme a la idea del principio más desarrollado para evitar soluciones rudimentarias no adecuadas a los objetivos del ordenamiento comunitario³⁵⁶.

Dicho estudio analiza los obstáculos que reducen la efectividad de mecanismos tales como la OLAF, que se reducen a cuatro grandes grupos³⁵⁷:

- Existencia de secretos. El secreto bancario o el secreto de las investigaciones penales son legítimos en sí mismos, pero constituyen un obstáculo en tanto que se alegan para evitar remitir información a los funcionarios comunitarios.
- Complejidad extrema de la cooperación horizontal, tendente a la multiplicidad de convenios bilaterales y multilaterales dentro de espacios geográficos diferentes, con reglas también diferentes.
- Lagunas de cooperación vertical. El estatuto de los agentes de la Comisión dentro de un procedimiento penal varía de un Estado a otro. Al comparar los instrumentos del primer y del tercer pilar, se aprecia que el estatuto de dichos funcionarios no es el mismo: expertos, consultores técnicos, parte civil, parte con acción pública...

³⁵² La síntesis de estos trabajos fue elaborada por DELMAS-MARTY, M., en *Corpus juris: portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, Paris, 1997, traducida al castellano bajo la supervisión de BACIGALUPO ZAPATER, E., *Hacia un Espacio Judicial Europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 1998. Véase también DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004 y DE ANGELIS, F., “Pour une protection harmonisée des intérêts financiers de l'Union Européenne: vers une uniformation? Le «Corpus Juris» - Per una protezione coordinata degli interessi finanziari dell'Unione Europea: verso una uniformazione? Il «Corpus Juris»”, en *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1997, fasc. 3-4, pp. 793-798

³⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la Comunidad: progresos y lagunas” en VV.AA., *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 425.

³⁵⁴ Véase nota 73

³⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La unificación del Derecho penal en Europa”, en *Saberes*, volumen I, Facultad de Estudios Sociales, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003, p. 2

³⁵⁶ GRASSO, G., *Comunidades Europeas...*, p. 125, que a su vez cita al Abogado General Roemer en sus conclusiones del caso *Walt Wilhelm*, sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, Rec. 1969, p. 1

³⁵⁷ DELMAS-MARTY, M., “Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus Juris”, en *Agon*, nº 25, 1999, pp. 5 y ss.

- Diversidad de reglas de prueba. La concepción de la prueba es diferente en cada Estado, y sustancialmente diferente entre los países de derecho continental y los de Common Law.

El Corpus Juris propone un régimen mixto en el que elementos nacionales y comunitarios se combinan de manera que son los Estados miembros la Unión Europea, los que deben aplicar la ley penal de acuerdo con unas reglas armonizadas. De esta manera, el Corpus Juris se erige como el segundo gran paso (tras el convenio PIF) en el camino hacia un nivel de protección eficaz y armonizado de los intereses financieros comunitarios³⁵⁸.

1.5.1. Parte general

La Parte General del Corpus Juris contiene normas sobre los elementos subjetivos del tipo (artículo 10), el error (artículo 11), la responsabilidad penal individual (artículo 12), la responsabilidad penal del responsable de empresa (artículo 13) y de las entidades colectivas (artículo 14). Por otra parte, se regula la graduación de la pena (artículo 15), las circunstancias agravantes (artículo 16), así como las penas impuestas en caso de concurso de leyes (artículo 17). El Derecho Penal material previsto en el Corpus Iuris está orientado hacia el principio de legalidad, el principio de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal y el principio de proporcionalidad de las penas.

1.5.2. Parte especial

En lo referente a los tipos penales, el Corpus Juris contiene un tipo de informe del fraude al presupuesto comunitario que engloba tanto la acción intencionada o dolosa como la cometida por imprudencia o negligencia grave (artículo 1). Junto a éste se regulan el fraude en concursos y subastas públicas (artículo 2), la corrupción tanto activa como pasiva (artículo 3), el ejercicio abusivo del cargo cometido por funcionarios comunitarios (artículo 4), la malversación o abuso de poder (artículo 5), la revelación de secretos oficiales (artículo 6), el blanqueo de capitales y la receptación (artículo 7), la asociación ilícita (artículo 8). El artículo 9 establece penas uniformes para todos los tipos penales ya sean cometidos por personas físicas como por personas jurídicas.

³⁵⁸ VERVAELE, J.A.E., "The Corpus Juris Project: a blueprint for Criminal Law and Criminal Procedure in the European Territory", en *Agon*, nº 34, 2002, p.9

A las personas físicas podrán ser impuestas penas de privación de libertad con una duración máxima de cinco años y/o con multas de hasta un millón de euros. Las multas podrán alcanzar hasta el quíntuplo del montante de la infracción. También para ambos grupos –personas naturales o jurídicas- está previsto el comiso de los instrumentos y los productos con lo que se haya ejecutado el hecho, así como las ganancias provenientes de la infracción y la publicación de la sentencia condenatoria.

1.5.3. Derecho procesal penal

Los artículos 18 a 35 del Corpus Juris tratan del Derecho Procesal Penal inspirado en el principio de territorialidad europea, en los principios generales de legitimidad de los Tribunales, contrariedad procesal y de subsidiariedad del Derecho nacional. El artículo 18 regula el estatuto y composición del nuevo Ministerio Público Europeo (MPE). El artículo 19 trata del requerimiento de intervención del MPE e inicio de la acción pública, si bien la facultad de investigación de la Fiscalía Europea está regulada en el artículo 20. El Corpus Juris contiene además normas sobre la conclusión de la fase preparatoria del procedimiento (artículo 21), sobre el ejercicio y extinción de la acción pública (artículo 22), sobre la ejecución de las sentencias (artículo 23) así como sobre la competencia *rationae loci* (artículo 24).

La fase preparatoria del proceso abierto está regulada en el artículo 25, mientras que el artículo 26 regula la fase de enjuiciamiento. El artículo 27 recoge los recursos ante las jurisdicciones nacionales y el artículo 28 el recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Corpus Juris se centra en el principio de contradicción del proceso mediante normas sobre los derechos del acusado (artículo 29), los derechos de la Comisión como parte civil (artículo 30), las reglas sobre la carga de la prueba (artículo 31), las pruebas admitidas (artículo 32), la exclusión de las pruebas ilegalmente obtenidas (artículo 33) así como sobre la publicidad y secreto del proceso. Por último, el artículo 35 se refiere a la aplicación subsidiaria del Derecho nacional respecto del cuerpo jurídico europeo.

Posteriormente, el Parlamento Europeo³⁵⁹ pidió a la Comisión que llevara a cabo un estudio sobre la viabilidad del Corpus Juris, el *Follow-Up study*³⁶⁰. Y de la reunión que tuvo lugar en el Instituto

³⁵⁹ En sus resoluciones de 12 de junio y 22 de octubre de 1997

³⁶⁰ Publicado en DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J.A.E., *The implementation of the Corpus Juris in the member states. penal provisions for the protection of European finances*, Intersentia, Antwerpen, 2000. Contiene además la versión de

Europeo de Florencia los días 6 y 7 de mayo de 1999 salió una nueva versión del Corpus Juris. Con posterioridad a todo esto, en septiembre de 2000, la Comisión Europea, siguiendo una iniciativa del *Common Service for External Relations* y de Francesco de Angelis, comenzó la realización de un nuevo estudio sobre el Corpus Juris, destinado al estudio de los sistemas legales de los nueve países entonces candidatos a la adhesión. El estudio fue coordinado por el Instituto Europeo de Trier (Alemania), alcanzándose una Declaración común el 15 de septiembre de 2001, conocida como la “Declaración de Trier”, en la que se alcanza la postura unánime de avanzar en la consecución de un Espacio Judicial Europeo para la protección de los intereses financieros comunitarios, ya que la entrada en la Unión de más Estados sólo empeorará los problemas que la lucha contra el fraude encuentra actualmente.

La construcción del Corpus Iuris, pone de manifiesto la necesidad de crear una base general que evite la aplicación de criterios contradictorios por parte de los Estados. En este sentido el aporte de unificación de principios rectores, tradicionales o novedosos como la territorialidad europea y el principio de contradicción, conduce a la construcción de un sistema penal de nuevo tipo para una comunidad transnacional, probablemente federada, pero en todo caso coincidente en cuanto a la premisas de aplicación del *ius puniendi*.

La propuesta de Corpus Iuris penal en Europa ha sido la excusa para plantear una discusión muy importante en materia penal para los Estados en el contexto de la globalización. Se trata de una nueva búsqueda que se emprende desde esta rama del derecho en consonancia con las exigencias de protección de bienes jurídicos de colectivos sociales comunitarios o globales, que involucran conceptos de territorio y soberanía diferentes a los aceptados por el ordenamiento penal de los Estados nación.

Si bien el Corpus Iuris se erige como un conjunto de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros y monetarios de la Comunidad Europea, otros bienes jurídicos comunitarios como el medio ambiente, o bienes jurídicos nacionales en aplicación de la territorialidad europea como los derechos de los consumidores, por ejemplo, son susceptibles de ser sometidos al mismo conjunto de principios rectores, para su correspondiente armonización de premisas, dado que en la práctica se han venido armonizando sus tipos, de modo que el derecho

Florencia del Corpus Juris y la síntesis del estudio del Follow-Up, los informes de los quince Estados miembros sobre la compatibilidad de las disposiciones del Corpus con la legislación interna de cada uno de ellos y un estudio sobre las cuestiones de cooperación horizontal y vertical.

penal europeo aun inexistente, vaya tomando forma hasta configurar un nuevo sistema, que necesariamente sea fruto de la maduración de la comunidad de sujetos individuales y colectivos que conforman la Unión Europea³⁶¹.

1.6. El Tratado de Ámsterdam. El artículo 280 TCE en su nueva redacción. Lucha contra el fraude

1.6.1. El Tratado de Ámsterdam y la cooperación reforzada

El día 2 de octubre de 1997 fue firmado el Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos Conexos y, entre otras, recoge diversas disposiciones para la mejora de la lucha contra el fraude que perjudique los intereses financieros de las Comunidades Europeas³⁶².

El Tratado de Ámsterdam rediseña el entramado de los tres Pilares y crea el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho tratado articula jurídicamente este concepto configurándolo como uno de los objetivos generales de la Unión en el revisado artículo B del TUE, y repartiendo las competencias para su realización entre la Comunidad Europea (nuevo Título III bis de la Tercera Parte del TCE) y los Estados reunidos en el marco del reestructurado Tercer Pilar intergubernamental de la Unión, anteriormente denominado *Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior* y ahora rebautizado como *Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal* (nueva redacción del Título VI del TUE)³⁶³.

³⁶¹ ESTUPIÑÁN SILVA, R., "Corpus Iuris: reflexiones en torno a la posible armonización del derecho penal en Europa", en *derechopenalonline.com*, marzo de 2004.

³⁶² El artículo N del Tratado de la Unión Europea preveía la convocatoria de Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (CIG) para una modificación de las disposiciones del Tratado. Después de seis meses de estudios de un "Comité de Sabios", dirigidos por Carlos Westendorp, la CIG, convocada en 1996, dio inicio a sus trabajos el 29 de marzo de 1996, en el Consejo Europeo de Turín. Posteriormente, el Consejo Europeo de Dublín de 13 y 14 de diciembre de 1996 acogió favorablemente las líneas generales para una revisión de los Tratados. El Consejo de Ámsterdam de 16 y 17 de junio de 1997 puso fin a la Conferencia Intergubernamental y se alcanzó un acuerdo sobre el Proyecto de Tratado de Ámsterdam (Doc. CONF. 4001/97). El tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999 y fue ratificado por España mediante LO 9/1998, de 16 de diciembre de 1998, BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1998.

³⁶³ Con el fin de establecer un *espacio de libertad, seguridad y justicia*, el Tratado de Ámsterdam otorga competencias a la Comunidad, en el mencionado Título III bis, para decidir la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores y para adoptar simultáneamente medidas compensatorias a dicha desaparición en las siguientes esferas: vigilancia de las fronteras exteriores, visados y condiciones de viaje de nacionales de terceros países por el territorio de los Estados miembros durante un periodo no superior a tres meses (artículo 73 J); asilo, refugio, inmigración y libre circulación de extranjeros residentes legales en un Estado miembro (artículo 73 K); cooperación judicial en materia civil, incluyendo notificación y traslado fronterizo de documentos, cooperación en la obtención de pruebas, etc. (artículo 73 M).

En el ámbito del Tercer Pilar crea nuevos instrumentos jurídicos y la Decisión Marco³⁶⁴ y el Convenio³⁶⁵, junto a las ya existentes Posiciones comunes y Decisiones, se configuran como las herramientas más usadas en la lucha contra el fraude a los intereses financieros comunitarios.

El Tratado de Ámsterdam también introduce la novedad de la “cooperación reforzada”. La cooperación reforzada, concebida obviamente como una facultad de los Estados y no como una obligación, supone que, bajo determinadas condiciones, los «Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada *podrán* hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos establecidos en el TUE y en el TCE» (artículo 43.1, *ex* artículo K 15-1 TUE).³⁶⁶

Al Tercer Pilar (Título VI del TUE) corresponde el tratamiento de las restantes medidas compensatorias, referidas a la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros en aspectos penales, si bien los Estados mantienen sus competencias soberanas en estos sectores, por tratarse de una estructura de cooperación intergubernamental que decide por unanimidad de los Ministros competentes reunidos en el Consejo, sin intervención vinculante de la Comisión y del Parlamento Europeo, aunque bajo el control —limitado— del Tribunal de Justicia. Véase DONAIRE VILLA, F.J., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 18, Nº 54, 1998, pp. 140-141.

³⁶⁴ El revisado artículo K.6 crea y define, en su párrafo segundo, letra b), las Decisiones marco, que siguen el modelo de las directivas comunitarias del artículo 189 del Tratado de Roma, aunque, a diferencia de ellas, carecen de efecto directo. «*El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: (...) b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. No tendrán efecto directo.*».

³⁶⁵ La gran novedad de este instrumento es que, salvo disposición en contrario, entrará en vigor tras su adopción por la mitad de los Estados miembros, eliminando así los problemas con que tropezaba la entrada en vigor de los Convenios firmados en el contexto del Tercer Pilar, al exigirse su ratificación por todos los Estados miembros.

³⁶⁶ Las **condiciones exigidas para la operatividad de la cooperación reforzada** se concretan en las siguientes: a) «que pretenda impulsar los objetivos de la Unión, así como proteger y servir sus intereses», esto es, no podrá servir para impulsar un retroceso en el proceso de integración con lo que se sale al paso del peligro destructor que algunos autores achacaban a esta nueva forma de integración; b) «respete los principios contenidos en los tratados y el marco institucional único de la Unión», condición que resulta redundante considerando que se incluye en la propia definición anteriormente descrita; c) su carácter excepcional, puesto que habrá de utilizarse «sólo como último recurso cuando no se hayan podido alcanzar los objetivos de dichos tratados por medio de los procedimientos pertinentes establecidos en los mismos», cuya inclusión resulta tan indiscutible como difícil su concreción particular; d) «implique al menos a una mayoría de Estados miembros», esto es, al menos ocho en el momento actual, lo que contribuye a que los avances en una integración más profunda en el seno del marco institucional sean respaldados por una amplia mayoría de Estados, si bien podría invitar a la par a procesos de cooperación más reducidos —piénsese por ejemplo en la propuesta Lamers-Schäuble de núcleo duro con Alemania, Francia y el Benelux— al margen de lo previsto en los tratados; e) «no afecte al acervo comunitario ni a las medidas adoptadas sobre la base de las demás disposiciones de dichos tratados», lo que parece tan obvio como delicado; f) «no afecte a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados miembros que no participen en ellas», que, como manifestación última del principio de lealtad, es el reverso del correlativo deber de que «los Estados miembros que no participen en dicha cooperación no impidan su aplicación por parte de los Estados miembros que participen en ella» (artículo 43.2, *ex* artículo K15-2 TUE); g) «esté abierta a todos los Estados miembros y les permita participar en ella en cualquier momento, siempre que acaten la decisión de base y las decisiones tomadas en este contexto», condición que compatibiliza el combate de círculos cerrados de Estados y el mantenimiento del futuro acervo resultante de la cooperación reforzada. Por último, como requisito añadido se habrán de cumplir siempre que se utilice el mecanismo de la cooperación reforzada con los criterios adicionales específicos previstos en el artículo 11 TCE (*ex* artículo 5A TCE) y en el artículo 40 (*ex* artículo K12 TUE), según los casos, y esté autorizada por el Consejo con arreglo a los procedimientos en ellos establecidos.

El artículo 40 TUE (*ex* artículo K12 TUE) prevé expresamente la posibilidad de utilizar el mecanismo de la cooperación reforzada en el seno del tercer pilar, esto es, en los asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal siempre que cumpla lo previsto en los artículos 43 a 45 TUE (*ex* artículos K15 a K17 TUE), respete tanto las competencias de la CE como los objetivos del tercer pilar y su fin sea permitir a la Unión una evolución más rápida hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

El procedimiento de puesta en marcha de la cooperación reforzada en este pilar es muy semejante al previsto en el artículo 11 TCE (*ex* artículo 5^a TCE) para el primer pilar, si bien varía algo la participación de la Comisión y del Parlamento Europeo. Mientras en la regulación de carácter general el Consejo decide «a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento» (artículo 11.2, *ex* artículo 5 A.2 TCE), en este pilar el Consejo decide «previa invitación a la Comisión a que presente su dictamen; la solicitud se remitirá también al Parlamento». Es decir, la Comisión en el pilar comunitario mantiene en la práctica su monopolio de propuesta legislativa mientras que en el pilar extracomunitario tan sólo puede emitir un dictamen y el Parlamento, por su parte, se limita igualmente a emitir un dictamen no vinculante. La posibilidad de veto se mantiene sin variaciones³⁶⁷.

1.6.2. Una nueva base jurídica para la protección de los intereses financieros

El nuevo artículo 280 TCE (artículo 209 A en la redacción dada por Maastricht) constituye la base jurídica para una competencia expresa de la Comunidad para adoptar medidas en el ámbito de la protección de sus intereses financieros, pasando de una base jurídica genérica a una específica para fundar el establecimiento de sanciones administrativas, refuerzo de controles o recuperación de ayudas.

Según el apartado 1 de este artículo, la Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas determinadas que sean capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros, recogiendo así la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dicho apartado menciona el carácter disuasorio y efectivo de la protección que deben conceder los Estados miembros a los intereses financieros y con ello, no sólo se recoge el deber de cooperación leal, sino también la obligación de eficacia.

³⁶⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, nº 3, 1998, pp. 219-226

De esta manera se supera el viejo artículo 209 A, que sólo imponía una obligación de medio pero no de resultado. Frente al carácter restrictivo del derogado artículo 209 A, que no implicaba a la Comunidad en la lucha contra el fraude, el artículo 280 implica también a la Comunidad y no sólo a los Estados miembros. Esta atribución de competencias a la Comunidad le habilita para adoptar sanciones genéricas contra el fraude basándose en el artículo 280 y medidas específicas, con arreglo a las disposiciones sectoriales³⁶⁸.

El apartado 2 contiene la norma prevista anteriormente en el apartado 1, que reproduce la jurisprudencia de Tribunal de Justicia en el asunto del maíz griego. El apartado 3 incluye el mandato de cooperación entre los Estados miembros y además se refuerza el papel de la Comisión, pues la fórmula establecida “junto con la Comisión” es un avance frente a la anterior de “con la ayuda de la Comisión”.

Mayor importancia reviste el apartado 4, que otorga al Consejo una competencia expresa para adoptar las medidas necesarias en los ámbitos de prevención y la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros, y a través de la armonización de las disposiciones de Derecho Internacional. En cambio, el texto especifica claramente que *“dichas materias no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia”*, lo cual supuso un revés para la Comisión, que durante el desarrollo de la CIG luchó para introducir estas materias en la redacción del futuro nuevo artículo³⁶⁹. En último lugar, el apartado 5 prevé que la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, deberá enviar un Informe anual al Parlamento y al Consejo sobre las medidas que se hayan adoptado en aplicación de este artículo.

Sobre el artículo 280 podemos decir lo que dijimos con el artículo 209 A, que no era aplicable ni a la CECA ni a EURATOM, a pesar de que durante las reuniones del COREPER de julio a septiembre de 2007, siete Estados intentaron que el artículo 209 A se aplicase también a la CECA y a

³⁶⁸ PÉREZ BERNABEU, B., *Los intereses financieros comunitarios...*, p. 96

³⁶⁹ En aquel entonces no resultaba claro el alcance de la competencia atribuida al Consejo mediante el apartado 4. Así, el Gobierno de la República Federal de Alemania entendía que no ha habido una atribución de competencias al Consejo en los ámbitos de Derecho penal material y procesal, para los que únicamente rigen las disposiciones especiales sobre la colaboración policial y judicial en asuntos de carácter penal. En cambio, para algunos autores, dicha disposición otorga competencia al Consejo para la adopción de las medidas necesarias para corregir las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y para hacerlas cumplir mediante las recomendaciones comunitarias. Véase TIEDEMANN, K., “Pour un espace juridique commun après Amsterdam”, en *Agon*, nº 17, 1997, pp. 12 y ss.

EURATOM, pero varias delegaciones encabezadas por Francia se opusieron³⁷⁰. Finalmente, queda decir que el Tratado de Ámsterdam refuerza el papel del Tribunal de Cuentas en la lucha contra el fraude, incorporándolo al círculo de las instituciones que poseen facultad para recurrir si bien el derecho se reserva a la salvaguarda de sus prerrogativas: al final de cada período contable presentará un informe anual, esencial para la declaración de fiabilidad tanto del Parlamento como de la Comisión. Además, podrá presentar informes especiales de los recursos económicos sobre ámbitos específicos³⁷¹.

1.6.3. Otras iniciativas

1.6.3.1. El Libro Blanco de Reforma de la Comisión

En el marco de evolución de la protección de los intereses financieros comunitarios, merece atención el Libro Blanco de Reforma de la Comisión³⁷², en palabras de la Comisión, la estrategia de modernización más ambiciosa de la Comisión en sus cuarenta años de historia³⁷³. La estrategia para la reforma se estructura en torno a tres temas relacionados: una reforma global de la política de personal, una modernización completa de la gestión financiera y el control, y un nuevo sistema de planificación estratégica. En el ámbito de la gestión financiera las medidas más importantes consisten en:

- La supresión del sistema de visado previo del control financiero.
- Descentralización de la adopción de decisiones con responsabilidades explícitas.
- Creación de un nuevo Servicio de auditoría interna independiente, formado por especialistas cualificados.
- Sistema de alerta rápida que proteja mejor los intereses financieros de la Comunidad.
- Nueva política global sobre el uso de los recursos externos, que mejore la gestión e intensifique la obligación de rendir cuentas.

³⁷⁰ Véase OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea: análisis y comentarios*, Vol. I., McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 427 - 428

³⁷¹ Sobre el problema de un código penal europeo véase ZUCCALÀ, G., "L'unitario Diritto penale europeo come meta del Diritto penale comparato? Comunicazione in italiano del Simposio «Einheitliches Europaisches Strafgesetzbuch als Ziel der Stafrechtsvergleichung?», Bochum-Essen, 28-29 de septiembre de 2001", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, fasc. 3, pp. 603-616

³⁷² Documento COM (2000) 200 final

³⁷³ Documento IP/00/201, de 1 de marzo de 2000

Y en el campo concreto de los intereses financieros, para prevenir en todo lo posible las irregularidades e impedir que la legislación y los procedimientos y reglas de gestión financiera se presten al fraude se pretenden adoptar las siguientes medidas:

- Formulación de directrices para una gestión sana de proyectos.
- Mayor coordinación de la interacción entre la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF), de carácter independiente, y los demás servicios de la Comisión.
- Mayor integración de la OLAF en la labor de conseguir que la legislación y los sistemas de gestión de las licitaciones y los contratos no se presten al fraude.
- Optimización del sistema central de alerta rápida aplicable a los beneficiarios de fondos de la UE.
- Gestión más eficaz de la recuperación de fondos indebidamente abonados.

Por otra parte, será necesaria una definición más precisa de la cooperación entre los servicios de la Comisión y entre ésta y los Estados miembros, en particular en el ámbito de los Fondos Estructurales y en lo tocante al procedimiento de liquidación de cuentas del FEOGA, a fin de asegurarse de que se toman medidas más eficaces para prevenir y detectar las irregularidades, el fraude y la corrupción. Las medidas propuestas en este capítulo se detallan en el capítulo V del Plan de Acción, Parte II del Libro Blanco: medidas 63 a 98, especialmente de la 92 a la 98.

1.6.3.2. El Nuevo Reglamento financiero

Paralelamente al Libro Blanco se aprobó el nuevo Reglamento financiero³⁷⁴, que reúne en un único instrumento jurídico el conjunto de principios que regulan el establecimiento y ejecución del presupuesto, así como el control de las finanzas. Además de las normas básicas de la gestión presupuestaria y financiera, este Reglamento establece las normas relativas a la gestión de la contabilidad y a la rendición de las cuentas, la adjudicación de contratos públicos y la concesión de subvenciones. Determina las normas relativas a la responsabilidad de los ordenadores, los contables y los auditores internos. También se establecen las modalidades del control externo y del procedimiento de aprobación de la gestión presupuestaria. Por último, el Reglamento establece las disposiciones particulares aplicables al FEOGA-Garantía, los fondos estructurales, la investigación y las medidas exteriores.

³⁷⁴ Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 248 de 16.9.2002

El Reglamento se modificó en diciembre de 2006³⁷⁵, teniendo como objetivo simplificar las normas financieras con el fin de reducir los procedimientos administrativos. Ello simplifica el acceso a las financiaciones para el marco financiero 2007-2013. Los cambios afectan fundamentalmente a las subvenciones y a la contratación pública. Una mayor flexibilidad en la gestión de los fondos permite actuar de forma inmediata en las situaciones humanitarias o de crisis a fin de año. Además, el Reglamento modificativo contiene disposiciones destinadas a mejorar el control público.

1.6.3.3. Plan de Acción de Lucha contra el Fraude

La comunicación “Protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude - Por un enfoque estratégico global³⁷⁶” se propone establecer un enfoque estratégico global basado en la coordinación, concepto clave del artículo 280 del Tratado CE sobre protección efectiva y equivalente de los intereses financieros en toda la Comunidad, necesario además con los retos del Tratado de Ámsterdam (espacio de libertad, seguridad y justicia) y la por entonces futura ampliación.

Los retos planteados se resumen en *a)* una política legislativa de lucha global contra el fraude que debe tener en cuenta cuatro aspectos: la prevención, la detección, el seguimiento y la cooperación; *b)* el establecimiento de una nueva cultura de cooperación operativa; *c)* establecimiento de un planteamiento interinstitucional para prevenir y luchar contra la corrupción y *d)* reforzar la dimensión judicial penal. En ese marco, la Comisión aprobó la Comunicación relativa a la “protección de los intereses financieros de las Comunidades. Lucha contra el fraude. Plan de Acción para 2001-2003³⁷⁷”, desarrollando la comunicación anterior para los años 2001 a 2003, al que siguió el “Plan de Acción para 2004-2005³⁷⁸”.

³⁷⁵ Reglamento (CE, Euratom) nº 1995/2006 del Consejo, de 13 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 390 de 30.12.2006

³⁷⁶ Comunicación de la Comisión, de 28 de junio de 2000, «Protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude - Por un enfoque estratégico global», documento COM (2000) 358 final, no publicada en el Diario Oficial.

³⁷⁷ Comunicación de la Comisión, de 15 de mayo de 2001, “Protección de los intereses financieros de las Comunidades. Lucha contra el fraude. Plan de Acción para 2001-2013”, documento COM (2001) 254 final, no publicada en el Diario Oficial

³⁷⁸ Comunicación de la Comisión, de 9 de agosto de 2004, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude - Plan de acción 2004-2005, documento COM (2004) 544 final, no publicada en el Diario Oficial.

El siguiente paso fue el “Programa operativo para la realización de un marco de control interno integrado³⁷⁹”, desarrollado por el “Plan de acción de la Comisión para un marco de control interno integrado...³⁸⁰”. Dicha comunicación da cuenta de los progresos realizados desde la aprobación del programa operativo y de los desfases existentes con respecto al mismo, al tiempo que define las principales medidas que deberán adoptarse en el período 2006-2007 para establecer un marco de control interno coherente. Las medidas propuestas se articulan en torno a cuatro temas: *a)* simplificación y armonización de los principios en materia de control; *b)* declaraciones de gestión y garantía de auditoría; *c)* modelo de auditoría única: puesta en común de resultados y primacía de la relación coste-beneficio y *d)* desfases sectoriales.

1.6.3.4. Novedades

En 2004, los ingresos fiscales³⁸¹ representaron el 39,3 por 100 del producto interior bruto de la UE. El fraude fiscal se sitúa entre el 2 y el 2,5 por 100 del PIB, lo que representa una cifra de entre 200.000 y 250.000 millones de euros, lo que constituye un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior, dado que distorsiona la competencia entre los contribuyentes.

Los últimos pasos dados en la protección de los intereses financieros se plasman en dos instrumentos: la Comunicación relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude fiscal³⁸² y la Comunicación “Prevención del fraude mediante el empleo de resultados operativos: un enfoque dinámico del blindaje contra el fraude³⁸³”.

Con la primera comunicación, la Comisión pretende abrir un debate sobre las medidas necesarias para mejorar la lucha contra el fraude a través de una estrategia coordinada. Para ello es necesario trabajar para mejorar la cooperación administrativa entre los Estados miembros y con terceros países, así como proceder a una reforma de los sistemas actuales de IVA e Impuestos Especiales. En concreto, la Comisión pretende fortalecer del principio de responsabilidad solidaria

³⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas Europeo, de 15 de junio de 2005, sobre un programa operativo para la realización de un marco de control interno integrado, documento COM (2005) 252 final, no publicada en el Diario Oficial

³⁸⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas Europeo, de 17 de enero de 2006, «Plan de acción de la Comisión para un marco de control interno integrado: análisis de los desfases y plan de acción para los servicios de la Comisión», documento COM (2006) 9 final, no publicada en el Diario Oficial

³⁸¹ Importe total de los impuestos y de las cotizaciones sociales obligatorias

³⁸² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 31 de mayo de 2006, relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude fiscal, documento COM (2006) 254 final, no publicada en el Diario Oficial

³⁸³ Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo y al Tribunal de Cuentas Europeo, de 17 de diciembre de 2007, «Prevención del fraude mediante el empleo de resultados operativos: un enfoque dinámico del blindaje contra el fraude», documento COM (2007) 806 final, no publicada en el Diario Oficial

para el pago de este impuesto, así como la ampliación del uso del mecanismo de autoliquidación, así como modificar la estructura actual de la imposición del tabaco.

La segunda comunicación mencionada define un nuevo enfoque en el ámbito de la prevención del fraude contra el presupuesto comunitario, que estará basado en las actividades de investigación e información llevadas a cabo por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. Este nuevo método sustituye al creado en 2001 por la Comunicación de la Comisión sobre el blindaje de la legislación y de la gestión de los contratos contra el fraude³⁸⁴. No obstante, el enfoque anterior, basado en un procedimiento de consulta previa de la OLAF, seguirá estando disponible para propuestas legislativas de alto riesgo señaladas como tales por los servicios de la Comisión. Además, sigue siendo aplicable el procedimiento de consulta de la Dirección General de Presupuesto para la adopción y revisión de contratos estándar previsto en la Comunicación de 2001. El nuevo método propuesto permitirá:

- reforzar el impacto de las investigaciones sobre la prevención del fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea (UE);
- garantizar un flujo de información proactivo e independiente de las consultas interservicios;
- ampliar el apoyo de la OLAF a otros servicios de la Comisión, mediante análisis específicos basados en sus propias investigaciones y recogidas de datos.

1.7. El espacio judicial europeo y Eurojust

Como hemos analizado anteriormente, el Tratado de Maastricht incluyó en su Título VI (Tercer Pilar) la cooperación judicial civil y penal como cuestión de interés común para los Estados miembros de la Unión Europea. El Tratado de Ámsterdam, que comunitarizó la cooperación en materia civil, creó el Espacio de libertad, seguridad y justicia, un ámbito en el que la Comisión y los Estados miembros comparten el derecho de iniciativa, previa consulta al Parlamento Europeo, todo ello sin perjuicio de lo establecido por el artículo 33 TCE, es decir, *“sin perjuicio de las*

³⁸⁴ Comunicación de la Comisión sobre blindaje de la legislación y de la gestión de los contratos contra el fraude, SEC (2001) 2029 final, de 07.11.2001, no publicada en el Diario Oficial. La comunicación de la Comisión es el resultado de los trabajos de un grupo interservicios informal presidido por la OLAF que reunía, entre otras personas, a representantes de la Secretaría General, del Servicio Jurídico y de las direcciones generales de Presupuestos, Justicia y Asuntos de Interior, Relaciones Exteriores, Agricultura, Política Regional, Fiscalidad y Unión Aduanera. El objetivo de la Comunicación es desarrollar un enfoque estratégico global para la lucha contra el fraude, que tenga en cuenta también el Libro blanco de la Comisión sobre la reforma administrativa, así como una cultura de prevención del fraude. El nuevo sistema de cooperación tendrá como objeto principal los nuevos proyectos legislativos con repercusiones financieras importantes en los sectores de actividad de la Comunidad que se consideren más sensibles al fraude.

responsabilidades de los Estados miembros en materia de orden público y salvaguardia de la seguridad interior”.

El Tratado de Ámsterdam ofrece un marco institucional que permite a los Estados miembros llevar a cabo actuaciones conjuntas en los ámbitos indisociables de la cooperación policial y la cooperación judicial en asuntos penales. En ese sentido, el Parlamento emitió en 1997 una “Resolución sobre la creación de un espacio jurídico y judicial europeo para la protección de los intereses financieros de la UE contra la criminalidad internacional³⁸⁵”. Posteriormente fue el Consejo Europeo de Tampere quien definió las prioridades para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, basado en la intensificación de la cooperación en la prevención y lucha contra la delincuencia.

En este marco de cooperación, el 28 de febrero de 2000 se creó EUROJUST³⁸⁶, que se constituye como órgano de la Unión dotado con personalidad jurídica propia. Eurojust es competente por lo que se refiere a las investigaciones y las actuaciones (en relación con al menos dos Estados miembros) relativas a las formas graves de delincuencia para promover la coordinación entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros y para facilitar la aplicación de la cooperación judicial internacional y la ejecución de las solicitudes de extradición.

Entre otras cosas, la competencia de Eurojust cubre los tipos de delincuencia y las infracciones de los que es competente Europol (por ej.: terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, trata de seres humanos, falsificación de monedas, blanqueo de dinero), la ciberdelincuencia, el fraude y la corrupción, el blanqueo de los productos del crimen, la participación en una organización criminal.

³⁸⁵ DO C 200, de 30.6.1997, p. 0157

³⁸⁶ Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DO L 63 de 6.3.2002, pp. 1-13

1.8. El papel de la OLAF

1.8.1. Generalidades

Es imposible continuar nuestro estudio sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad sin hablar de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

Los métodos de lucha contra el fraude por parte de la Comisión fueron desarrollados en varias fases. En un primer momento, la Comisión creó en determinadas DG (especialmente las VI, XX y XXI) unidades administrativas encargadas de combatir el fraude. En una segunda fase, la Comisión decidió en 1987³⁸⁷ instaurar una unidad central de coordinación (Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude - UCLAF) en la Secretaría General, así como crear equipos antifraude en las diferentes DG. Al comienzo de la segunda fase, la UCLAF tenía a su disposición diez funcionarios (de los cuales cinco eran de grado A) bajo la autoridad de un director. Se previó asignar más personal a los servicios operativos.

La tercera fase, que comenzó al final de 1994, se caracterizó por una clara distinción entre la tarea de desarrollar y aplicar unos principios comunes y la tarea de recabar información, practicar investigaciones y promover la adopción de medidas correctoras cuando se hubieran puesto en peligro los intereses financieros de la Comunidad. La Comisión decidió transferir a la UCLAF las competencias de las diferentes DG en materia de lucha contra el fraude para lograr una mayor centralización en este campo. Con ello, se transfirieron a la UCLAF considerables recursos humanos y la mayor parte de las competencias presupuestarias.

La UCLAF se encarga de todas las actividades de la Comisión en el terreno de la lucha contra el fraude. Ello incluye en particular:

- la protección de los intereses financieros de la Comunidad;
- la concepción de la lucha contra el fraude en todos los ámbitos;
- el desarrollo de la infraestructura necesaria para la lucha contra el fraude (bases de datos, etc.);
- la recopilación y tratamiento de la información sobre casos de fraude;
- las medidas operativas (investigaciones, etc.).

Un punto y aparte en la UCLAF lo constituye el Informe Especial nº 8/98 del Tribunal de Cuentas, sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la “Unidad de

³⁸⁷ Informe de la Comisión sobre la intensificación de la lucha contra los fraudes que se producen en detrimento del presupuesto comunitario. Documento COM (87) 572 final, no publicado en el Diario Oficial

coordinación de la lucha contra el fraude³⁸⁸”. En él, pese a reconocer los esfuerzos que está realizando la Comisión en esta materia enumera un conjunto de deficiencias que hace que la lucha contra el fraude no sea tan efectiva y eficiente como debiera ser.

El primer problema es el marco jurídico y administrativo: por aquél entonces aún no se habían ratificado todos los convenios y protocolos del Tercer Pilar (a fecha de hoy sólo falta en la UE-15 la ratificación de Italia del Segundo Protocolo al Convenio PIF). Además, las mismas normas organizativas de la Comisión no son claras, lo cual redundará en una mayor inseguridad jurídica y, en esa misma línea, tal como afirma el Tribunal de Cuentas, “los procedimientos y las competencias referentes a la lucha contra la corrupción y las infracciones disciplinarias de carácter interno resultan poco claros e incompletos. En particular, no existen directrices claras sobre cómo llevar a cabo las investigaciones y faltan principios claros (como el de «tolerancia cero»)...³⁸⁹”

El siguiente aspecto que se criticaba era la alta rotación del personal a cargo de la OLAF, lo que supone en definitiva una menor eficiencia en conjunto. Otra de las deficiencias constatadas se refiere a la gestión de la información: las bases de datos no son plenamente operativas ni eficaces, no hay métodos uniformes de documentación y tramitación de expedientes, se da una falta de registro exhaustivo de la información sobre los importes recuperados que dificulta la recuperación de importes abonados indebidamente y, además, los datos sobre los casos de fraude publicados en el informe anual de la Comisión sobre la lucha contra el fraude son incompletos por lo que inducen a error.

Hay una última observación, de carácter procesal, y es que la forma en que se aplican las normas sobre los privilegios e inmunidades del personal comunitario obstaculiza la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión. Por añadidura, la OLAF en sus inspecciones en el territorio de los Estados miembros ha tenido que enfrentarse con graves limitaciones derivadas de sus legislaciones nacionales.

Después de este revés y tras dos propuestas normativas³⁹⁰ la OLAF fue creada por la Decisión de la Comisión 1999/352/CE/CECA de 28 de abril de 1999³⁹¹, con la misión de llevar a cabo investigaciones administrativas antifraude, sustituyendo a la OLAF. La Oficina no entró en funcionamiento hasta el 1 de junio de 1999, fecha de entrada en vigor de los reglamentos

³⁸⁸ Informe especial nº 8/98 sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la «Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude» (OLAF), acompañado de las respuestas de la Comisión (Presentado con arreglo al segundo párrafo del apartado 4 del artículo 188 C del Tratado CE), DO C 230, de 22.7.1998, pp. 1-44

³⁸⁹ Informe Especial nº 8/98, párrafo 1.12

³⁹⁰ Propuesta de Reglamento (CE, Euratom) del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Investigación del Fraude, DO C 21, de 26.1.1999, p. 10 y Propuesta modificada de Reglamento del Consejo relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina de Lucha contra el Fraude, DO C 131, de 12.5.1999, p. 5

³⁹¹ DO L 136, de 31.5.1999

relativos a investigaciones a realizar por la OLAF³⁹². Sus objetivos eran crear un organismo basado en la independencia, la transparencia y la eficacia, con garantías tales como un estatuto especial para el Director de la Oficina y un Comité de Vigilancia³⁹³.

Actualmente la OLAF se configura como un órgano con estatuto especial bajo la competencia de la Comisión, en concreto, bajo la competencia de la Comisario responsable del presupuesto. Su labor se desarrolla en tres grandes campos:

- realiza las labores de investigación que, en materia de lucha contra el fraude, corrupción y cualquier actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad Europea, haya sido conferida a la Comisión;
- coordina la acción de los Estados miembro en sus acciones en la lucha contra el fraude en detrimento de los intereses de las Comunidades; y,
- contribuye a la concepción y desarrollo de los métodos de prevención y lucha antifraude.

Por tanto, el cometido de la OLAF consiste en examinar los fraudes a la Hacienda Comunitaria, tanto dentro como fuera de las instituciones de las Comunidades Europeas, en el marco de un procedimiento administrativo y, en su caso, en informar a las autoridades judiciales (penales) competentes de los Estados miembros. Es más, cabe afirmar que *“la responsabilidad de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, tal como ha quedado instituida por la Comisión, se extiende más allá de la protección de los intereses financieros, al conjunto de actividades ligadas a la protección de intereses comunitarios frente a comportamientos irregulares que pueden dar lugar a diligencias administrativas o penales”*³⁹⁴.

³⁹² Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999, pp. 1-7 y Reglamento (Euratom) n° 1074/1999 del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999, pp. 8-14. Ambos reglamentos poseen idéntico texto. Sólo se diferencian en que uno de ellos regula el ámbito CE y el otro el ámbito EURATOM.

³⁹³ El artículo 11 del Reglamento 1073/1999 prevé la creación de un Comité de Vigilancia de la OLAF que reforzará la independencia de la Oficina a través de la realización de controles sobre las labores de investigación y que elaborará un informe de actividades anualmente. Los miembros del Comité fueron designados de común acuerdo por el PE, el Consejo y la Comisión, tomando posesión oficial de su cargo el 1 de agosto de 1999. En cumplimiento del mandato contenido en el Reglamento 1073/1999, el Comité de Vigilancia elaboró su reglamento interno que fue adoptado el 17 de noviembre de 1999 y publicado en el Diario Oficial de 15 de febrero de 2000 (DO L 41, de 15.2.2000, pp. 12-19). En este Reglamento interno el Comité sienta los criterios en que basa su control y en particular el respeto a la legalidad, pero este criterio de control no sustituye en modo alguno al control de legalidad que el artículo 14 del Reglamento 1073/1999 encomienda al Director de la OLAF y, en última instancia, al TJCE. El Reglamento interno describe las distintas modalidades de control de que dispone el Comité y especifica también las condiciones materiales de ejercicio de ese control, dejando claro en todo momento que todas sus funciones las realizará con absoluta y plena independencia.

³⁹⁴ Considerando 2º del Acuerdo Interinstitucional, de 25 de mayo de 1999....

1.8.2. Modos de investigación

Hasta 1995 las reglas sobre verificaciones *in situ* estaban contenidas en regulación sectorial, y dichos controles pretendían constatar disfunciones o irregularidades administrativas, pero no investigaban hechos irregulares que supusieran ilícitos administrativos o penales. La idea de investigaciones antifraude se desarrolla a partir de 1995 y es el ya mencionado reglamento 1073/1999 quien precisa las competencias de la OLAF en esta materia: la Oficina ejercerá las funciones atribuidas a la Comisión por el Reglamento 2185/96 de controles y verificaciones *in situ*, tanto dentro de los Estados como en países terceros, conforme a los acuerdos de cooperación en vigor. Las investigaciones se entienden a nivel comunitario y a nivel nacional, así como a petición o con la participación de la Comunidad.

Hay tres tipos de investigación: cuando la Oficina pide a los Estados miembros investigar; cuando los Estados miembros solicitan asistencia de la OLAF y cuando la OLAF coordina investigaciones en distintos Estados miembros³⁹⁵.

1.8.2.1. Investigaciones externas

Respecto a las investigaciones administrativas externas con base jurídica sectorial³⁹⁶ realizadas bajo la responsabilidad de los Estados miembros, la Oficina puede pedir a los éstos que abran una investigación en la que puedan participar sus agentes. O sea, la OLAF interviene coordinando las actividades de las autoridades encargadas de investigar en cada Estado. Todas las investigaciones

³⁹⁵ Sobre las investigaciones de la OLAF, véase PERDUCA, A., "La lotta antifrode e la tutela degli interessi finanziari comunitari", en RUGGIERI, F., *La giustizia penale nella convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione Europea*, Giuffrè-Bruylant, 2003, pp. 207-211, y PERDUCA, A.; PRATO, F., "Le indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) ed i rapporti con le autorità giudiziarie", en *Cassazione penale*, 2006, fasc. 12, pp. 4242-4251

³⁹⁶ Reglamento (CEE, Euratom) nº 1552/89 del Consejo, de 29 de mayo de 1989, por el que se aplica la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades, DO L 155 de 7.6.1989, pp. 1-8; Reglamento (CE) nº 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, DO L 82 de 22.3.1997, pp. 1-16; Reglamento (CEE) nº 595/91 del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación de la política agraria común, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 283/72, DO L 67 de 14.3.1991, pp. 11-15; Reglamento (CE) nº 1258/1999 del Consejo de 17 de mayo de 1999 sobre la financiación de la política agrícola común, DO L 160 de 26.6.1999, pp. 103-112; Reglamento (CEE) nº 4253/88 del Consejo de 19 de diciembre de 1988 por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2052/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, DO L 374 de 31.12.1988, pp. 1-14; Reglamento (CE) nº 1260/1999 del Consejo de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales, DO L 161 de 26.6.1999, pp. 1-42

externas se inician con una decisión del Director de la OLAF, a iniciativa propia, de los Estados miembros o de una institución u órgano de las Comunidades Europeas. El Director de la OLAF dirige la ejecución de las investigaciones y pasados nueve meses, debe informar al Comité de Vigilancia de las razones que impiden concluir la investigación.

Para esas investigaciones, el problema es la cooperación entre las autoridades nacionales y los agentes de los servicios de la Comisión. En este marco, las disposiciones existentes en la legislación comunitaria se adaptan a la especificidad de cada sector. Dentro del ámbito de la lucha contra el fraude, el recurso de los agentes de la OLAF a esta reglamentación sectorial no facilita la cooperación. En ese sentido, la ya mencionada Comunicación de la Comisión, de 28 de junio de 2000, «Protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude - Por un enfoque estratégico global» sugería crear un fundamento único para simplificar y clarificar las reglas de cooperación o de participación en las investigaciones nacionales en materia de lucha antifraude, sin perjuicio de mantener las diferentes bases legales que otros servicios de la Comisión deben utilizar para proteger los intereses financieros de las Comunidades³⁹⁷.

1.8.2.2. Investigaciones internas

La OLAF tiene una vertiente externa pero también una interna. De este modo, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron un Acuerdo Interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la OLAF³⁹⁸, adoptando un régimen común sobre las medidas de ejecución necesarias para facilitar el correcto desarrollo de las investigaciones en su seno. Además, invitaron al resto de instituciones y órganos a adherirse a este Acuerdo. El Consejo y la Comisión adoptaron dicho Acuerdo³⁹⁹, pero no sucedió lo mismo con el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones. El Banco Central creó⁴⁰⁰ un “Comité de lucha contra el fraude” responsable de supervisar las actividades de la Dirección de Auditoría

³⁹⁷ POELEMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2004, p. 419

³⁹⁸ Acuerdo Interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999, pp. 15-19

³⁹⁹ A través de la Decisión del Consejo 1999/394/CE, Euratom, de 25 de mayo de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades, DO L 149 de 16.6.1999, pp. 36-38 y Decisión de la Comisión 1999/396/CE, CECA, Euratom, de 2 de junio de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades [notificada con el número SEC (1999) 802], DO L 149 de 16.6.1999, pp. 57-59.

⁴⁰⁰ Decisión 1999/726/CE del Banco Central Europeo, de 7 de octubre de 1999, sobre prevención del fraude (BCE/1999/5, DO L 291 de 12.11.1999, pp. 36-38

(DAI) del BCE, con vistas a la prevención y detección de fraudes y otras actividades ilegales que vayan en detrimento de los intereses financieros del BCE.

Sin embargo, dicha decisión fue impugnada por la Comisión y el Tribunal de Justicia anuló dicha decisión⁴⁰¹. El Tribunal de Justicia precisa que tanto el BCE como el BEI deben regularse por el Reglamento 1073/1999, en la medida que ambos han sido creados por el Tratado CE. Por otra parte, la sentencia justifica la elección del artículo 280 TCE como base jurídica de dicho reglamento y excluye la argumentación del BCE según la cual dispone de recursos propios, distintos de los del Presupuesto comunitario. El tipo de investigación creado por el reglamento 1073/1999 no será una forma de control sistemático, sino que será un control exclusivamente motivado por la existencia de indicios suficientemente serios.

En cualquier caso, a pesar de las disposiciones sobre el procedimiento de las investigaciones internas de la OLAF, no existe ninguna instancia judicial europea competente para desarrollar las investigaciones en el interior de las instituciones comunitarias. La OLAF se convierte en un servicio administrativo de investigación que puede asistir a las autoridades judiciales. La persecución de los asuntos internos en las Instituciones depende de la buena voluntad de las autoridades nacionales del Estado miembro donde éstas se encuentren.

A partir de la Decisión del Banco Central Europeo, de 3 de junio de 2004⁴⁰², éste se sometió al Reglamento 1073/1999 y, en consecuencia, a la vigilancia de la OLAF.

1.8.3. Deficiencias en el marco de las investigaciones de la OLAF

1.8.3.1. Voluntad de independencia difícilmente realizable

En los orígenes, la Comisión pretendía crear una Oficina interinstitucional totalmente independiente, pero la fórmula original no fue aceptada ni por el Parlamento ni por el Consejo porque ello hubiera impedido que el nuevo órgano tuviera los poderes de control e investigación de la OLAF durante el periodo transitorio. La fórmula finalmente adoptada evita la ruptura: la

⁴⁰¹ Sentencias del TJCE de 10 de junio de 2003, *Comisión c. Banco Central Europeo*, asunto C-11/00, Rec. 2003, p. I-07147 y *Comisión c. Banco Europeo de Inversiones*, asunto C-15/00, Rec. 2003, p. I-7281

⁴⁰² Decisión del Banco Central Europeo, de 3 de junio de 2004, relativa a las condiciones que rigen las investigaciones que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude efectúe en el Banco Central Europeo en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y por la que se modifican las Condiciones de contratación del personal del Banco Central Europeo (BCE/2004/11), DO L 230, de 30.6.2004, pp. 56-60

OLAF formalmente pertenece a la Comisión y puede ejercer los poderes de la UCLAF pero tiene una autonomía presupuestaria y administrativa que garantiza su independencia operativa.

Para garantizar la independencia, el Director General tiene prohibido solicitar o aceptar instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna institución, incluida la Comisión. Es más, si el Director General considera que la Comisión toma una medida que cuestiona su independencia puede acudir al Tribunal de Justicia. Y además, la Oficina se somete al control regular por parte de un Comité de Vigilancia, compuesto por cinco personalidades externas a las Instituciones, independientes y particularmente cualificados dentro de las competencias de la OLAF⁴⁰³.

Esta solución rápida no confiere mucha independencia. De hecho, el Tribunal de Cuentas ha dicho en su dictamen 2/99⁴⁰⁴ que la OLAF queda bajo la responsabilidad de la Comisión y de hecho, los recursos contra los actos de la Oficina se refieren a la Comisión y no a la OLAF en sí. En definitiva, esta dualidad entre independencia operativa y dependencia organizativa ha sido objeto de numerosas críticas. A este fin, la Comisión propuso el 23 de julio de 2003 un Código de conducta destinado a facilitar la puesta en marcha de las disposiciones legales. Se inspira en los principios siguientes: la independencia de la OLAF dentro del ejercicio de sus poderes de investigación, el respeto a la confidencialidad de las investigaciones que requieren dicha protección y la necesidad de informar a la Comisión de los elementos esenciales de las investigaciones.

1.8.3.2. Protección de las garantías y derechos individuales

Si las investigaciones de la UCLAF tenían un carácter netamente administrativo, las realizadas por la OLAF tienen un carácter cercano al penal (especialmente en las investigaciones internas). Y en consecuencia, surge el problema de las garantías que deben observar las actuaciones, los procedimientos utilizados así como cuestiones de inmunidad, irresponsabilidad e inviolabilidad de locales.

El Acuerdo Interinstitucional no se refiere al Protocolo sobre las inmunidades⁴⁰⁵ ni al estatuto de los funcionarios. La regulación de la OLAF sólo prevé dos garantías: el derecho de los investigados

⁴⁰³ Actualmente lo componen Luis M. López Sanz-Aranguez, Kálmán Györgyi, Peter Strömberg, Diemut R. Theato y Rosalind Wright

⁴⁰⁴ Dictamen n° 2/1999 del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas sobre la propuesta modificada de un Reglamento (CE, Euratom) del Consejo relativo a las investigaciones que lleve a cabo la Oficina contra el Fraude, DO C 154 de 1.6.1999, p. 1

⁴⁰⁵ Protocolo número 7 sobre los privilegios e las inmunidades de la Unión Europea, DO C 115 de 9.5.2008, pp. 266-272

a hacer alegaciones y el derecho a ser informado de la investigación. Las pruebas obtenidas en el marco de una investigación de la OLAF, para ser utilizadas frente a la jurisdicción penal, deberán respetar las garantías del proceso penal.

1.8.3.3. El control de legalidad de las investigaciones

El control de la legalidad de las investigaciones de la OLAF no está previsto por el Reglamento 1073/1999. Las investigaciones de la OLAF, como las de la UCLAF, se someten al control del Tribunal de Primera Instancia. El Comité de Vigilancia, por otra parte, ejerce un control sobre la OLAF, pero no puede garantizar una protección suficiente en materia de derechos individuales, en tanto que no es un órgano jurisdiccional. Dicho control se revela insuficiente porque se limita a las investigaciones internas y es necesario que una instancia judicial supervise continuamente las actividades de la OLAF. El Comité de Vigilancia recomendó la creación de unas “medidas de organización interna de la OLAF, tales como la creación de un grupo de magistrados”. La idea es que no se de una protección sólo *a posteriori*, sino también durante el procedimiento.

La otra posibilidad es la que ya mencionaba el *Corpus Juris*, esto es, la creación de un Fiscal Europeo, elemento que ayudaría a reforzar la regularidad y objetividad de las investigaciones. En cualquier caso, el límite de la OLAF es que no puede desarrollar investigaciones de manera autónoma, sino que debe colaborar con los Estados miembros, que no tiene siempre las mismas prioridades e intereses. Además, la OLAF no dispone de poderes de persecución o de acción pública, ni siquiera de oficial de policía judicial (cosa que sucederá con la creación de la Fiscalía Europea). La dificultad de dar un valor penal a las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la Oficina representa uno de los mayores obstáculos para la represión efectiva del fraude al presupuesto de la Unión⁴⁰⁶.

1.8.4. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1073/1999

En abril de 2003 la Comisión aprobó una primera evaluación de las actividades de la OLAF⁴⁰⁷, en la que se incluía un inventario de recomendaciones destinadas a reforzar más aún las actividades de

⁴⁰⁶ POELEMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire...*, p. 430

⁴⁰⁷ Documento COM (2003) 154 final

la Oficina. La Comisión concluyó que, aunque las sinergias y la situación institucional de la Oficina (un servicio de la Comisión con autonomía de funcionamiento) no planteaban problemas, convenía incrementar la eficacia y la cooperación con los Estados miembros.

En febrero de 2004 la Comisión adoptó varias propuestas por las que se modificaban los Reglamentos (CE) 1073/1999 y (Euratom) 1074/1999⁴⁰⁸. El objetivo consistía en reforzar los derechos procedimentales de las personas, incrementar el control de la duración de las investigaciones y mejorar el intercambio de información entre la Oficina y las instituciones interesadas, así como la eficacia de las actividades operativas.

Antes de proceder a la lectura de estas propuestas, el Parlamento Europeo y el Consejo pidieron una evaluación complementaria sobre los resultados de la Oficina. En este contexto, el Tribunal de Cuentas elaboró un Informe Especial⁴⁰⁹ sobre la gestión de la OLAF en el que se incluyó un inventario de recomendaciones y un Dictamen sobre las enmiendas propuestas en febrero de 2004⁴¹⁰. El Tribunal de Cuentas reconoce que la estructura actual de la Oficina, servicio de la Comisión con autonomía de funcionamiento, es satisfactoria. No obstante, el Tribunal recomienda que se incremente el esfuerzo con miras a una mayor eficacia de la Oficina, en particular en los aspectos de gestión y duración de las investigaciones, cooperación con las autoridades nacionales y concentración en las tareas esenciales, así como sobre las competencias del Comité de vigilancia.

En julio de 2005, la comisión de Control Presupuestario organizó una audiencia pública en el Parlamento Europeo sobre el fortalecimiento de la OLAF, que permitió concluir que la actual estructura institucional de la Oficina no es contraria a la autonomía de la OLAF, pero era necesario consolidar los derechos de la defensa y que había que examinar la función de control. La propuesta está en tramitación por el procedimiento de codecisión y el último acto ha sido el Dictamen del Parlamento Europeo en primera lectura, aprobado con enmiendas el 20 de noviembre de 2008⁴¹¹

⁴⁰⁸ Documento COM (2004) 103 y 104

⁴⁰⁹ Informe Especial nº 1/2005, DO C 202, de 18.8.2005, p. 1, aprobado por el Consejo en sus Conclusiones de 8 de noviembre de 2005

⁴¹⁰ Dictamen 6/2005, DO C 202 de 18.8.2005, p. 33

⁴¹¹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1073/1999 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (COM(2006)0244 – C6-0228/2006 – 2006/0084(COD)), Referencia PE 409.747v03-00, A6-0394/2008

La presente propuesta, que sustituye a la que se presentó el 10 de febrero de 2004 y fue retirada, gira sobre 7 aspectos:

Gobernanza⁴¹², cooperación entre las instituciones y Comité de vigilancia

La audiencia de julio de 2005 reveló cierta incertidumbre en cuanto al nuevo papel del Comité de vigilancia tal como la Comisión lo planteó en febrero de 2004. Por otra parte, la Comisión considera necesario que haya una gobernanza política relativa a las prioridades vinculadas a las actividades de investigación. La presente propuesta pretende crear un diálogo estructurado entre el Comité de Vigilancia y los representantes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión con el fin de definir las prioridades estratégicas, el programa de actividades de la Oficina y el informe anual de actividad de dicho Comité, así como del informe del Director General de la Oficina.

Garantizar los derechos de las personas implicadas

La propuesta tiene por objeto, en la medida de lo posible, armonizar los procedimientos relativos a las investigaciones internas y externas, con el fin de simplificar su tramitación y reforzar la seguridad jurídica. La Comisión propone incluir en el Reglamento una disposición detallada sobre las garantías procedimentales que deberán respetarse tanto en las investigaciones internas como en las externas. Estas garantías se basan en las disposiciones que figuran en el Acuerdo Interinstitucional sobre investigaciones internas, a la par que las completan, (así como las distintas decisiones por las que se aplica), en el estatuto y en el manual de la OLAF. Su incorporación en el Reglamento mismo permite constituir un cuerpo uniforme de garantías básicas aplicables a todas las investigaciones de la OLAF, tanto internas como externas. Las garantías adicionales propuestas son las siguientes:

- disposiciones sobre la información que la OLAF deberá comunicar antes de una entrevista y sobre el establecimiento de un acta de la entrevista;
- derecho del interesado a que en una entrevista le asesore la persona de su elección;
- derecho no a inculparse.

Incrementar el control de las investigaciones

⁴¹² **Gobernanza** es el concepto de reciente difusión para designar a la eficacia, calidad y buena orientación de la intervención del Estado, que proporciona a éste buena parte de su legitimidad en lo que a veces se define como una "nueva forma de gobernar" en la globalización del mundo posterior a la caída del muro de Berlín (1989). También se utiliza el término **gobierno relacional**.

Sobre todo se emplea en términos económicos (lo que también se conoce como una de las acepciones del término quinto poder), pero también sociales o de funcionamiento institucional, esencialmente la interacción entre sus distintos niveles, sobre todo cuando se producen grandes cesiones competenciales hacia arriba (por ejemplo la integración en la Unión Europea) y hacia abajo (la descentralización territorial, lo que se ha podido designar con el término sexto poder). También, y muy especialmente, la forma de interacción de las administraciones públicas con el mercado y las organizaciones privadas o de la denominada sociedad civil (empresas, patronales, sindicatos y otras), que no obedecen a una subordinación jerárquica, sino a una integración en red, en lo que se ha denominado "redes de interacción público-privado-civil a lo largo del eje local/global.

La Comisión estima necesario un aumento del control de las investigaciones para asegurar el respeto de las garantías procedimentales. Dicho control se lo atribuye a un Consejero supervisor que ejerza sus funciones en la Oficina con carácter exclusivo y con plena autonomía, garantizada mediante el papel del Comité de vigilancia en el proceso de nombramiento. Este control tiene en cuenta la confidencialidad de las investigaciones y el principio de buena administración, el secreto profesional y la protección de datos así como el ejercicio, tanto por las autoridades disciplinarias como por las autoridades judiciales, de sus prerrogativas respectivas.

Este control reforzado se aplicaría en todas las fases del desarrollo de una investigación interna o externa, garantizándose así un régimen de control único para el conjunto de las actividades de investigación de la Oficina. Las modalidades procedimentales de los dictámenes del Consejero supervisor deberán estar reguladas por una decisión interna de la Comisión. En cualquier caso, la función de Consejero supervisor es una medida adicional que no sólo no pretende suplantar el control jurisdiccional del juez comunitario sino que se propone reforzar los mecanismos previos de control.

Las nuevas disposiciones proponen un nuevo régimen para las investigaciones de larga duración. Las instituciones «afectadas» por una investigación y el Comité de vigilancia deberán ser informados del dictamen del Consejero supervisor cuando tras dicho dictamen la OLAF decida seguir investigando durante más de doce meses. La Comisión y el Comité de vigilancia por su parte, son los destinatarios de los informes estadísticos y analíticos elaborados periódicamente por el Consejero supervisor en materia de duración de las investigaciones internas y externas.

El Consejero supervisor deberá emitir dictámenes:

- sobre las garantías procedimentales que establece el artículo 6, apartado 5 (plazo razonable de investigación), y el artículo 7bis del presente Reglamento, por iniciativa o a petición cualquier funcionario o agente CE, o de cualquier operador económico implicado personalmente en una investigación que se esté llevando a cabo. Esta consulta para dictamen puede producirse en cualquier momento del desarrollo de la investigación;
- en materia de duración de una investigación superior a doce meses, y en caso de que se prolongue a continuación más de dieciocho meses a petición del Director General de la Oficina; este dictamen deberá comunicarse a la institución, órgano u organismo afectado por la investigación así como al Comité de vigilancia;
- si fuera necesario diferir el cumplimiento de la obligación de invitar a la persona personalmente implicada a expresarse sobre todos los hechos que la conciernen, lo que en otras palabras significa no dar al interesado el derecho de audiencia;
- en cualquier momento durante la investigación, a petición del Director General de la oficina en relación con el control de las investigaciones.

En la última etapa de una investigación, el dispositivo propuesto otorga al funcionario o agente CE o a cualquier otra persona física u operador económico, personalmente implicado en los

hechos que se estén investigando, el derecho a que la Oficina le comunique las conclusiones y recomendaciones del informe de investigación definitivo. Asimismo, autoriza al interesado que considere que no se han respetado las garantías procedimentales que le correspondían durante la ejecución de la investigación a presentar una solicitud de dictamen ante el Consejero supervisor.

Este derecho de comunicación en la última etapa de la investigación está limitado por la excepción de deber mantener un secreto absoluto para proteger las consecuencias penales de la investigación y la eficacia de la cooperación entre la OLAF, las autoridades judiciales y la policía.

Mejorar la circulación de la información

- Entre la OLAF y las instituciones y órganos europeos
- Entre la OLAF y los Estados miembros
- Entre la OLAF y los informadores

Refuerzo de la eficiencia operativa de la OLAF

La Comisión propone algunas disposiciones que debieran permitir a la OLAF concentrarse en sus prioridades de acción. En general, conviene clarificar los procedimientos de apertura y cierre de las investigaciones así como las relaciones entre las acciones internas de las instituciones y órganos europeos, por una parte, y las investigaciones de la OLAF, por otra. Mientras una investigación interna de la OLAF siga su curso, las instituciones, órganos y organismos no deberán iniciar investigaciones paralelas.

Como en épocas anteriores, la decisión de iniciar o no una investigación corresponde a la OLAF, en función de sus prioridades y de su programa de actividades en materia de investigación, y habida cuenta del principio de proporcionalidad. Por otra parte, la autonomía de funcionamiento de la Oficina en cuanto a la forma de realizar sus investigaciones seguirá siendo escrupulosamente respetada y garantizada por el Comité de vigilancia.

Mejorar la eficacia de las investigaciones de la OLAF

Con arreglo a las recomendaciones que figuran en el informe de evaluación, se propone clarificar las competencias de la OLAF en materia de investigación en el marco de las investigaciones externas referentes a operadores económicos beneficiarios de fondos comunitarios mediante contratos, convenios o decisiones de subvención (gastos directos). Estos esclarecimientos deberán servir también para aumentar la eficacia de las investigaciones de la OLAF en el ámbito de los gastos indirectos.

En el marco de la ejecución de investigaciones externas conviene otorgar a la OLAF un mejor acceso a la información que posean las instituciones y órganos europeos. En el marco de la

ejecución de investigaciones internas también debería facilitarse el acceso a la información de que disponen los operadores económicos.

Mandato del Director General de la Oficina

En último lugar, y con el fin de reforzar su autonomía, ha parecido oportuno establecer que el mandato del Director General de la Oficina no sea renovable. Además, el texto menciona explícitamente la posibilidad de que dispone el Director General de no transmitir a las autoridades nacionales información sobre hechos que pudieran pertenecer al ámbito del Derecho penal cuando dicha transmisión no se justifique por motivos de proporcionalidad y eficacia de las actuaciones. Se informará de esta decisión al Comité de vigilancia y al Consejero supervisor.

1.9. Últimos pasos en la protección de los intereses financieros

1.9.1. Protección penal de los intereses financieros de la Comunidad

Después de pasar varios años desde la adopción del Convenio PIF y de sus respectivos protocolos, y tras los “urgentes y reiterados” –en palabras de la Comisión- llamamientos del Consejo Europeo, del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión a la ratificación⁴¹³, muchos Estados seguían sin ratificar dichos instrumentos. La ausencia de una definición común, en el ámbito penal, de los comportamientos ilegales que afecten a los intereses financieros comunitarios y la disparidad entre las sanciones penales en los Estados miembros (que no siempre resultan efectivas, proporcionadas y disuasivas) hace que la represión del fraude transnacional y la cooperación a escala europea sean muy difíciles.

La propuesta de directiva⁴¹⁴ propone incluir todas las disposiciones de los instrumentos PIF actuales que no entran en la restricción prevista en la segunda fase del artículo 280.4 TCE⁴¹⁵. En este sentido, la Comisión interpreta que dicha excepción no se refiere al Derecho penal de modo

⁴¹³ Como por ejemplo las conclusiones del Consejo Europeo de Ámsterdam de los días 16 y 17 de junio de 1997, la Recomendación nº 27 de la estrategia de la UE para la prevención y el control de la delincuencia organizada, aprobada por el Consejo y publicada en el DO C 124 del 3 de mayo de 2000, las conclusiones del Consejo ECOFIN del 17 de julio de 2000 o también la Resolución del Parlamento Europeo del 13 de diciembre de 2000.

⁴¹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, documento COM (2001) 272, DO C 240 de 28.8.2001.

⁴¹⁵ Recordemos que el artículo 280.4 del Tratado CE establece que "el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia".

genera y en su totalidad, sino que se refiere exclusivamente a dos aspectos específicos, “la aplicación de la legislación penal nacional” y “la administración de justicia en los Estados miembros”, lo cual no excluye la adopción de ciertas medidas de armonización de carácter penal.

Las disposiciones de esta propuesta se inspiran todas en las disposiciones contenidas en los instrumentos PIF del tercer pilar, lo que en otras palabras significa que la propuesta de Directiva pretende comunitarizar, sobre la base del artículo 280.4 TCE, gran parte de las disposiciones del Tercer Pilar pendientes de ratificación⁴¹⁶. Dicha propuesta fue modificada posteriormente⁴¹⁷, aceptando alguna de las enmiendas que propuso el Parlamento Europeo (que pretendía transformar la Propuesta de Directiva en Reglamento).

Dicha propuesta de directiva perdió parte de su objeto con la entrada en vigor del Convenio PIF el 17 de octubre de 2002, así como el Primer Protocolo y el Tercer protocolo o protocolo relativo a la interpretación del Convenio. Sin embargo, el Segundo Protocolo sigue sin entrar en vigor por la negativa a ratificar de Italia. Por eso mismo la Comisión mantiene la propuesta, aunque por motivos políticos y ante su probable impugnación, no ha cristalizado en una Directiva.

1.9.2. La creación de la Fiscalía Europea. El Libro verde de la Comisión sobre el Fiscal Europeo

El origen de la propuesta de la creación de un Fiscal Europeo surge de la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito - Contribución de la Comisión Europea para la preparación de la Conferencia Intergubernamental sobre cuestiones institucionales⁴¹⁸”, complementado con un dictamen⁴¹⁹ y una comunicación posterior en el que la

⁴¹⁶ Tras un primer capítulo sobre el asunto en cuestión y algunas definiciones generales, la propuesta de Directiva establece en su capítulo II los comportamientos que afectan a los intereses financieros comunitarios, es decir, el fraude (artículo 3), la corrupción activa y pasiva (artículo 4), con algunas disposiciones de asimilación (artículo 5), y el blanqueo de capitales (artículo 6) y obliga a los Estados miembros a convertir dichos comportamientos en infracciones penales (artículo 7). Los capítulos III y IV contienen las disposiciones relativas a la responsabilidad y a las sanciones, incluidos los relativos a las personas jurídicas (artículos 9 y 11). El capítulo V incluye las disposiciones relativas a la cooperación de las autoridades nacionales con la Comisión (artículo 13) y las demás disposiciones finales.

⁴¹⁷ Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, documento COM (2002) 577 final, DO C 71 de 25.3.2003.

⁴¹⁸ Documento COM (1999) 592

⁴¹⁹ Dictamen de la Comisión en virtud del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea sobre la reunión de una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con el fin de modificar los Tratados - Adaptar las instituciones para que la ampliación sea un éxito, documento COM (2000) 34. Dicho dictamen complementa la Propuesta de la Comisión sobre la reforma de la jurisdicción comunitaria, hecha por la Comisión en la “Contribución

Comisión expuso por primera vez las razones por las que el Fiscal Europeo sería un medio de protección penal de los intereses financieros comunitarios.

El principal escollo jurídico a la hora de crear dicha figura es el artículo 280 TCE, pues la dicción del mismo (“... *no se referirán ni a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia*”) impide el establecimiento de un espacio penal europeo que incluya a un órgano judicial común como una Fiscalía Europea. A este fin, la solución pasaría por introducir al final del artículo 280.4 TCE la siguiente precisión “*sin perjuicio de las disposiciones del artículo 280 bis, dichas medidas no se referirán...*”. El otro escollo son las reticencias de los Estados miembros: éstos no deben temer la creación de esta nueva instancia comunitaria ya que no persigue la postergación de los fiscales nacionales sino todo lo contrario. Es imprescindible dotar a la Unión de una autoridad de persecución de determinados delitos que supere las fronteras de los Estados pero con la evidente coordinación de los fiscales de cada una de las naciones⁴²⁰.

El artículo 280 bis⁴²¹, propuesto por el libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo⁴²², del que a continuación hablaremos, por tanto, regularía el Fiscal europeo⁴²³. A pesar de todos los esfuerzos, la CIG 2000 que daría

complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales - Reforma del sistema judicial comunitario”, documento COM (2000) 109.

⁴²⁰ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., “El nacimiento del Fiscal Europeo”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, nº 17, enero-abril, 2004, p. 233

⁴²¹ 1. Con el fin de contribuir a la realización de los objetivos del apartado 1 del artículo 280 el Consejo, pronunciándose a propuesta de la Comisión por mayoría cualificada y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo, nombrará por un período de seis años no renovable a un Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas en el apartado 3.

2. El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción. En caso de que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiera cometido una falta grave podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 251, el Consejo establecerá el estatuto del Fiscal Europeo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando:

(a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas;

(b) las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas;

(c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones.

⁴²² Documento COM (2001) 715

⁴²³ Sobre la figura y base jurídica del Fiscal Europeo, véanse POLLICINO ORESTE, M.L., “Tutela degli interessi finanziari comunitari tra proposte della Commissione e opzioni della Convenzione: alla ricerca della base giuridica più appropriata per un procuratore europeo nella futura (ed eventuale) Costituzione Europea”, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, fasc. 1, pp. 507-517; y MADDALENA, P., “Frodi comunitarie e responsabilità amministrative. L’istituendo P.M. Europeo e il ruolo del P.M. contabile”, en *L’Amministrazione italiana*, 2003, fasc. 10, pp. 1351-1361

lugar al Tratado de Niza⁴²⁴ no tuvo resultados en materia de protección de los intereses financieros.

El Libro verde de la Comisión sobre el Fiscal Europeo

Antecedentes

La necesidad de la creación de una Fiscalía europea surge de cuatro premisas. En primer lugar, la necesidad de superar el fraccionamiento del espacio penal europeo. El carácter transnacional del fraude y las redes de delincuencia organizada hacen precisa la cooperación de poderes judiciales que utilizan normas de fondo y procedimiento distintas⁴²⁵. El hecho de que las autoridades policiales judiciales nacionales sólo tienen competencia para actuar en su propio territorio hace que muchas veces se den actuaciones concurrentes, parciales o incluso inexistentes. En segundo lugar, el deseo de superar la concepción tradicional de cooperación judicial entre Estados miembros. Si bien es cierto que en el ámbito del Tercer Pilar existen numerosos mecanismos de cooperación en materia judicial, éstos no responden adecuadamente a la cuestión de las actuaciones penales por los perjuicios causados a los intereses financieros comunitarios. El Fiscal europeo ayudará a, por ejemplo, evitar la destrucción de pruebas y la fuga de sospechosos que actualmente se da por las lagunas en la cooperación vertical entre la Comunidad y los Estados miembros.

En tercer lugar, se quiere crear un espacio común de investigación y actuaciones judiciales, guiado por el principio de admisibilidad mutua de pruebas. El principal problema es que las actuaciones administrativas de la Comunidad para reprimir el fraude no siempre dan lugar a procedimientos penales en los Estados miembros debido a los obstáculos normativos procesales⁴²⁶. El otro problema se refiere a la admisibilidad de las pruebas practicadas: puesto que los tribunales aplican el principio del *forum regit actum*, no reconocen las normas del lugar donde se efectuaron los actos de investigación pueden inadmitir la prueba practicada. Por último lugar, hay una voluntad de reforzar la organización y eficacia de las investigaciones dentro de las instituciones

⁴²⁴ DO C 80, de 10.3.2001

⁴²⁵ Incluso algunos Estados miembros tienen varios ordenamientos jurídicos nacionales, tal como ocurre en el Reino Unido con Inglaterra y el País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

⁴²⁶ Por ejemplo, las autoridades nacionales competentes no tienen todas el mismo acceso a la información, en la aplicación de las distintas normas nacionales relativas, en particular, al secreto fiscal, al secreto comercial, o a la instrucción penal.

comunitarias, o lo que es lo mismo, crear una instancia judicial europea competente para realizar investigaciones dentro de las instituciones comunitarias.

El principio rector de la actividad de la Fiscalía Europea será el respeto de los derechos fundamentales, tal como los garantizan el artículo 6 TUE, los principios fundamentales del Derecho comunitario consagrados por el Tribunal de Justicia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Todo ello supervisado a nivel nacional por un “juez de libertades”.

Competencia

Material. Según el artículo 280 bis TCE propuesto por la Comisión, el Fiscal Europeo tendrá como misión *“investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas”* por el legislador comunitario.

Así pues, las competencias que la Comisión propone asignar al Fiscal Europeo se limitan al ámbito de la protección de los intereses financieros comunitarios⁴²⁷, tal como se definen en el artículo 280 TCE. Conviene recordar que los intereses financieros que deben protegerse (como veremos en el punto II.2) son el presupuesto general, los presupuestos administrados por las Comunidades o por cuenta de éstas y algunos fondos no presupuestados⁴²⁸, administrados por su propia cuenta, por organismos comunitarios sin estatuto de institución⁴²⁹. La protección de los intereses financieros no afecta sólo a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que se extiende actualmente a toda medida que afecte o pueda afectar al patrimonio de las Comunidades, por ejemplo, los bienes inmuebles.

Territorial. La Comisión propone que el Fiscal Europeo ejerza los poderes atribuidos en todo el territorio de las Comunidades, tal como se define en el artículo 299 TCE, y actuará en un espacio

⁴²⁷ A pesar de que hay otros intereses comunes como son la moneda única, la función pública europea o la marca comunitaria. En este sentido, destacan los artículos 3 y 4 de la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, DO L 140, de 2.6.2000. El presente acto se ve afectado por la sentencia C-176/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa al reparto de competencias en materia penal entre la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, analizada ampliamente en el punto I.1.3.1.

⁴²⁸ Por ejemplo, el Fondo Europeo de Desarrollo, gestionado por la Comisión y el Banco Europeo de Inversiones

⁴²⁹ Informe explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997, parte III, apartado 1.1, DO C 191, de 23.6.1997, p. 1.

común de investigaciones y actuaciones judiciales, puesto que sus actos tendrán el mismo valor en todos los Estados miembros. El Fiscal Europeo se configurará como una instancia comunitaria de dirección centralizada de las investigaciones y de las actuaciones judiciales, en un espacio común, lo cual no supone alterar el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales. Insiste la Comisión en que el “Fiscal Europeo constituye más una atribución de competencias comunes que una transferencia de competencias nacionales preexistentes⁴³⁰”.

Estatuto jurídico y organización interna

La principal característica del Fiscal Europeo es la independencia⁴³¹, justificada por su calidad de órgano judicial especializado. Independencia que debe entenderse tanto respecto de las partes en el proceso, en el marco de los procedimientos contradictorios, como respecto de los Estados miembros y de las instituciones, órganos y organismos comunitarios. El Fiscal Europeo, entendido como jefe de la Fiscalía Europea lo elegiría el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo. Éste será responsable de la dirección y la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales, correspondientes a las infracciones de su competencia.

La organización de la Fiscalía se basará en la distribución de tareas entre el Fiscal Europeo, que centralizará el mínimo necesario a escala comunitaria, y los fiscales europeos delegados, pertenecientes a los sistemas judiciales nacionales, que ejercerán la acción del Ministerio Fiscal. La función de los delegados del Fiscal Europeo será impulsar la acción del Fiscal Europeo (del que dependen jerárquicamente), esto es, el ejercicio concreto de las competencias, tanto en la fase de investigación como actuaciones judiciales.

⁴³⁰ Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, documento COM (2001) 715, apartado 3.2.2. *“el Fiscal Europeo constituye más una atribución de competencias comunes que una transferencia de competencias nacionales preexistentes”*.

⁴³¹ La Comisión, inspirándose en determinadas disposiciones previstas para garantizar la independencia de los miembros del Tribunal de Justicia, propuso en el apartado 2 del proyecto de artículo 280 bis que *“el Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción”*.

Derecho penal material

La Comisión propuso inscribir en el Tratado CE que el Consejo, en codecisión con el Parlamento Europeo, establecerá *"las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando: (a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas; [...]"*. La Fiscalía Europea precisa de un conjunto de normas para poder funcionar, y éstas pueden surgir bien de una remisión a los Derechos internos, de una armonización más o menos intensa o de una unificación total de determinadas disposiciones nacionales.

La Comisión estima que una armonización total o incluso una unificación sería legítima en el campo de la protección de los intereses financieros comunitarios, es decir, en los ámbitos que competen especialmente al Fiscal Europeo, por ejemplo la definición de los elementos constitutivos de las infracciones de su competencia o la duración del plazo de prescripción correspondiente. Ello daría una mayor seguridad jurídica. La Comisión remite a los tipos propuestos en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad⁴³² que, como ya dijimos en el punto II.1.9.1., pretende comunitarizar, sobre la base del artículo 280.4 TCE, algunos aspectos normativos del Tercer Pilar, en particular, la normativa PIF pendiente de ratificación por los Estados miembros.

En cambio, para los ámbitos más generales del Derecho penal⁴³³ bastaría con una remisión, parcial o total, al Derecho nacional, optando por una dirección diferente a la establecida por el Corpus Juris.

Finalmente, el Libro verde detalla en profundidad el régimen del procedimiento de las actuaciones del Fiscal Europeo: fase preparatoria, fase judicial, garantía de la intervención de un juez (el juez de libertades), etc. En relación con este último aspecto, el Parlamento Europeo aconsejó la creación de una Sala de Cuestiones Preliminares en el Tribunal de Justicia. Ello se debe al siguiente problema de principio detectado por el Parlamento Europeo respecto de la propuesta de la Comisión: un juez nacional (el juez de libertades) que debe controlar un órgano de

⁴³² Documento COM (2001) 272, DO C 240 de 28.8.2001.

⁴³³ El Corpus Juris, como vimos en el punto II.1.5.1. proponía una mayor armonización en materia de Derecho penal general: normas sobre los elementos subjetivos del tipo, error, responsabilidad penal individual, responsabilidad penal del responsable de empresa y de las entidades colectivas, graduación de la pena, circunstancias agravantes y penas impuestas en caso de concurso de leyes.

persecución penal europeo (Fiscal Europeo o Fiscales Europeos Delegados) carece de la visión de conjunto necesaria en los procedimientos transfronterizos (a diferencia de lo que ocurriría con un órgano jurisdiccional de ámbito europeo).

Consecuentemente, cree conveniente realizar el control sobre los actos de la Fiscalía Europea en el plano europeo, por lo que propugna la creación de una futura Sala de lo Penal dependiente del TJCE, solución ésta que *“ofrecería la garantía jurisdiccional necesaria. En efecto, podría garantizar el control de la fase preliminar, la unidad en la aplicación y la interpretación del Derecho comunitario, la equidad en la determinación de la jurisdicción competente para el juicio, y por supuesto el respeto de los derechos humanos a lo largo de todo el procedimiento”*. A este respecto, el Parlamento Europeo solicita a la Comisión que, en el tiempo que resta hasta la CIG 2004, complete la contribución que realizó a la Conferencia de Niza con el fin de prever la creación de una Sala de Cuestiones Preliminares del TJCE, la cual se hará necesaria, en opinión del Parlamento Europeo, para el funcionamiento del sistema⁴³⁴.

Fiscalía Europea y OLAF

Otro aspecto relevante es el papel que desempeñará la OLAF a partir de la creación de la Fiscalía. Recordemos que la OLAF dispone de poderes de investigación de carácter administrativo, con vocación de transmitir una parte de los resultados de su trabajo a las autoridades judiciales nacionales y, de hecho, según la Decisión por la que se crea la OLAF, *“la Oficina es el interlocutor directo de las autoridades policiales y judiciales”*⁴³⁵. Como vemos, los ámbitos de competencia material (“obtención de pruebas de los hechos”) de la Oficina y del Fiscal Europeo coinciden en parte, por lo que convendría articularlos.

La actual limitación de la OLAF al control administrativo se debe sobre todo a que los Estados miembros (hasta ahora) no reconocen la competencia en materia penal (de las investigaciones) de la CE. Para la creación de un Fiscal Europeo es necesario que cambie la posición en esta cuestión de competencias. Sin embargo, esto no afecta a las competencias de la OLAF. No

⁴³⁴ Documento de Trabajo sobre el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, Comisión de Control Presupuestario del Parlamento Europeo, de 26 de junio de 2002, pág. 6. Véanse también CHITI, G., “La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea: lo stato attuale” en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, fasc. 3, pp. 1563-1578 y PICOTTI, L., “L’attuazione in Italia degli strumenti dell’Unione Europea e la protezione penale degli interessi finanziari comunitari”, en *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2006, fasc. 3, pp. 615-671; y CHITI, G., “La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea: prospettive di riforma” en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, fasc. 1, pp. 473-489

⁴³⁵ Artículo 2.6. de la Decisión de la Comisión 1999/352/CE/CECA de 28 de abril de 1999, DO L 136, de 31.5.1999

obstante, habría que considerar si debe concederse a la OLAF *la competencia para efectuar investigaciones en materia penal en apoyo del Fiscal Europeo* en el caso de investigaciones sobre el terreno, pues el Fiscal Europeo no siempre podría llevar a cabo él mismo dichas investigaciones.

En tal caso podría solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros que procedan a tales investigaciones o bien podría –en caso de que se ampliasen las competencias de la OLAF– encargar a esta última la realización de las diversas investigaciones. De este modo, la OLAF ocuparía el lugar que corresponde a las policías en los Estados miembros (en los ordenamientos jurídicos continentales), en los cuales la realización de las investigaciones en materia penal se encargan en primer lugar a un órgano judicial, aunque las competencias en este ámbito pueden delegarse en la policía.

Otra cuestión distinta de la anterior consiste en saber si la OLAF debería seguir llevando a cabo controles administrativos basados en sus propias competencias y el alcance de dichas actuaciones. Esta cuestión se plantea en vista de que el objetivo de los controles de la OLAF es preparar las actuaciones judiciales en materia penal en los Estados miembros. Esta tarea sería asumida (en sentido amplio) por el Fiscal Europeo⁴³⁶.

De la misma manera, las obligaciones actuales de informar a la OLAF deberán modificarse a la luz de la obligación de sometimiento al Fiscal Europeo y del mismo modo, para evitar pérdidas de esfuerzos en las investigaciones, el Fiscal Europeo deberá poder utilizar para sus propios fines los resultados de las investigaciones de la OLAF. Aspecto no libre de polémica, porque la obtención de pruebas en el curso de una investigación de carácter administrativo como es la de la OLAF puede presentar numerosos problemas de legalidad.

Al final, lo que se plantea la Comisión es si la OLAF podría desempeñar las funciones propias del Ministerio Fiscal, es decir, la investigación en materia penal, tanto fuera como dentro de las instituciones, órganos y organismos europeos. Para algunos autores, la OLAF sólo podría recibir competencias para realizar investigaciones en materia penal en una función de “unidad de apoyo” a un Fiscal Europeo para las investigaciones sobre el terreno. En ese caso, además, habría que considerar en qué circunstancias se ejercería dicha función de apoyo (tal vez una relación de

⁴³⁶ GLEB, S., BIEHLER, A., PARRA, N., y ZEITLER, H.E., *Analysis of the Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*, Study commissioned by the Committee on Budgets of the European Parliament, Max Planck Institute of Foreign and International Criminal Law, Freiburg/Br., April 2002, http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_mplanck_de_en.pdf

subordinación como la existente entre fiscalía y policía en los ordenamientos jurídicos continentales). Es una cuestión compleja y que dará mucho que hablar.

En definitiva, el objetivo de este Libro Verde no era otro que conocer la opinión de todos los sectores interesados para presentar una nueva propuesta de modificación de los Tratados⁴³⁷.

1.9.3. La Constitución Europea

La reforma de Niza pronto se consideró insuficiente y en diciembre de 2001, el Consejo Europeo de Laeken adoptó una nueva Declaración sobre el futuro de la Unión⁴³⁸ y el 4 de octubre de 2003 la Conferencia Intergubernamental empezó sus trabajos para alcanzar un consenso sobre el texto de la futura Constitución Europea, alcanzándose un acuerdo político en el Consejo Europeo de Bruselas de los días 17 y 18 de junio de 2004, donde se aprobó el Proyecto del Tratado de

⁴³⁷ Tal como dice la Comisión en el Libro verde, pp. 79 y ss., los objetivos pretendidos son los siguientes:

- El nombramiento de un Fiscal Europeo independiente, que centralice la dirección de las investigaciones y actuaciones judiciales y ejerza así la acción del Ministerio Fiscal ante los tribunales competentes de los Estados miembros, en el ámbito de la protección de los intereses financieros comunitarios; y
- la adopción de un marco de normas específicas a tal efecto, que determinen en particular:
 - su estatuto, caracterizado por una organización muy descentralizada basada en los fiscales europeos delegados y la ayuda de las autoridades nacionales de investigación de los Estados miembros;
 - las normas de Derecho penal material aplicables, tendiendo más bien hacia la unificación para las más específicas (infracciones de su competencia, penas correspondientes y plazo de prescripción) o a la mera armonización (responsabilidad de las personas jurídicas), y para todas las demás, que son las más numerosas, su determinación mediante la remisión a los Derechos nacionales;
 - el procedimiento penal seguido por el Fiscal Europeo, en cumplimiento de los derechos fundamentales, basado principalmente en el reconocimiento mutuo de las medidas de investigación previstas en el Derecho nacional (registro, etc.), armonizadas en su caso a escala europea (mandamiento de detención europeo, etc.), bajo el control de un juez nacional de libertades; y con carácter subsidiario, en algunas normas comunitarias propias (incoación, archivo, acta europea, etc.);
 - las excepciones al principio de legalidad de las actuaciones judiciales y de reparto de los asuntos, en particular mixtos, con las autoridades judiciales nacionales;
 - el régimen de admisibilidad de las pruebas, basado en el principio según el cual las pruebas obtenidas en un Estado miembro deberán ser admitidas por los tribunales de los demás Estados miembros;
 - las relaciones del Fiscal Europeo con los otros agentes, en los planos europeo e internacional, y en particular las posibilidades de intercambio de información en cumplimiento de la normativa sobre protección de datos;
 - los recursos disponibles contra los actos adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones, principalmente los recursos internos y subsidiariamente los que deberán preverse, si fuere necesario, ante el Tribunal de Justicia.
- La organización de los tribunales (juez de libertades, juez responsable del control de la apertura del juicio, y tribunal sentenciador) y la fase del proceso, así como la ejecución de las penas, se regirán enteramente por el Derecho nacional, sin perjuicio del principio de ejercicio de la acción del Ministerio Fiscal por el Fiscal Europeo.
- En lo sucesivo, la propuesta de centralizar a escala comunitaria la dirección de las investigaciones y actuaciones judiciales en el ámbito específico de la protección de los intereses financieros comunitarios, con el fin de garantizar una represión eficaz y equivalente en un espacio común, queda abierta a un debate más amplio, sin más límite para la reflexión que el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁴³⁸ Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, documento del Consejo de la Unión SN 300/1/01 REV 1. En esta Declaración se planteaban sesenta preguntas clave sobre el futuro de la Unión, articuladas en torno a cuatro temas: reparto y definición de las competencias, simplificación de los Tratados, la arquitectura institucional y el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos. Véase también DE LA VILLA GIL, L.E., "El futuro de la Unión Europea. Declaración de Laeken", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 37, 2002, pp. 221-229

Constitución Europea⁴³⁹, firmado en Roma por los Jefes de Estado y de Gobierno de todos los Estados miembros el 29 de octubre del mismo año, fecha a partir de la cual comenzó la ronda de ratificaciones finalmente truncada. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa preveía derogar el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, así como los actos que les han completado o modificado y también los distintos instrumentos de adhesión a los Tratados.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no constituye una reforma radical del sistema institucional en el espacio de libertad, seguridad y justicia⁴⁴⁰ ya contenido en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. Es más, mantiene el dualismo e incluso ambigüedad del actual TUE. Sin embargo aclara ciertas cuestiones.

En primer lugar, en el artículo I-53.7⁴⁴¹ se da a entender que la Unión posee competencias para luchar contra el fraude y, además, que existe la obligación de los Estados miembros de combatirlo. Los redactores han querido remarcar la importancia que tiene el defender los fondos comunitarios. Además, se establecen una serie de supuestos punibles que podrían ser objeto de regulación comunitaria a través de leyes marco (artículo III-271) y se regula de manera específica los fraudes al presupuesto comunitario y otras infracciones que tengan consecuencias lesivas para el presupuesto (artículo III-415), aunque sin mencionar la posibilidad de recurrir al Derecho penal para dar protección a esos bienes jurídicos. En cualquier caso, hay que adoptar las “medidas necesarias”.

El artículo 280 TCE pasa a ser el artículo III-415⁴⁴², pero sin modificaciones sustanciales: cambios de estilo en la redacción de los párrafos y otras variaciones –como el cambio del término

⁴³⁹ Al que siguió la aprobación de las Declaraciones Anexas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental y Acta final, el 12 de octubre de 2004

⁴⁴⁰ En la versión alemana se habla de “Derecho” en lugar de Justicia

⁴⁴¹ “La Unión y los Estados miembros, de conformidad con el artículo III-415, combatirán el fraude y cualquier otra actividad ilegal que perjudique los intereses financieros de la Unión”

⁴⁴² 1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que perjudique a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas de conformidad con el presente artículo, que deberán ser disuasorias ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. A fin de combatir el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, los Estados miembros adoptarán las mismas medidas que las que adopten para combatir el fraude que perjudique a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de la Constitución, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. Con este fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. La ley o ley marco europea establecerá las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que perjudique a los intereses financieros de la Unión, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente

«Comunidad» por «Unión» o la introducción de una referencia a la ley o ley marco europea, frente a la anterior remisión al artículo 251 TCE- que vienen exigidas por razones de concordancia con el resto de nuevos preceptos recogidos en el texto.

Sin embargo, el artículo III-415 introduce la obligación de ofrecer protección a los intereses financieros de la Comunidad no sólo en los Estados miembros, sino también “en las instituciones, órganos y organismos de la Unión” y además, se omite la exclusión del ámbito de las medidas que la Unión puede adoptar en relación con la protección de los intereses financieros de la Comunidad del párrafo 4 del artículo 280, paso indispensable para permitir la creación de la Fiscalía Europea, tal como lo hace el artículo 274 que a continuación analizaremos.

Destaca también la referencia, aparte del fraude, a “*toda actividad ilegal*”. Es un concepto vago que puede sorprender a los penalistas, pues dicha indefinición puede dejar una puerta abierta a que las Instituciones europeas abusen de las competencias que se les han concedido. Sin embargo, en la propia regulación se limita su alcance. Por un lado, ha de constituir una actividad que sea sancionada en los Estados miembros y, por otro, ha de tener algún tipo de conexión con el fraude a los intereses financieros. Hay autores que interpretan dicha expresión como alguna de las acciones delictivas que ya se recogieron en el *Corpus Juris* y en la propuesta de Directiva, como pueden ser el cohecho, el blanqueo de capitales, la corrupción de funcionarios, etc.⁴⁴³

1.9.4. El Tratado de Lisboa

El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es, con la defensa, el área política en la cual se produce un mayor incremento de los poderes de la Unión, siendo los avances de una gran importancia⁴⁴⁴. Desaparece el método intergubernamental para producirse una verdadera comunitarización de las materias que todavía pertenecen al Tercer Pilar, la cooperación policial y judicial en asuntos penales. La ingente tarea de la comunitarización del antiguo Tercer Pilar fue uno de los avances más sustantivos de la Convención.

en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. La ley o ley marco se adoptará previa consulta al Tribunal de Cuentas.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará cada año al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para aplicar el presente artículo.

⁴⁴³ VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones de la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales.*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 215

⁴⁴⁴ Para un análisis del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia antes de la Constitución, véase LABAYLE, H., “Le traité d’Amsterdam: Un espace de liberté, de sécurité et de justice”, en *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 33, nº 4, 1997, pp. 813-881 y LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000

El Tratado de Lisboa preserva los avances fundamentales de la Constitución Europea en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de manera que podemos hablar de una comunitarización del Tercer Pilar: controles en fronteras, silo e inmigración; cooperación judicial en materia civil; cooperación judicial en materia penal y cooperación policial. El TFUE contempla en el artículo 4 – relativo a las competencias- el espacio de libertad, seguridad y justicia, sometiéndolo a la categoría de modo comunitario y atribución de competencias, lo que supone que deja de ser un ámbito de cooperación intergubernamental y donde se produce cesión de competencias⁴⁴⁵.

El nuevo artículo 67 TUE define el ámbito y los objetivos del ELSJ: garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores; desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores; garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia [...] mediante medidas de coordinación y cooperación entre autoridades políticas y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. Finalmente, el último objetivo es facilitar la tutela judicial garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil⁴⁴⁶.

La nueva regulación tiene efectos fundamentales para las áreas regidas por el antiguo Título VI del TUE: la cooperación policial y judicial en asuntos penales. En primer lugar, se reconoce el principio del reconocimiento mutuo como base de la cooperación judicial en asuntos penales (y también civiles), que se había ido imponiendo por la práctica. Segundo, la normativa aplicable a estos ámbitos será la propia del pilar comunitario, desapareciendo así instrumentos como los Convenios, que restaban eficacia a esta política. Tercero, la legislación en estas áreas se adopta a través del procedimiento legislativo ordinario, lo que incorpora al Parlamento Europeo como colegislador, añadiendo claridad y mayor control democrático. En quinto lugar, la comunitarización implica también la extensión de la competencia del Tribunal de Justicia a toda el

⁴⁴⁵ Es preciso subrayar que no se incorpora al Tratado de Lisboa el artículo I-42 del Tratado Constitucional que bajo el título «Disposiciones particulares relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia» exponía sus características fundamentales y las que le diferencian de las competencias comunitarias ordinarias. A tenor de este artículo, la actuación europea tendrá como finalidad adoptar leyes y leyes marco europeas para aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en estos ámbitos; fomentar la confianza mutua entre las autoridades nacionales, basada fundamentalmente en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales; y hacer posible la cooperación operativa de los servicios de policía, aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales. Se subraya además el papel especial de los Parlamentos Nacionales en este ámbito y el derecho de iniciativa compartida entre Estados miembros y la Comisión. Todos estos aspectos aparecen incluidos en distintos artículos del Título V correspondiente al ELSJ, pero su anterior regulación tras las competencias aportaba claridad y transparencia.

⁴⁴⁶ ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 195-207

área, superando el alcance del antiguo artículo 35 TUE que sometía a la voluntad de cada Estado miembro la competencia del Tribunal para pronunciarse con carácter prejudicial.

El Tribunal de Justicia será competente en este ámbito según las reglas generales del pilar comunitario. Sin embargo, se establece una restricción a su competencia, en los aspectos relativos a la cooperación judicial en asuntos penales y la cooperación judicial. El artículo 276 TFUE dispone así que el Tribunal *“no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”*.

Además de las consecuencias derivadas de la comunitarización del Título VI, existe una serie de innovaciones para el conjunto del ELSJ, que buscan el incremento de la eficacia de esta política. Se crea así, por una parte, en el artículo 71 un Comité Permanente en el seno del Consejo para reforzar la cooperación operativa. Se incluye una base jurídica para el establecimiento de una Fiscalía Europea, en el artículo 86 TFUE⁴⁴⁷, con la finalidad de perseguir los delitos relacionados con los intereses financieros de la Unión (en cambio, con la CIG 2004 era para cualquier delito transfronterizo). Sin embargo, este artículo también prevé que en el momento de creación de la Fiscalía, o posteriormente una decisión adoptada por unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento y previa consulta a la Comisión, pueda determinar la ampliación de las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave de dimensión transfronteriza.

En cuanto a la protección de los intereses financieros, el artículo 325 TFUE se encarga de la lucha contra el fraude, y es prácticamente idéntico al artículo III-415 del Proyecto de Tratado Constitucional. Simplemente contiene alguna variación de forma, que no de contenido⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Los Reglamentos de creación de la Fiscalía se aprobarán por unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento. La CIG de 2007 ha introducido lo que el Parlamento llama un «acelerador de emergencia» para el caso en que resulte difícil alcanzar la unanimidad. Un grupo de al menos nueve Estados miembros pueden enviar la cuestión al Consejo Europeo para que se negocie al más alto nivel. Si el Consejo Europeo alcanza el consenso devuelve el asunto al Consejo para que el procedimiento siga su curso. Si no hay consenso con nueve Estados miembros pueden solicitar que se pase inmediatamente a una cooperación reforzada.

⁴⁴⁸ Artículo 325. “1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los

Se han creado mecanismos muy importantes para asegurar la eficacia de la lucha contra la delincuencia transnacional. En primer lugar, se establece un listado de delitos en el artículo 83 TFUE para los cuales se permite la adopción de normas mínimas relativas a la definición y sanciones que incluyen terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico de drogas y armas y –lo que más interesa para el objeto de la tesis- el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Otra innovación fundamental es la generalización del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, que se extiende incluso al ámbito penal⁴⁴⁹. En ese sentido, se prevé el establecimiento de unas normas mínimas procedimentales referidas a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos.

En definitiva, los avances en el Área de Libertad, Seguridad y Justicia son realmente relevantes y constituyen una importante atribución de competencias, dado que se someten a los procedimientos comunitarios ordinarios todas las cuestiones especiales del actual Título VI del TCE y el Tercer Pilar del TUE. La relevancia de la aportación reside, sin embargo, en su consideración de Alta Política, que da más democracia y eficacia a un ámbito de preocupación prioritario para los ciudadanos y que dota a la Unión de una verdadera competencia e instrumentos propios⁴⁵⁰. Además, jurídicamente, destaca la constitucionalización del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales como norma general de funcionamiento, que descansa sobre la regla de la confianza mutua.

intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo”.

⁴⁴⁹ En el caso de la cooperación judicial penal, algunos Estados que tenían recelos sobre la repercusión que estas medidas podían tener en sus sistemas jurídicos lograron la introducción del llamado «freno de emergencia». En realidad se trata de un «freno-acelerador» en la medida que impide el bloqueo por parte del Estado miembro que tenga reticencias, al establecer un plazo máximo y, a falta de un acuerdo, permite a los Estados miembros que lo apoyen que establezcan una cooperación reforzada entre ellos. El «freno» se regula en los artículos 82 y 83 TFUE.

⁴⁵⁰ Sobre la relación entre Tratado de Lisboa y Derecho penal véase MUSACCHIO, V., “Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo Diritto penale europeo”, en *Rivista penale*, 2008, fasc. 5, pp. 471-474. Sobre las principales novedades del Tratado de Lisboa véase BARATTA, R., “Le principali novità del Trattato di Lisbona”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, fasc. 1, pp. 21-70

2. Los intereses financieros comunitarios

2.1. Concepto

Tras detallar la evolución de la protección de los intereses financieros de la Comunidad se hace necesario estudiar cuál es el objeto de dicha protección, es decir, qué se entiende por intereses financieros de la Comunidad, ya que no existe ninguna definición normativa del concepto. De esta cuestión depende el ámbito de aplicación del artículo 280 TCE y de ahí su importancia práctica.

El diccionario de la Real Academia Española⁴⁵¹ define el adjetivo «financiero» como “perteneiente o relativo a la Hacienda pública [...]”, definida por algunos autores como “el conjunto de relaciones jurídicas susceptibles de valoración económica en los que figura como uno de los sujetos el Estado –u otro ente público- y a los cuales el ordenamiento jurídico dota de la necesaria unidad por estar sujetos a un régimen unitario de poder y responsabilidad⁴⁵²”. Desde el punto de vista del derecho positivo español, el artículo 5.1 de la Ley General Presupuestaria⁴⁵³ define a la Hacienda Pública como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado y a sus organismos autónomos, y no a la Administración General del Estado como señala incorrectamente la Ley⁴⁵⁴.

El instrumento que mejor refleja esta conexión entre derechos y obligaciones, esto es, entre ingresos y gastos, es el instituto del Presupuesto. En las Comunidades Europeas, de todos los presupuestos, el más relevante es el Presupuesto General de la UE. Éste ha sido prácticamente desde el principio el más importante cualitativa y cuantitativamente y su contenido responde a los objetivos de los Tratados. Éste presupuesto es el heredero formal del que inicialmente se denominaba Presupuesto General de la Comunidad Económica Europea hasta el Tratado de fusión de los ejecutivos de 1965, fecha en la que absorbió más competencias y pasó a denominarse Presupuesto General de las Comunidades Europeas. Junto al Presupuesto General han venido coexistiendo otros presupuestos⁴⁵⁵, entre los que cabe destacar, el de la Comunidad

⁴⁵¹ http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=financiero

⁴⁵² BAYONA DE PEROGORDO, J.J. y SOLER ROCH, M.T., *Derecho Financiero*, Compás, Alicante, 1987, pág. 31

⁴⁵³ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003

⁴⁵⁴ MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C., y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 33

⁴⁵⁵ El Presupuesto de CECA ha existido a lo largo de todo el periodo de vida de esta institución. Sin embargo, desde el año 1968, tras la aprobación del Tratado de Bruselas por el que se fusionaron los órganos ejecutivos de las tres Comunidades, solo existe un presupuesto que recoge los recursos que se destinan a financiar los denominados gastos operacionales (formación profesional, desempleo, jubilación anticipada en los sectores del carbón y del acero, etc.). Su gestión depende de la Comisión y su financiación se basa en la exacción CECA, verdadero impuesto comunitario, que grava a una tasa aproximada al 0,1% el valor de la producción del carbón y del acero. Dado que el plazo de cincuenta años de vigencia del Tratado de la CECA ha expirado en el 2002, el Presupuesto de la CECA ha pasado a integrarse totalmente en el Presupuesto General del año 2003.

Europea del Carbón y del Acero y el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, aunque su importancia cuantitativa ha sido relativamente escasa, y en el presente ya se han integrado en el Presupuesto General.

El Presupuesto General de la UE es, por lo tanto, el instrumento financiero básico de la Unión Europea, heredero del hasta 1993 denominado Presupuesto General de las Comunidades Europeas, creado por el Tratado de Luxemburgo de 8 de abril de 1965 (artículo 20). Aunque todavía no recoge toda la actividad financiera de la UE, su vocación es ir absorbiendo las distintas

El Presupuesto de la CEEA (Euratom) también estuvo formado por dos presupuestos, el de funcionamiento y el de investigación e inversiones. El primero desapareció en 1968 y el segundo en 1971. Como ha indicado la doctrina, “a pesar de la existencia de un presupuesto general, los créditos de investigación e Inversión, [...] hasta el Tratado de 21/22 de abril de 1970 firmado en Luxemburgo, fueron objeto de presupuesto separado”. Véase STRASSER, D., *La Hacienda de Europa: el derecho presupuestario y financiero de las Comunidades Europeas*, trad. Mariano Abad Fernández, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, p. 407.

El Presupuesto del Fondo Europeo de Desarrollo (FED, en adelante) es un presupuesto independiente del Presupuesto General, aunque también lo gestiona la Comisión y sirve a los fines de las Comunidades Europeas. Éste responde a los acuerdos establecidos en el Tratado de Roma, afecta a países que han firmado los respectivos convenios (Yaundé, Lomé y recientemente Cotonú en Benín), y su objetivo es desarrollar la política comunitaria de cooperación con los países menos desarrollados, principalmente países de África, Caribe y Pacífico y Países y Territorios de Ultramar. Cada convenio da lugar a un FED, pero la vigencia de los mismos no se corresponde con la duración de cada FED, ni con el tiempo que dura su ejecución. El inicio de las ayudas tiene que esperar a la ratificación de los acuerdos y su terminación se suele alargar mucho en el tiempo (el Tribunal de Cuentas en su Informe del 6º, 7º y 8º Fondos señala, que en el año 2001 dichos fondos entraron respectivamente en su decimosexto, undécimo y cuarto año de ejecución). Se financia con criterios diferentes a los del Presupuesto General de la UE, por lo que su integración en el presupuesto general, aparte de los aspectos políticos de las ayudas, implicaría también algunas dificultades debidas al reparto de la carga financiera.

Además de todo esto, tienen presupuestos propios los denominados Organismos Comunitarios Descentralizados (llamados también Agencias, Centros, Observatorios, Oficinas, etc.), que son organismos de Derecho Público europeo, con personalidad jurídica propia, creados para desempeñar una tarea específica de naturaleza técnica, científica o de gestión. Dichos presupuestos se tramitan por la Comisión al Consejo y al Parlamento como anexos al Presupuesto General de la UE, presentan un estado de gastos y de ingresos independientes para cada uno de ellos y se autofinancian total o parcialmente, recibiendo transferencias del Presupuesto General de la UE. Además, son objeto de informes anuales específicos por el Tribunal de Cuentas y se publican también en el Diario Oficial. (véase Informe Anual del Tribunal de Cuentas, DO C 286, 28.11.2003). Cabe destacar los siguientes:

- Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop, 1975, Salónica)
- Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EUROFOUND, 1975, Dublín)
- Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA, 1990, Copenhague)
- Fundación Europea de Formación (FEF, 1990, Turín)
- Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías (OEDT, 1993, Lisboa)
- Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (EMEA, 1993, Londres)
- Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI, 1994, Alicante)
- Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 1995, Bilbao)
- Oficina Comunitaria de Variedades Vegetarles (OCVV, 1994, Angers)
- Centro de Traducción de los Órganos de la Unión europea (CDT, 1994, Luxemburgo)
- Observatorio Europea del Racismo y la Xenofobia (EUMC, 1997, Viena)
- Agencia Europea para la Reconstrucción (EAR, 2000, Salónica)
- Autoridad Europea de Seguridad Alimentara (EFSA, 2002, Bruselas)
- Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM, 2002, Bruselas)
- Agencia Europea de Seguridad Aérea (AESA, 2002, Bruselas).
- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA, 2004, Bruselas)

Véase EDO HERNÁNDEZ, V.; DE PABLOS ESCOBAR, L., *Actividad financiera en los presupuestos de la Unión Europea: 50 años de instituciones comunitarias*, Dpto. de Economía Aplicada, Documento de trabajo de la Facultad de Ciencias económicas y Empresariales, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 10, <http://www.ucm.es/BUJCM/cee/doc/04-018/04018.pdf>

actuaciones financieras incluidas en otros presupuestos e incorporar las nuevas operaciones de gasto e ingreso que comporten los nuevos objetivos de la Unión Europea.

Como hemos visto en el punto II.1.6.3.2, el marco legislativo del Presupuesto Comunitario es el Reglamento Financiero. El primer Reglamento Financiero aplicable al Presupuesto General de las Comunidades Europeas se aprobó en el año 1977 y desde entonces se han producido importantes cambios y modificaciones, que han dado lugar a la aprobación de un nuevo Reglamento Financiero del Consejo⁴⁵⁶. Así, en el año 2002 casi a la vez que desaparecía la CECA, se aprobaba el nuevo Reglamento Financiero del Consejo, en este caso ya solo referido a la CE y a la CEEA, que entró en vigor el 1 de enero de 2003. Además, el nuevo Reglamento Financiero del Consejo ha dado lugar a normativa adicional de desarrollo, como son el Reglamento Financiero de la Comisión y el Reglamento marco de los “Organismos creados por la Comisión” (artículo 185 del Reglamento del Consejo)⁴⁵⁷.

La duda principal que se plantea es si debe incluirse dentro del concepto de Intereses Financieros de la Comunidad no sólo el Presupuesto General de la Comunidad, sino también otros presupuestos existentes en el ámbito comunitario distintos de éste último, tales como los presupuestos de órganos comunitarios con autonomía financiera como el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones o los presupuestos de los diferentes organismos comunitarios.

Tanto del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas como del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros y la creación de un Fiscal Europeo se infiere que el concepto “intereses financieros” abarca al presupuesto general y al resto, ya que el articulado habla siempre del “[...] presupuesto general, los presupuestos administrados por las Comunidades o por cuenta de éstas [...] y algunos fondos no presupuestados, administrados por su propia cuenta, por organismos comunitarios sin estatuto de Institución”.

Los principales problemas han tenido lugar con el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones, tal como tuvimos ocasión de analizar en el apartado dedicado a la OLAF y el régimen de sus investigaciones (apartado II.1.8.2.2). En los ya vistos asuntos C-11/00 y C-15/00, la cuestión

⁴⁵⁶ Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 248 de 16.9.2002

⁴⁵⁷ Reglamento (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 357, de 31.12.2002 y Reglamento (CE, Euratom) n° 2343/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 357 de 31.12.2002

de fondo era la inclusión o no en el concepto de intereses financieros de la Comunidad, del presupuesto del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones, inclusión que negaban los respectivos bancos.

El Tribunal de Justicia afirmó que *“contrariamente a lo que sostiene el BCE [...], la expresión «intereses financieros de la Comunidad» que figura en el artículo 280 CE, debe interpretarse en el sentido de que engloba no sólo los ingresos y gastos incluidos en el Presupuesto comunitario, sino que, en principio, también a los ingresos y gastos incluidos en el presupuesto de otros órganos y organismos creados por el Tratado CE⁴⁵⁸”*. Igualmente, el TJCE se pronuncia sobre los términos Intereses Financieros de la Comunidad, sentando al respecto que *“[...] los términos «intereses financieros de la Comunidad» que figuran en el artículo 280, no se circunscriben al Presupuesto de la Comunidad Europea en sentido estricto [...]”⁴⁵⁹* o en idénticos términos afirma que *“la expresión intereses financieros de la Comunidad parece revestir mayor amplitud que la expresión ingresos y gastos de la Comunidad que figura, en particular, en el artículo 268 CE⁴⁶⁰”*. Con estos términos el Tribunal deja meridianamente claro el hecho de que **el concepto de Intereses Financieros de la Comunidad abarca no sólo al Presupuesto General de la Comunidad Europea.**

2.2. La protección de los intereses financieros comunitarios

Hablar de protección de los intereses financieros es hablar de fraude, y aquí se vuelve a plantear el mismo problema, que no es otro que la necesidad de delimitar el alcance del concepto de fraude, éste si definido normativamente. Como se ha visto en el punto II.1.3.3.1., uno de los mayores logros del Convenio PIF fue la definición de fraude.

El apartado 1 del artículo 1 del Convenio establece una definición de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades válida tanto para los fraudes en el gasto como en los ingresos comunitarios. Sin embargo, se entienden por ingresos sólo los procedentes de los derechos fijados en los intercambios con países terceros, pero no los procedentes de la aplicación del tipo uniforme válido para todos los Estados miembros a la base IVA, ni los procedentes de la aplicación de un tipo uniforme a la suma de los PNB de todos los Estados miembros. Sin embargo, es más adecuado y amplio que el fraude el concepto de «irregularidad» del Reglamento 2988/95,

⁴⁵⁸ Sentencia del TJCE de 10 de junio de 2003, *Comisión c. BCE*, asunto C-11/00, Rec. 2003, p. I-07147, ap. 89

⁴⁵⁹ *Ibíd.*, ap. 95

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, ap. 90

definida como cualquier acto perjudicial a los intereses de la Comunidad. Este concepto amplio de fraude engloba también los aspectos financieros de éste y no sólo los penales.

El siguiente paso lógico es delimitar la extensión de la protección. Tal como dicen los reglamentos 1073/1999 y 1074/1999, así como el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros y la creación de un Fiscal Europeo, dicha protección no se limita sólo a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que se extiende a toda medida que afecte o pueda afectar al patrimonio de las Comunidades, por ejemplo, los bienes inmuebles⁴⁶¹.

Por otro lado, no todos los elementos integrantes del concepto de intereses financieros de la Comunidad gozarán de la misma protección. En este punto cabe destacar lo dicho dos párrafos antes, esto es, que quedan también al margen de la protección de los intereses financieros el recurso IVA o el recurso PNB, ya que ambos no constituyen un recurso propio percibido directamente por cuenta de las Comunidades.

2.3. Los ingresos de la Comunidad

La autonomía financiera de la Unión Europea, como entidad jurídica independiente frente a terceros países, se basa en el sistema de recursos propios del presupuesto comunitario. Estos se definen como los ingresos cedidos por los Estados miembros a la Comunidad. El sistema vigente en la actualidad ha sido el resultado de un largo proceso histórico, ya que los Tratados constitutivos no preveían la financiación de la recién creada CEE mediante recursos propios, sino que ésta se efectuaba por medio de aportaciones financieras, de cada uno de los Estados miembros. Dichos Tratados, sin embargo, si contemplaban la instauración de un sistema de recursos propios que se nutriese fundamentalmente de los ingresos por aranceles aduaneros comunitarios, una vez que éstos estuvieran definitivamente implantados.

Habría que esperar hasta 1970⁴⁶² para que la CEE sustituyera las contribuciones nacionales por un sistema de recursos propios, distinguiendo entre los recursos propios por naturaleza y por recurso IVA. Este último, el recurso IVA, se implanta en 1976, y se establece como mecanismo de ajuste presupuestario para financiar la diferencia entre los ingresos por naturaleza y el total de gastos y se instrumentó mediante un tipo impositivo aplicado a una base imponible armonizada. Esta

⁴⁶¹ PÉREZ BERNABEU, B., *Los intereses financieros...*, p. 156

⁴⁶² Decisión del Consejo de 21 de abril de 1970, DO L 94, de 28.4.1970

función de «cierre» del presupuesto será posteriormente⁴⁶³ asumida por el llamado «cuarto recurso». El cuarto recurso o recurso PNB se refiere a los ingresos comunitarios procedentes de aplicar un tipo al PNB total de la CE. Desde entonces, este sistema no ha experimentado grandes cambios. No obstante, se han ido introduciendo diferentes adaptaciones del mismo a las circunstancias históricas del proceso de integración.

El Sistema de Recursos Propios

Los ingresos que actualmente percibe la Unión proceden de los recursos propios y los llamados «ingresos varios», con una participación apenas marginal sobre el total de ingresos⁴⁶⁴. Entre los recursos propios cabe distinguir:

1. Recursos Propios Tradicionales, que representan en la actualidad aproximadamente el 11 por 100 sobre el total y que proceden de los ingresos recaudados por los derechos de aduana, cotizaciones sobre el azúcar y derechos agrícolas⁴⁶⁵. Los ingresos por los derechos aduaneros proceden de dos fuentes:
 - a) Derechos del arancel aduanero común y demás derechos (antidumping y compensatorios) que se aplican a nivel comunitarios en los intercambios comerciales entre la Unión y terceros países.
 - b) Derechos de aduana sobre productos regulados por el Tratado Constitutivo de la CECA.

2. El Recurso basado en el Impuesto sobre el Valor Añadido, (14 por 100 del total de los recursos) creado por la Decisión de recursos propios de 21 de abril de 1970. Este recurso procede de la aplicación de un tipo de referencia a las bases nacionales armonizadas por IVA⁴⁶⁶. Actualmente, como resultado de la reforma de 1988, éstos se establecen sujetos a la siguiente limitación:
 - a) El tipo uniforme no puede ser superior al 0,5 por 100.
 - b) La base IVA de cada Estado miembro se encuentra «nivelada» en el 50 por 100 de la Renta Nacional Bruta. Ello implica que, si la base IVA de un determinado Estado supera el 50 por

⁴⁶³ Decisión del Consejo, de 24 de junio de 1988, relativa al sistema de recursos propios de la comunidad, DO L 185, de 15.7.1988

⁴⁶⁴ 1,6 por 100 para el periodo 1998-2000, procedentes de multas, ventas de publicaciones...

⁴⁶⁵ Los derechos agrícolas son ingresos percibidos por la importación de productos agrícolas al mercado único de la UE, procedentes de terceros países (Reglamento nº 3290/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994); Las cotizaciones sobre el azúcar, la isoglucosa y el jarabe de insulina hacen referencia a ingresos percibidos por la Unión procedentes de cotizaciones sobre la producción pagadas por las empresas sectoriales para exportar el azúcar excedentario del mercado interior de la Unión (Reglamento nº 260/2001 del Consejo, de 19 de junio de 2001).

⁴⁶⁶ La armonización de las bases IVA está regulada por la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, DO L 145, de 13.6.1977

100 de su RNB, se utilizará, como máximo, el 50 por 100 de la RNB como base de cálculo del recurso IVA. Dicha modificación permitió restar regresividad al sistema de ingresos, ya que la base IVA es más elevada, en términos relativos, en los Estados miembros menos prósperos.

3. El «cuarto recurso» o recurso PNB⁴⁶⁷, introducido en 1988 por la ya citada Decisión de Recursos propios de 24 de junio, resulta de aplicar un tipo a la suma de los PNB de todos los Estados miembros. Actualmente representa el 74 por 100 del total de los ingresos del Presupuesto Comunitario. Es el recurso que equilibra el presupuesto, ya que éste no puede presentar déficit en el momento de su aprobación. Su montante global se determina por la diferencia entre, el total del gasto comunitario y el resto de los ingresos. El reparto entre países se realiza proporcionalmente a la RNB de éstos. La sustitución progresiva del recurso IVA por el recurso PNB, consecuencia de la reforma de 1988, introdujo mayores dosis de equidad presupuestaria entre los Estados miembros al aumentar la proporcionalidad entre su riqueza relativa y su contribución bruta a las arcas de la Unión.

Sin embargo, la situación actual del Reino Unido representa una excepción a dicha proporcionalidad ya que el mantenimiento del mecanismo de compensación británico, más conocido, como «cheque británico»⁴⁶⁸, le permite efectuar una contribución inferior a su prosperidad relativa dentro de la Unión⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ La Decisión de recursos propios de 29 de septiembre de 2000, sustituye el PNB por la RNB, conceptualmente idéntico al primero.

⁴⁶⁸ El **cheque británico** fue introducido por el Consejo Europeo de Fontainebleau en 1984, con el objetivo de reducir el desequilibrio presupuestario que entonces presenta este país con la CEE. Este se derivaba fundamentalmente de la conjunción de dos factores:

- Por una parte, una elevada aportación a las arcas comunitarias, en relación con su prosperidad relativa que, en aquellos momentos, era inferior a la media del resto de los Estados miembros.
- En segundo lugar, una estructura económica caracterizada por la escasa relevancia del sector primario (agricultura), lo que a su vez se traducía en la reducida participación del Reino Unido en los gastos comunitarios, compuestos entonces en gran medida por los recursos destinados a la PAC.

Estos factores fueron utilizados por el Reino Unido para justificar la necesidad de concederle una compensación, en base a la idea del «justo retorno». Si bien, las delegaciones del Consejo y la Comisión Europea se mostraron muy reacias, finalmente ésta se materializaría en una «desgravación fiscal» del Reino Unido por la aplicación de un tipo efectivo reducido para el recurso IVA. La decisión de dicho Consejo quedó recogida en la Decisión de recursos propios de 7 de mayo de 1985, posteriormente modificada por la Decisión de junio de 1988. El cheque británico permaneció inalterado en la Decisión de 1994, pero sería posteriormente modificado en la nueva Decisión de recursos propios, resultado de los compromisos asumidos en el Consejo Europeo de Berlín, con el fin de tener en cuenta los beneficios de la ampliación y extender a otros cuatro Estados contribuyentes netos compensaciones presupuestarias. Véase SERRANO LEAL, C.; MONTORO ZULUETA, B.; y VIGUERA RUBIO, E., «El sistema de recursos propios comunitarios. El cheque británico», en *Boletín Económico del ICE*, Información Comercial Española, nº 2853, 5-11 septiembre de 2005, Madrid, pp. 3-12; y SIERRA LUDWIG, V., y SIERRA REY, R., «Desviaciones de retornos y flujos en la UE», en *Boletín Económico del ICE*, Información Comercial Española, nº 2851, 15-28 de agosto de 2005, Madrid, pp. 25-43

⁴⁶⁹ El Reino Unido presenta una participación de alrededor del 17 por 100 en la RNB de la UE.

2.4. Los gastos de la Comunidad

De la misma manera que hemos hecho un análisis somero de los ingresos de la Comunidad, se hace necesario hablar de los gastos. Nos referimos tanto a los gastos consignados en el Presupuesto General como a aquellos consignados en otros presupuestos administrados por la Comunidad o por su cuenta o por órganos u organismos comunitarios, dado que, a pesar de no estar consignados en el Presupuesto General de la Comunidad, poseen también la condición de Intereses Financieros de la Comunidad. Sin embargo, ninguna norma contiene los tipos de gasto, y sólo hay referencias a ellos en las Perspectivas Financieras⁴⁷⁰.

La primera gran categoría son los gastos consignados en el Presupuesto General. Desde la reforma de 1988, los gastos se dividen en ocho secciones, relativas a cada Institución y órgano: Parlamento Europeo, Consejo, Comisión, Tribunal de Justicia, Tribunal de Cuentas, Comité Económico y Social, Comité de las Regiones y Defensor del Pueblo Europeo. La más importante es la sección III, la de la Comisión, que agrupa a más del 80 por 100 del gasto comunitario. Desde 2004 las iniciativas de la Comisión se clasifican en unas doscientas actividades repartidas entre veintisiete⁴⁷¹ sectores políticos vinculados a las Direcciones Generales; de esta manera se permite una mejor evaluación del coste total de las políticas.

Dichos gastos, según el artículo 53 del Reglamento Financiero General⁴⁷², se pueden ejecutar de cuatro modos diversos: ejecución centralizada (con gestión directa o indirecta), ejecución compartida (se utiliza en la mayor parte del Presupuesto, principalmente en lo relativo a los gastos del FEOGA- Garantía y de los Fondos Estructurales), gestión descentralizada (se delega en terceros Estados –que suelen ser países candidatos a la adhesión- determinadas competencias de ejecución del presupuesto, al amparo de lo dispuesto en los artículos 162 a 166 del Reglamento General Financiero) o gestión conjunta con Organizaciones Internacionales.

En cuanto a la distribución cuantitativa del gasto, a modo de ejemplo, el FEOGA-Garantía ha ocupado históricamente el principal lugar en la distribución de gastos comunitarios. Durante el período 1968-1980 ha representado, por término medio, del orden del 74,1 por 100 del total

⁴⁷⁰ Las perspectivas financieras constituyen el marco de los gastos comunitarios a lo largo de un período de varios años. Son el resultado de un acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión e indican la amplitud máxima y la composición de los gastos comunitarios previsibles. Las perspectivas financieras son objeto de un ajuste anual por la Comisión para tener en cuenta los precios y la evolución del PNB comunitario. Las perspectivas financieras vienen divididas en siete grandes rúbricas que son los techos de gastos que deben respetarse cada año, pudiendo compensarse el techo de una con otra, a petición de la Comisión y por acuerdo de las dos ramas de la Autoridad Presupuestaria.

⁴⁷¹ Asuntos económicos y financieros, Empresa, Competencia, Empleo y asuntos sociales, Agricultura y desarrollo rural, Energía y transporte, Medio ambiente, Investigación, Ampliación, Sociedad de la información, Pesca, Mercado interior, Política regional, Comunicación, Salud y protección al consumidor, Justicia y asuntos internos, Relaciones internacionales, Comercio, Ayuda al desarrollo y relaciones con los países ACP, Ayuda humanitaria, Cooperación entre Estados miembros, Lucha contra el fraude, Servicios legales de la Comisión, Administración, Presupuestos, Auditoría.

⁴⁷² Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 248 de 16.9.2002

con algunos repuntes al alza en el bienio 1969-1970 que se situaron por encima del 80 por 100. En la década siguiente, coincidiendo con la irrupción de los Fondos Estructurales, desciende hasta niveles medios en torno al 62 por 100, mientras que estos últimos habían crecido en un dígito al situarse cerca del dieciséis por 100. Esta caída del peso relativo en el período 1990-1999 arrojaba un montante similar, rebasando levemente el 50 por 100 del total de gastos, si bien, a partir de 1997 y hasta los presupuestos de 2005 los niveles se situarían ya por debajo de la mitad y en valores inferiores al 45 por 100.

Por otro lado, los Fondos Estructurales, que en el período 1969-79 apenas representaban el 6,3 por 100, han ido subiendo progresivamente, elevándose en la década de los ochenta a cerca del 16 por 100 y en el período 1990-99 a valores relativos cercanos al 30 por 100 del total. La participación conjunta de los Fondos Estructurales y del Fondo de Cohesión en el total de «créditos de compromiso» durante el quinquenio 2000-2004 ha pegado un salto cualitativo muy notable: en el año 2000 ya representaban el 34,8 por 100 para, en 2004, elevarse por encima del 42 por 100, esto es, en cotas similares a los gastos destinados a la agricultura (gastos agrícolas, desarrollo rural y medidas de acompañamiento).

3. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

3.1. Contenido del Convenio

Si en el punto II.1.3.3 hemos tenido la ocasión de analizar el contexto histórico y normativo en el que nació el Convenio PIF, en este punto haremos un análisis de su contenido y de lo que ha supuesto en el proceso de la protección de los intereses financieros. El objetivo principal del Convenio es garantizar una mayor compatibilidad entre las disposiciones penales de los Estados miembros mediante la creación de unas normas penales mínimas, a fin de que la lucha para combatir el fraude que perjudique los intereses financieros de las Comunidades Europeas resulte más eficaz, aún más disuasoria y para reforzar la cooperación en materia penal entre los Estados⁴⁷³.

El principal logro es que, partiendo de una definición única de fraude, los Estados miembros se comprometen en principio a considerar infracciones penales los comportamientos que se definen como fraudulentos con respecto al presupuesto de las Comunidades y a imponer sanciones penales, entre las que figuren de privación de libertad, que puedan dar lugar a la extradición al menos en caso de fraude grave.

El apartado 1 del artículo 1 del Convenio establece una definición de fraude contra los intereses financieros de las Comunidades válida tanto para los fraudes en el gasto como en los ingresos comunitarios. En lo referente al gasto, el tipo penal recoge cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos, el incumplimiento del deber expreso de comunicar una información que tenga el mismo efecto, así como el desvío de esos mismos fondos a otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos.

En relación a los ingresos, abarca paralelamente toda acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos

⁴⁷³ Informe Explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997, DO C 191, de 23.06.1997, pp. 1-10. Véase también DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal...*, p. 175

que tengan por efecto la disminución ilícita de recursos, el incumplimiento del deber expreso de comunicar una información que tenga el mismo efecto, así como el desvío de un derecho obtenido legalmente. No obstante, se entienden por ingresos sólo los procedentes de los derechos fijados en los intercambios con países terceros, pero no los ingresos procedentes de la aplicación del tipo uniforme válido para todos los Estados miembros a la base del IVA, ni los procedentes de la aplicación de un tipo uniforme a la suma de los PIB de todos los Estados miembros.

Sin perjuicio de los fraudes leves definidos en el apartado 2 del artículo 2, el apartado 2 del artículo 1 obliga a que cada Estado miembro adopte las medidas necesarias y adecuadas para incorporar a su Derecho penal interno las disposiciones del apartado 1, es decir, los obliga a verificar si sus respectivos Derechos penales vigentes cubren de manera suficiente la totalidad de los comportamientos que tipifican. Por otra parte, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 1, la elaboración o el suministro de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan el efecto mencionado en el apartado 1 deberán ser tipificados como hechos punibles. Según el apartado 4 del artículo 1, el carácter intencional de un hecho no podrá establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas.

El artículo 2, apartado 1, del Convenio obliga a los Estados miembros al establecimiento de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias con objeto de castigar los comportamientos constitutivos de fraude, así como la complicidad, inducción o tentativa de fraude contra los intereses financieros comunitarios del artículo 1. El carácter disuasorio y ejemplar de la sanción penal justifican su uso en la lucha contra la delincuencia financiera y, de la misma manera, en caso de fraudes graves de deberán imponer sanciones penales de privación de libertad que den lugar a la extradición, considerándose fraude grave aquel que afecte a un montante mínimo a fijar por cada Estado miembro que no podrá sobrepasar los [por aquel entonces] 50.000 ecus.

El artículo 3 establece que los Estados miembros deberán adoptar las medidas que consideren necesarias para que los jefes de empresas o demás personas que ejerzan poderes de decisión o de control en el seno de las empresas respondan penalmente en caso de fraude cometido por una persona sometida a su autoridad⁴⁷⁴. Esta disposición fue adoptada como consecuencia del importante papel que las empresas juegan en los ámbitos financieros comunitarios y para que las

⁴⁷⁴ Con la salvedad que dichas medidas deberán adoptarse «con arreglo a los principios definidos por el Derecho nacional de los Estados miembros».

personas que ejerzan poderes de decisión en estos casos no queden automáticamente exentas de responsabilidad pena.

El artículo 4 determina las normas de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para perseguir y juzgar las infracciones de fraude contra los intereses financieros comunitario y, en especial, aquellas infracciones que no hayan sido totalmente cometidas en sus respectivos territorios, reconociéndose así un principio de territorialidad más amplio. El artículo 5 contiene normas relativas a la extradición y a la persecución, y su apartado 2 reafirma el principio “*aut dedere aut iudicare*”. El artículo 6 refuerza la cooperación judicial de los Estados miembros, permitiendo la centralización en un único Estado, siempre que ello sea posible, de las diligencias penales relativas a un mismo caso de fraude transfronterizo.

El artículo 7 enuncia el principio del *ne bis in idem*, que adquiere una importancia muy concreta sobre todo en los casos de fraudes transnacionales sobre los que pudieran llegar a pronunciarse los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros, cuando no haya sido posible centralizar las diligencias judiciales en un único Estado, en aplicación del principio enunciado en el artículo 6.2. El artículo 8 regula las modalidades según las cuales el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse acerca de los desacuerdos que puedan surgir entre los Estados miembros con respecto a la aplicación e interpretación del Convenio, ampliado por el Protocolo sobre interpretación judicial o también llamado Tercer Protocolo al Convenio PIF.

Finalmente, y visto que el Convenio es una base mínima, el artículo 9 enuncia el principio según el cual ninguna de sus disposiciones impedirá a los Estados miembros adoptar otras de Derecho interno cuyo alcance sea mayor que el de las obligaciones derivadas del Convenio. El artículo 10 insta un sistema de información de los Estados miembros a la Comisión, el artículo 11 regula la entrada en vigor del Convenio, que tuvo lugar el 17 de octubre de 2002. Por último, el artículo 12 regula la posibilidad y modalidades de adhesión al Convenio PIF de cualquier Estado que se convierta en nuevo miembro de la Unión Europea.

3.2. Análisis del convenio

3.2.1. Incorporación de tipos penales en estructuras nacionales

Como hemos dicho con anterioridad, la definición de un concepto uniforme de fraude y el establecimiento de la obligación exigida a los Estados miembros para la creación de sanciones penales constituye un avance muy sustancial, pues garantiza un *estándar mínimo de normas* para todos los Estados miembros. Además, dichas normas pueden ser adaptadas en cada uno de los sistemas penales ya existentes sin la necesidad de crear un nuevo tipo penal, tal como dice el Informe Explicativo.

En cualquier caso, los intereses financieros ya estaban protegidos con anterioridad, reconduciéndose a los tipos de fraude de subvenciones y de delito fiscal (defraudación), aunque éstos presentan dos diferencias sustanciales: mientras que la doctrina califica el fraude de subvenciones como delito de peligro abstracto, el delito fiscal se considera de peligro concreto⁴⁷⁵. En concreto, en lo referente a la vertiente de gastos, el principio de asimilación determinó que recayeran condenas aplicando la normativa interna, y en cuanto a los ingresos, además de la aplicación de dicho principio, la Ley de Contrabando de 13 de junio de 1982⁴⁷⁶. Ejemplos de la aplicación de la normativa interna para la protección de subvenciones comunitarias son las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª, número 154/1999, de 1 de febrero [RJ 1999\206] y de la Audiencia Provincial de Córdoba, número 27/1999, de 21 de junio [ARP 1999\2418].

3.2.2. Falta de un concepto uniforme de subvención

El primer problema a la hora de tratar las subvenciones es la falta de un concepto uniforme. La subvención, entendida como modalidad o instrumento formalizado de la acción de fomento de los poderes públicos, se configura en el ámbito del Derecho administrativo, con influencia directa del Derecho Financiero, y de ahí la indefinición de dicho instituto. Además, la aparición de otras fórmulas administrativas de auxilio, adaptadas a las exigencias de los sistemas económicos

⁴⁷⁵ DANNECKER, G. *Evolución del Derecho penal...*, p. 184. El mismo autor indica que estas diferencias son apreciables también en la normativa alemana sobre inadmisión de la tentativa, el arrepentimiento activo, y la autodenuncia, introducida bajo principios fiscales y que prevé unas mayores exigencias para conseguir la impunidad, según la cual la obtención de subvenciones por negligencia grave es objeto de sanción penal, y en cambio, la defraudación fiscal por negligencia grave del §370 del AO (*Ordenanza Tributaria*) únicamente puede ser sancionada como una contravención (*Ordnungswidrigkeit*)

⁴⁷⁶ Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1982.

avanzados, provoca la imposibilidad de reducir a la unidad la tipología y estructura de dicho negocio. Además, las subvenciones se engloban dentro del concepto más amplio de ayuda pública, lo que aún aporta mayor confusión e indeterminación.

La derogada Ley General Presupuestaria 11/1977, de 4 de enero⁴⁷⁷, en la redacción dada por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre⁴⁷⁸, recogía en su artículo 81.2 un concepto de subvención y ayuda basado en un concepto estricto –primer párrafo- y en un concepto extensivo –segundo párrafo- llamado a evitar descuidar cualquier formulación de la acción de fomento no contemplada en el primer párrafo. Así, y de acuerdo con la dicción literal del citado artículo, se considera subvención y ayuda:

- a) “toda disposición gratuita de fondos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público
- b) a cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea”

En términos análogos es definida la subvención en el artículo 1.2 del derogado Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre⁴⁷⁹, al establecer que el reglamento resulta aplicable “a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad e utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como a cualquier tipo de otro de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado.”

Recientemente, en un gran trabajo de codificación, ha sido la Ley 38/2003, de 18 de noviembre, General de Subvenciones⁴⁸⁰, la que ha acotado un nuevo concepto legal de subvenciones, al definir las mismas, con arreglo al artículo 2 como “toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

⁴⁷⁷ Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, BOE núm. 7, de 8 de enero de 1977. Derogada

⁴⁷⁸ Ley 31/1990, de 27 de Diciembre, de Presupuestos Generales Del Estado para 1991, BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1990.

⁴⁷⁹ Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 1993.

⁴⁸⁰ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios;
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por realizar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido;
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.”

Más amplia es la definición que se acuña en el acervo de la normativa y jurisprudencia comunitaria, fundamentalmente a través de ésta última, que en sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980 definió las ayudas como “las decisiones de los Estados miembros por las que éstos últimos, para alcanzar objetivos económicos y sociales que le son propios, ponen, mediante decisiones unilaterales y autónomas a disposición de las empresas o de otros sujetos de derecho, recursos procurándoles ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos económicos o sociales perseguidos⁴⁸¹.”

Del análisis comparado de ambos preceptos se infiere que la finalidad perseguida por cada mandato busca dar solución a problemas de índole diferente, porque así como en el ámbito interno la definición no está condicionada a la naturaleza jurídica pública o privada del destinatario de los fondos, no ocurre lo mismo en la esfera comunitaria, donde la figura jurídica despliega toda su funcionalidad como instrumento administrativo en tanto en cuanto se procuran soslayar conductas que puedan falsear la libre competencia de los operadores comunitarios.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que en Derecho Penal, la subvención mantiene unas condiciones específicas: la más importante es la atribución de la condición de sujeto activo a las personas privadas, ya que la concepción unitaria de la Hacienda Pública impide reconocer la condición de verdadero beneficiario a las Administraciones Públicas receptoras de subvenciones, ya que los movimientos traslativos de fondos son flujos financieros que lo único que comportan es una variación de la atribución presupuestaria entre agentes públicos⁴⁸².

⁴⁸¹ Sentencia del TJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana*, asunto 61/79, Rec. 1980, p.1205, ap. 31

⁴⁸² Se siguen considerando fondos públicos y sus irregularidades dan lugar, en su caso, a la aplicación del tipo de malversación de caudales públicos. En el caso de que la gestión de la subvención se encomiende a una empresa privada (como sucede habitualmente en el sector agrícola con las empresas transformadoras que se encargan de administrar

3.2.3. Falta de establecimiento del principio de culpabilidad en el Convenio

Una de las críticas de más entidad al Convenio PIF es que no establece el principio de culpabilidad. A pesar de ello, el apartado 4 del artículo 1 prevé que se puedan tener en cuenta circunstancias de hecho objetivas para determinar el carácter intencional de una acción u omisión, lo que ha facilitado el mantenimiento de situaciones jurídicas de los Estados miembros que reconocen una responsabilidad penal independiente de la culpabilidad y que atribuyen al autor la carga de la prueba de los hechos excluyentes. En países como Alemania, Italia o el nuestro, las garantías jurídico-constitucionales derivadas del principio general *nulla poena sine lege* impiden la configuración de una responsabilidad penal independientemente de la culpabilidad, por lo que hubiera sido deseable que el Convenio también hubiera tenido en cuenta dicho aspecto.

3.2.4. Falta de regulación de otros supuestos para casos particularmente graves

Otra de las críticas hechas al Convenio PIF es que no prevé una ampliación de los *supuestos ejemplares para los casos de fraude particularmente graves*. Algunos autores se plantean si es posible renunciar, en un principio, al establecimiento de un límite penal adecuado para las conductas mencionadas en el apartado 1 del artículo 2⁴⁸³. Las sanciones penales a imponer deberán ser, en caso de fraude grave –aquel que sobrepase el límite máximo establecido en 50.000 euros-, de privación de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

Según el apartado 1 del artículo 2 del Convenio Europeo de Extradición⁴⁸⁴, una pena privativa de libertad puede dar lugar a la extradición si su duración máxima es de un año por lo menos tanto por la ley del Estado miembro requirente como por la del Estado requerido. El Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea⁴⁸⁵ requiere en su artículo 2 que los hechos sean castigados con una pena privativa de libertad de por lo menos doce meses en el Estado miembro requirente y de seis meses por lo menos en el Estado requerido.

los fondos públicos), la infracción se reconduciría al tipo de apropiación indebida. Véase NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 318

⁴⁸³ DANNECKER, G. *Evolución del Derecho penal...*, p. 186

⁴⁸⁴ Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982, BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982.

⁴⁸⁵ Acto del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea, DO L 313, de 23.10.1996

Otra crítica es la fijación de los 50.000 euros como un supuesto típico para delimitar lo que se considera fraude grave. El Convenio deja que los Estados miembros decidan el importe mínimo y la delimitación de las circunstancias de hecho que permiten calificar determinados comportamientos como constitutivos de falta grave, pero no para los casos de fraude grave. Por otro lado, estas directrices sobre perjuicio económico son ajenas a algunos sistemas jurídicos, como puede ser el caso del alemán y además, el límite de los 50.000 suele ser inferior al umbral establecido por los Estados miembros. Recordemos que en España el tipo de delito fiscal requiere una defraudación de más de 120.000 euros, más del doble.

Finalmente, el Informe explicativo enumera algunas circunstancias que permiten calificar un caso como particularmente grave, como las que pueden resultar de una reincidencia, del grado de organización del fraude, del hecho de que el autor pertenezca a una asociación de malhechores o a una organización criminal o de la corrupción de un funcionario.

3.3. Los protocolos anexos al Convenio

Los intereses financieros de la Comunidad no sólo se ven dañados por el fraude, tal y como lo define el Convenio PIF, sino que hay otras figuras delictivas que afectan el mismo bien jurídico. Nos referimos a conductas como actos de corrupción cometidos en nombre de personas jurídicas, así como actos conectados con el blanqueo de capitales que causen o puedan causar un perjuicio. Con ese fin, se dictaron tres protocolos al Convenio PIF, dos de los cuales están en vigor y uno de ellos pendiente de ratificación por Italia.

3.3.1. Primer Protocolo anexo: Protocolo relativo a la corrupción de los funcionarios

El Protocolo relativo a la corrupción de los funcionarios⁴⁸⁶ fue propuesto a petición de la Presidencia española como un instrumento adicional para completar el Convenio PIF. Tras constatar la existencia de muchos aspectos comunes y de algunas lagunas en la definición de

⁴⁸⁶ Primer Protocolo, de 27 de septiembre de 1996, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 313 de 23.10.1996.

corrupción, en primer lugar se da un concepto de funcionario⁴⁸⁷, distinguiendo entre la figura del funcionario comunitario y del nacional. El artículo 2.1 describe los hechos constitutivos de delito de corrupción pasiva⁴⁸⁸ que perjudican o pueden perjudicar los intereses financieros de las Comunidades Europeas, y el artículo 3.1 define la corrupción activa⁴⁸⁹. Los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para tipificar estas conductas, y en virtud del artículo 5, las sanciones a imponer serán eficaces, proporcionales y disuasorias y, en los casos graves, deberán incluir penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición.

El artículo 4 contiene un mandato de asimilación que equipara conjuntamente, a los efectos de la responsabilidad penal en caso de fraude y corrupción tanto activa como pasiva: los miembros de la Comisión Europea a los Ministros de Gobierno; los miembros del Parlamento Europeo a los miembros de los parlamentos nacionales; los miembros del Tribunal de Justicia a los miembros de los Tribunales Supremos nacionales; y los miembros del Tribunal de Cuentas a los miembros de sus respectivos nacionales. A causa de esta disposición, las disposiciones nacionales también deberán ser ampliadas a los miembros de las instituciones comunitarias antes mencionados.

De manera independiente, pero muy relacionado con el tema, el 26 de mayo de 1997 fue firmado el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁹⁰, que amplía la protección penal contra todos los actos de corrupción en los que estén implicados dichos funcionarios aunque no perjudiquen intereses financieros de la Comunidad. Sus disposiciones materiales tienen en cuenta las disposiciones del Primer Protocolo del Convenio PIF y pretende conseguir una mejora de la cooperación judicial de los Estados miembros en la lucha contra los actos de corrupción. Este Convenio entró en vigor el 28 de septiembre de 2005 y permanece abierto a la adhesión de todo Estado que pase a ser miembro de la UE. Algunos de los

⁴⁸⁷ Sobre el concepto de funcionario público véase NIETO MARTÍN, A., "El concepto de funcionario público (artículo 1)", en ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 89-101

⁴⁸⁸ Artículo 2. "1. [...] constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier ventaja, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas".

⁴⁸⁹ Artículo 3. "1. [...] constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que se cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas".

⁴⁹⁰ Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, DO C 195, de 25.6.1997

Estados que se unieron a la UE el 1 de mayo de 2004, la República Checa y Malta, tienen todavía pendiente su adhesión al Convenio.

3.3.2. Segundo protocolo anexo: Protocolo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas y el blanqueo de capitales

El segundo protocolo⁴⁹¹, de 19 de junio de 1997, se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas, a la confiscación, al blanqueo de capitales y a la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión para proteger los intereses financieros de las Comunidades y proteger los datos personales correspondientes.

Las novedades del precepto son la definición que da de persona jurídica en el artículo 1, entendida como *“cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”*. En el caso del blanqueo de capitales, y a los efectos del Convenio, el artículo se remite al tercer guión del artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales⁴⁹², en aquello relacionado con los beneficios del fraude, al menos en los casos graves, y de la corrupción activa y pasiva.

El artículo 2 establece que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que se tipifique el blanqueo de capitales (en el sentido del protocolo) como infracción penal. No obstante, el artículo 18.1 del segundo protocolo permite a los Estados a reservarse la facultad para tipificar como infracción penal el blanqueo de capitales procedentes del delito de corrupción activa y pasiva sólo en los casos graves, teniendo dicha reserva una validez de cinco años después de su notificación y pudiendo ser renovada una sola vez por un período de cinco años más.

El artículo 3 regula la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica que ostente un cargo directivo en el seno de la misma. También se prevé la necesidad de garantizar una responsabilidad penal por complicidad o inducción y por tentativa. También regula la posibilidad de establecer una

⁴⁹¹ Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 221 de 19.7.1997

⁴⁹² DO n° L 166 de 28. 6. 1991

responsabilidad penal de la persona jurídica en casos de culpa *in vigilando*. Y todo ello sin perjuicio de las acciones penales que correspondan contra las personas físicas, tal como dice el apartado 3 del artículo.

El artículo 4 dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que a las personas jurídicas les sean aplicadas sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias. Las sanciones podrán ser multas de carácter penal y administrativo, así como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente en el desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial y la disolución judicial.

Los siguientes artículos abordan el tema de la confiscación (artículo 5), de las infracciones en materia fiscal y aduanera (artículo 6), la cooperación con la Comisión (artículo 7), aspectos relacionados con la protección y comunicación de datos (artículos 8-11), así como cuestiones de tipo jurisdiccional y técnico. Este protocolo no ha entrado en vigor aún, como hemos dicho con anterioridad, por la no ratificación por parte de la República Italiana.

3.3.3. Tercer protocolo anexo: Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Informe explicativo del Convenio PIF decía, en relación con el artículo 8, que los Estados miembros podrán, con posterioridad, precisar en un protocolo adicional las modalidades según las cuales el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio. Con tal fin, el 19 de noviembre se firmó el protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁹³.

Según el apartado 1 del artículo 2, cualquier Estado miembro podrá aceptar, mediante una declaración⁴⁹⁴, la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Convenio PIF y de su primer protocolo. En dicha declaración, según el apartado 2, podrán precisar que cualquiera de los órganos jurisdiccionales de estos Estados

⁴⁹³ Protocolo, de 29 de noviembre de 1996, relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 151, de 20.5.1997].

⁴⁹⁴ De hecho, España se reserva el derecho de prever en su legislación interna que cuando se plantee una cuestión relativa a la interpretación del Convenio PIF ante un Tribunal cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial en derecho interno, dicha jurisdicción **está obligada** (mientras que el Protocolo faculta sólo) a plantear la cuestión prejudicial. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2003

miembros o que cualquier Tribunal, cuyas decisiones no puedan dar lugar a un recurso jurisdiccional de Derecho interno, podrán solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante él, siempre que dicho órgano jurisdiccional considere necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo. Este protocolo entró en vigor el 17 de octubre de 2002.

3.4. Los reglamentos núm. 2988/95 y 2185/96

Como hemos visto hasta el momento, cada vez son más las similitudes entre sanciones administrativas y penales en el ámbito de la protección de los intereses financieros. Dichos reglamentos son un instrumento del Primer Pilar que establecen un sistema más o menos homogéneo de sanciones administrativas y sus controles que complementan las medidas adoptadas en el ámbito del Tercer Pilar y que también hemos tenido ocasión de analizar en profundidad.

3.4.1. El reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

Este reglamento no contiene sanciones de eficacia directa, sino disposiciones generales aplicables a las medidas y sanciones administrativas ya previstas por la normativa sectorial. Como hemos dicho en el punto II.1.4, constituye una especie de “Parte General” del Derecho sancionador comunitario.

3.4.1.1. Concepto de irregularidad

El apartado 2 del artículo 1 define el concepto de *irregularidad*⁴⁹⁵, entendida como toda infracción de una disposición del ordenamiento comunitario correspondiente a una acción u omisión que tenga o pudiera tener por efecto un perjuicio. La definición adoptada abarca todos los comportamientos objetivos (por acción u omisión) de un agente económico, incluidos los

⁴⁹⁵ Artículo 1. “2. Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido”.

comportamientos no intencionales que van o puedan ir en detrimento del presupuesto de las Comunidades⁴⁹⁶. Tales comportamientos han de tener como consecuencia objetiva la violación de una disposición del Derecho comunitario.

El concepto de irregularidad, según la definición del Legislador comunitario, no se limita a los actos que entrañan la aplicación de las sanciones enumeradas en el artículo 5 del Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 (que requieren por principio la existencia de una falta intencionada o por negligencia), sino que se refiere también a aquellos actos que justifican la aplicación de medidas y controles comunitarios en función del objetivo de protección de los intereses financieros de las *Comunidades*.

Para que los comportamientos puedan ser calificados de irregulares han de vulnerar una disposición del Derecho comunitario. Y de esto se deduce que las disposiciones nacionales necesarias para que la norma comunitaria surta plenos efectos deben considerarse también disposiciones que protegen los intereses financieros comunitarios⁴⁹⁷.

El alcance del concepto de irregularidad debe determinarse en función del marco legal de los intereses financieros comunitarios, que puede variar según los sectores de que se trate. Los reglamentos de aplicación en el sector de la Sección de Orientación del FEOGA⁴⁹⁸ disponen que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prevenir y perseguir las irregularidades, así como para recuperar las sumas perdidas a raíz de irregularidades o negligencias». En materia de recursos propios tradicionales, los Estados miembros están obligados a informar a la Comisión de los fraudes e irregularidades detectados y a adoptar las medidas que consideren convenientes para recuperar e ingresar en el presupuesto comunitario los derechos debidamente constatados.

⁴⁹⁶ Exceptuándose los errores o negligencias cometidas en detrimento del presupuesto comunitario por las administraciones nacionales cuando actúan como autoridades públicas, sin perjuicio de las obligaciones de comunicación de tales errores derivadas de los reglamentos sectoriales. Véase OFICINA EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE, *Obligación de comunicar las irregularidades: aspectos prácticos*. Documento de Trabajo, 19º COCOLAF, de 11 de abril de 2002, <http://ec.europa.eu/dgs/olaf/mission/legal/irreg/es.pdf>

⁴⁹⁷ Con arreglo al régimen de cofinanciación en el sector de los Fondos Estructurales y del Fondo de Cohesión, por ejemplo, son de aplicación las disposiciones nacionales en materia de gestión presupuestaria y de control financiero. Hay que considerar, pues, que tales disposiciones nacionales forman parte integrante del dispositivo tendente a proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento 2988/95.

⁴⁹⁸ Reglamento (CEE) nº 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970, DO L 94, de 28.4.1970, derogado por el Reglamento (CE) nº 1258/1999 del Consejo, sobre la financiación de la política agrícola común, DO L 160 de 26.6.1999, que se aplica a los gastos agrícolas desde el 1 de enero de 2000. En el sector de los gastos realizados con cargo a la Sección de Garantía del FEOGA, la Comisión aplica el procedimiento denominado de «liquidación de cuentas», instituido por vez primera en 1970 y modificado substancialmente por primera vez en el ejercicio financiero 1996 (Reglamento (CE) nº 1663/95 de la Comisión, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 729/70 del Consejo en lo que concierne al procedimiento de liquidación de cuentas de la sección de Garantía del FEOGA, DO L 158, de 08.07.1995).

Además, el considerando sexto del reglamento amplía el concepto de comportamiento irregular con el contenido de la definición de fraude del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas;

3.4.1.2. Concepto de agente económico

Las irregularidades, tal y como se definen en el apartado 2 del artículo 1 y en el artículo 7 del Reglamento 2988/95 anteriormente mencionado son infracciones «de una disposición del Derecho comunitario por acción u omisión de un agente económico». A los efectos de la aplicación práctica del Reglamento, el concepto de agente económico fue objeto de una declaración incluida en las actas del Consejo, según la cual «los Estados miembros, en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, no pueden considerarse “agentes económicos” con arreglo al presente Reglamento⁴⁹⁹».

A fin de garantizar la plena consecución de los objetivos de la normativa comunitaria en cuestión, es importante clarificar la acción de los Estados miembros cuando actúan con «prerrogativas de poder público», es decir, «aquellas actividades propias de la autoridad pública⁵⁰⁰» que llevan a cabo en condiciones tales que suponen una excepción al derecho común, que regula las relaciones jurídicas entre particulares. Al margen de estas actividades específicas, un Estado miembro puede considerarse agente económico a tenor del Reglamento 2988/95, en particular, cuando se trate de actos de gestión como, por ejemplo, la organización de un curso de formación en el marco de un programa financiado por el Fondo Social Europeo (FSE) o la mejora de infraestructuras viarias en el marco de un programa financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

3.4.1.3. Análisis del contenido

El artículo 2 establece que los controles y las medidas sancionadoras administrativas sólo se establecerán cuando sean necesarias para garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario, debiendo ser eficaces, proporcionadas y disuasorias a fin de garantizar una

⁴⁹⁹ Conclusiones del Consejo de 14 de junio de 1995, doc. 8138/95 FIN 233, declaración aneja al Acta, punto 9, a los artículos 1 y 7

⁵⁰⁰ En el sentido del artículo 45 TCE

adecuada protección de los intereses financieros de las Comunidades. Por tanto, se hace ya una diferenciación clara entre medidas y sanciones administrativas.

Las medidas administrativas previstas contra las infracciones no intencionadas están reguladas en el artículo 4, cuyo apartado 1 establece que toda irregularidad dará lugar, como norma general, a la retirada de la ventaja obtenida indebidamente. De especial relevancia es el apartado 3, que contiene una disposición relativa a los actos de simulación de las condiciones requeridas para la obtención de una ventaja, que tendrá por consecuencia la no obtención de la misma o su retirada.

Las irregularidades intencionadas o provocadas por negligencia podrán dar lugar, según el artículo 5 del Reglamento, a la imposición de sanciones administrativas, mencionando como tales: el pago de una multa administrativa, el pago de una cantidad superior a las sumas indebidamente percibidas o eludidas, la privación total o parcial de una ventaja incluso en el caso de que el agente sólo se haya beneficiado de una parte de la misma, la retirada temporal de una autorización o la pérdida de una garantía o de una fianza. Junto a estas sanciones se podrán imponer, además, otras de carácter exclusivamente económico, de naturaleza y alcance equivalentes. Según el artículo 7 las medidas y sanciones administrativas podrán ser impuestas tanto a personas físicas como jurídicas.

En definitiva, el Reglamento nº 2988/95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas supuso una especie de Parte General del Derecho sancionador comunitario, pero con algunas deficiencias. Así, por ejemplo, en numerosas ocasiones se tiene que recurrir a los principios generales del Derecho de los Estados miembros que tengan eficacia en el Derecho comunitario. También se presentan problemas esenciales a la hora de determinar cuáles son los principios generales que tienen validez en el Derecho comunitario, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia se inspira claramente en los principios generales que rigen en los Estados miembros para luego proceder a una determinación autónoma de los principios generales que tienen validez en el Derecho comunitario.

Hay autores que piensan que con este reglamento se ha desaprovechado la ocasión de atribuir a esta Parte General *“un estándar jurídico elevado que garantizara un tratamiento uniforme de las sanciones supranacionales por parte de los Estados miembros”*⁵⁰¹. Para ello hubiera sido necesario diferenciar, en remisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre

⁵⁰¹ DANNECKER, G. *Evolución del Derecho penal...*, p. 194

medidas restitutivas, sanciones administrativas puras de carácter preventivo y sanciones penales en sentido amplio sometidas a las especiales garantías jurídico-penales. Se echa en falta, pues, una regulación de las particulares garantías jurídico-penales y disposiciones sobre la atribución de la responsabilidad penal.

3.4.2. El Reglamento (Euratom, CE) nº 2185/96, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión contra los fraudes e irregularidades

El artículo 10 del Reglamento nº 2988/95 preveía la posterior adopción de disposiciones generales adicionales relativas a los controles y a las verificaciones *in situ*, y dicho mandato se lleva a cabo con el Reglamento nº 2185/96. Este reglamento faculta a la Comisión para controlar y verificar *in situ* a las autoridades nacionales o a los operadores económicos en el ámbito de la lucha contra el fraude. Dicha facultad de la Comisión fortalece las posibilidades y los objetivos de los Estados miembros en la lucha contra el fraude y deberá servir, en particular, para los casos de fraude que por su magnitud no se limiten a un solo país, así como en aquellos casos en que es necesaria su intervención para garantizar una correcta y eficaz protección de los intereses financieros comunitarios.

La importancia del reglamento radica en que no se refiere a un sector limitado o específico, sino que abarca todos los controles y verificaciones *in situ* efectuados por la Comisión en el ámbito de la lucha contra el fraude, eso es, es una herramienta de naturaleza horizontal. Además, el Reglamento reconoce potestades a la Comisión no sólo en el territorio de la Unión, sino también en terceros países. En concreto, la disciplina de los controles y verificaciones *in situ* subdivide la acción de tutela financiera en tres fases fundamentales:

En primer lugar se adopta la decisión de proceder al control y se llevan a cabo actividades preparatorias, luego se procede con la fase ejecutiva, que comprende la realización del control con la presencia física de funcionarios de la Comisión. Seguidamente se decide la medida a adoptar teniendo en cuenta los resultados del control.

3.4.2.1. Fase preliminar

La fase preliminar es la expresión concreta del poder de iniciativa de la Comisión. El único límite fundamental es el ámbito de aplicación, fijado por el artículo 1 del Reglamento: la disciplina se aplica a todos los sectores de actividad de la Comunidad, sean actividades relativas a los ingresos (con exclusión del IVA) o de los gastos. Además debe cumplirse uno de los tres presupuestos del artículo 2, esto es, investigación de irregularidades graves, irregularidades transnacionales o irregularidades en que puedan estar implicados operadores económicos que actúen en varios Estados miembros; investigación de irregularidades, cuando en la situación concreta en un Estado miembro exija en un caso concreto el refuerzo de los controles y verificaciones in situ para mejorar la eficacia de la protección de los intereses financieros y garantizar un nivel de protección equivalente dentro de la Comunidad; o bien a solicitud del Estado miembro interesado.

La primera y tercera hipótesis de legitimación de la intervención comunitaria tienen una naturaleza esencialmente técnica, y delimitan los casos en que la acción de la Comisión es subsidiaria respecto a la de los Estados miembros. En cambio, el segundo supuesto, prevé una intervención autónoma de la Comisión. En dicho caso, la Comisión debe hacer una “valoración de oportunidad” en términos de coste-beneficio antes de realizar el control y, además, según el artículo 3 velará para que no se efectúen al mismo tiempo controles o verificaciones similares, por los mismos hechos, de los operadores económicos de que se trate sobre la base de normativas comunitarias sectoriales.

Además, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4, la Comisión informará a las autoridades nacionales del motivo, del objeto y de la finalidad de dichos controles y verificaciones con tiempo suficiente de manera que puedan aportar la ayuda necesaria. Esto puede traducirse en la presencia física de funcionarios nacionales en los controles realizados por la Comisión. Además, según el artículo 6.2, la Comisión podrá valerse de agentes de otros Estados miembros en calidad de observadores y recurrir a organismos externos que actúen bajo su responsabilidad.

3.4.2.2. Fase ejecutiva

Es esta fase adquieren relevancia otros aspectos fundamentales, como la correcta individualización de los destinatarios de los controles y verificaciones, que son aquellos definidos

por el artículo 7⁵⁰² (pero del Reglamento 2988/95). Pero además, la investigación también podrá extenderse a terceros operadores, en tanto que sea posible obtener informaciones que tengan relación con el objeto de la investigación (por ejemplo, suministradores o clientes del sujeto bajo inspección). Además, en relación con los locales, el artículo 5 precisa que los operadores deberán permitir el acceso a los éstos, así como a terrenos, medios de transporte y demás lugares de uso profesional. La legitimación de los inspectores de la Comisión para acceder será una habilitación escrita en la que se indicarán su identidad y la calidad en la que concurren, acompañada de un documento en que se indique el objeto y la finalidad del control y verificación in situ, tal como indica el artículo 6.

En su actividad de control los funcionarios comunitarios habilitados se asimilan a los agentes del Estado miembro, y están obligados a respetar las normas de procedimiento que se contemplen en la legislación del Estado miembro de que se trate (artículo 6.1).

En cuanto a las potestades de los inspectores, el artículo 7 establece que *“[... éstos] tendrán acceso en las mismas condiciones que los inspectores nacionales y dentro del respeto de las legislaciones nacionales a toda la información y documentación sobre las operaciones de que se trate que resulte necesaria para el buen desarrollo de los controles y verificaciones in situ. Podrán utilizar los mismos medios materiales de control que los inspectores nacionales y, en particular, obtener copia de la documentación pertinente.”* Seguidamente el artículo detalla las potestades concretas⁵⁰³.

El acceso a los locales es ejercitable en tanto que el operador económico colabore. Si éste se opone, el artículo 9 dice que el Estado miembro de que se trate prestará a los inspectores de la Comisión la ayuda necesaria para la realización de su labor de control y verificación in situ. Asimismo, el artículo 7.2 contempla la posibilidad que, previa solicitud de la Comisión, los Estados

⁵⁰² Artículo 7 del Reglamento nº 2988/95. “[...] Personas físicas o jurídicas y a las demás entidades a las cuales el Derecho nacional reconozca capacidad jurídica, que hayan cometido la irregularidad. Podrán también aplicarse a las personas que hayan participado en la realización de la irregularidad, así como a las obligadas a responder de la irregularidad o a evitar que sea cometida”.

⁵⁰³ Artículo 7 del Reglamento nº 2185/95. “1. [...] Los controles y verificaciones in situ podrán tener por objeto, en particular:

- los libros y documentos profesionales como facturas, pliegos de condiciones, hojas de pagos, órdenes de ejecución, extractos de cuentas bancarias que obren en poder de los operadores económicos,
 - los datos informáticos,
 - los sistemas y métodos de producción, embalaje y expedición,
 - el control físico de la naturaleza y el volumen de las mercancías o de las acciones ejecutadas,
 - la recogida y verificación de muestras,
 - el estado de las obras o de las inversiones financieras, la utilización y el destino de las inversiones realizadas,
- los documentos presupuestarios y contables,
- la ejecución financiera y técnica de proyectos subvencionados.”

miembros adopten las medidas cautelares que consideren pertinentes previstas en la legislación nacional, en particular para proteger los elementos de prueba.

Por tanto, se puede afirmar que el “poder de imperio” de la Comisión es efectivo en relación a la soberanía de los Estados miembros, que están obligados a no impedir la actividad de control decidida autónomamente por la Comisión (es más, están obligados a colaborar) pero no es efectivo en relación con las libertades individuales de los ciudadanos y de las empresas, que sólo pueden ver restringidos sus derechos por efecto del poder de imperio existente en los ordenamientos nacionales, ejercitable sólo por los sujetos (nacionales) expresamente legitimados para ello⁵⁰⁴.

3.4.2.3. Obligaciones relacionadas con la información obtenida

En cuanto a la información recogida, el artículo 8.1 establece el secreto profesional, ya establecido por el artículo 287 TCE y a su vez se remite a las disposiciones nacionales sobre la materia. Ello se basa en la prohibición de divulgación de las informaciones a personas diversas de aquellas que tengan acceso a ella en el ejercicio de sus funciones, en la prohibición de su uso para otros fines diferentes de la tutela de los intereses financieros (artículo 8.1), y en la obligación de protección de los datos personales (artículo 8.4), en particular, respetando lo establecido por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁰⁵.

Respecto al uso de las informaciones obtenidas, el Reglamento prevé dos obligaciones de hacer distintas: informar a las autoridades competentes del Estado interesado del control y de sus resultados (artículo 8.3) y elaborar los informes en condiciones que les permitan constituir elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización (artículo 8.5). Además, según el artículo 8.3, los elementos materiales y de prueba se adjuntarán al informe. Dichos informes “constituirán elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en donde su uso resulte necesario, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores administrativos nacionales”. En caso de

⁵⁰⁴ CARRARINI, F., MASSIMO, R.; SASSO, C., *Gli interessi finanziari dell’Unione Europea e l’azione di tutela*, Cedam, Padova, 1999, p.125

⁵⁰⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L 281, de 23.11.1995

que se trate de un control conjunto de los que se refiere el artículo 4, los inspectores nacionales serán invitados a firmar el informe elaborado por los inspectores de la Comisión.

Además, sigue diciendo el mismo párrafo que dichos informes “estarán sometidos a las mismas normas de apreciación que se aplican a los informes administrativos de los inspectores administrativos nacionales y tendrán un valor idéntico a éstos”.

3.4.2.4. Controles y verificaciones en terceros países

Como hemos anticipado antes, los controles y verificaciones *in situ* también pueden realizarse fuera del territorio de la Unión. Evidentemente, el eventual ejercicio de esta facultad no puede ser vinculante para el tercer Estado, si no que dicha potestad está condicionada a la autorización previa.

En este ámbito es impensable un poder de iniciativa de la Comisión, porque ello chocaría de frente con la soberanía del tercer Estado, que no está limitada por efecto de la adhesión a los Tratados comunitarios como sucede con los Estados miembros. Sólo si se cuenta con la disponibilidad del tercer Estado será posible investigar el operador extranjero, obviamente en colaboración con los inspectores de dicho país y en ese caso, la responsabilidad directa del control sólo se puede atribuir a la autoridad competente de dicho Estado.

No obstante estas limitaciones, la previsión normativa expresa reviste una notable importancia porque ofrece –al menos potencialmente- la oportunidad de llevar a cabo controles en cualquier país del mundo, gracias al considerable peso político-institucional de la Comisión. En este caso, y según el artículo 8.5, “los informes serán elaborados por los inspectores de la Comisión en condiciones que les permitan constituir elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización”.

3.4.2.5. Conclusión

A la luz de lo visto hasta ahora, no hay duda que la disciplina comunitaria en tema de controles responde –al menos como primera aproximación- a la exigencia de asegurar una sinergia mayor entre las autoridades que intervienen en la tutela del presupuesto comunitario, sean

administrativas o judiciales, nacionales o comunitarias. El objetivo inicial era someter al operador comunitario a un doble control potencial: de un lado, el ejercitado por las autoridades competentes del Estado miembro, y de otro, el realizado por la Comisión, bien a iniciativa propia o a petición de una autoridad competente de los restantes Estados miembros.

Desde 1997 la Comisión elabora un elenco de los agentes habilitados para efectuar los controles y la forma del documento que deberán poseer los inspectores tal y como establece el artículo 6.1. La Comisión también ha fijado la forma del documento de acreditación o “carta de misión”, que debe contener el objeto y finalidad del control de verificación *in situ*, y también ha establecido un *vademécum* sobre el modo en que los servicios de la Comisión deben aplicar el presente reglamento.

En aquellos primeros años de aplicación del Reglamento, la actividad autónoma de la Comisión era excepcional y no totalmente segura, desde el punto de vista de los operadores económicos. La creación de la OLAF en 1999 supone un punto de inflexión, pues tal como establecen el considerando 9 y el artículo 3 del reglamento 1073/1999, “la Oficina ejercerá las competencias conferidas a la Comisión por el Reglamento (Euratom, CE) nº 2185/96 para efectuar controles y verificaciones *in situ* en los Estados miembros y, de conformidad con los acuerdos de cooperación vigentes, en los terceros países”.

4. La recepción del Convenio en el código penal español. Análisis de los artículos 305.3, 306 y 309. Problemas que plantea

4.1. Antecedentes

La actual regulación de los delitos contra la Hacienda Pública apareció unos meses antes de la aprobación del nuevo Código Penal, a través de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio⁵⁰⁶, pero la regulación de los delitos contra la Hacienda de las Comunidades Europeas, recogida en los artículos 305.3, 306, 309, 627 y 628, sí que nace con el nuevo Código penal, aprobado por la Ley orgánica 10/1995⁵⁰⁷.

Parece ser que la idea inicial de legislador era dejar regulados los delitos contra la Hacienda Pública en ley especial, pero el hecho de que paralelamente a la reforma de los dichos delitos (LO 6/1995, de 29 de junio) se estuviera tramitando el nuevo Código penal, determinó que desde diferentes grupos parlamentarios se presentaran enmiendas para la incorporación de aquellos a éste. Estas enmiendas fueron rechazadas en el Senado, pero finalmente la enmienda número 363, del grupo socialista decidió que los Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social formarían el Título XIV del texto punitivo, introduciendo los artículos 305.3, 306 y 309.

En dicha enmienda se manifestaba que *“se considera necesario incorporar dichos preceptos [los de la LO 6/1995, de 29 de junio,] mediante la creación de un nuevo Título XIII bis que recoja aquellas modificaciones así como las derivadas del contenido del Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades, pactado en el marco de la Unión Europea y que será próximamente firmado por España. En dicho Convenio se establece la necesidad de la protección de la Hacienda Comunitaria con la de cada país miembro. Por ello, además de recoger el actual contenido de los artículos 349 y siguientes del Código Penal, se incorporan nuevos preceptos que, con similar contenido, vienen a cumplir ese compromiso”*. Correlativamente, fruto de una enmienda complementaria, en el Título II del Libro III se incluyeron dos faltas, los artículos 627 y 628.

Otras modificaciones legislativas vinieron de la mano de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando⁵⁰⁸, que nació también con la visible vocación de proteger la Hacienda Comunitaria y, en especial, a uno de sus recursos más importantes como son los aranceles aduaneros y los gravámenes agrícolas sobre el tráfico exterior. Sin embargo, la Ley no menciona el Convenio ni atiende en la descripción de conductas típicas a las allí fijadas, y ni

⁵⁰⁶ Ley Orgánica 6/1995, de 29 de Junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda pública y Contra la Seguridad social, BOE núm. 151, de 30 de junio de 1995.

⁵⁰⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁵⁰⁸ BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995

quiera determina las penas siguiendo las indicaciones establecidas, sino como es tradicional en nuestro ordenamiento, es decir, atendiendo al valor de los bienes, efectos o mercancías objeto de contrabando, lo cual no contradice el espíritu del Convenio.

4.2. Recepción del Convenio por el ordenamiento jurídico español

La existencia de dos faltas en los delitos contra la Hacienda Pública y la diferente cuantía con respecto a los que tutelan el erario responde a las exigencias del Convenio⁵⁰⁹. El Convenio indica que los Estados miembros han de castigar con pena de prisión, lo suficientemente grave para no dar lugar a problemas de extradición, aquellos fraudes que excedan de 50.000 euros, sin impedir el Convenio que fraudes de menor entidad sean castigados con penas igualmente severas. Correlativamente se exige sanción penal, no importa la naturaleza, para aquellos fraudes superiores a 4.000 euros. Siguiendo estas indicaciones los artículos 305.3, 306 y 309 castigan como delito de fraude fiscal o de subvenciones los fraudes que superen los 50.000 euros y como falta, aquellos fraudes que sean mayores, sin llegar a la cantidad aludida, de 4.000 euros.

4.2.1. Delimitación de los preceptos y el artículo 306 del Código penal

Tal como se deriva del Convenio PIF, y como también se hace para las Haciendas Públicas internas, hay que diferenciar entre la protección de los ingresos y la protección de los gastos. El artículo 305.3 CP es indiscutible que se refiere a los ingresos y el artículo 309 CP a los gastos. Más dudas suscita el artículo 306 CP⁵¹⁰. El artículo recoge dos ilícitos diferentes: una modalidad de fraude fiscal y un fraude de subvenciones. El primero de ellos plantea numerosos problemas, agravados por la ausencia de un fallo judicial que trate la materia, así como la referencia explícita a la justificación de cada precepto en la tramitación parlamentaria.

Parte de la doctrina opina que este precepto protege los ingresos. Pero esto choca, por un lado, con la deficiente técnica legislativa usada, que regula en un mismo precepto aspectos parciales de dos figuras distintas (delito fiscal y fraude de subvenciones). Y por otro lado, si el artículo 306 CP

⁵⁰⁹ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 381

⁵¹⁰ Artículo 306 CP. "El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía"

se refiere a la defraudación en cuanto a los ingresos, se estaría solapando de modo absoluto con el artículo 305.3 CP⁵¹¹. Las interpretaciones doctrinales al respecto son muy variadas.

Hay autores que defienden que el artículo 306 CP es que verdaderamente protege la Hacienda Comunitaria en su vertiente de ingresos, mientras que el artículo 305.3 CP se habría dictado al amparo del artículo 9 del Convenio⁵¹². Otros autores, en cambio, defienden que el artículo 306 es redundante y su existencia no tiene sentido⁵¹³ y para otros la diferencia es que el artículo 305.3 CP se refiere a ingresos tributarios y el artículo 306 CP trata de ingresos no tributarios⁵¹⁴. Una interpretación intermedia sostiene que el artículo 306 alude a ingresos tributarios o no, pero no comprendidos en el artículo 305.3 CP⁵¹⁵.

Otra línea doctrinal⁵¹⁶ sugiere, como alguna ya vista, que el tipo quiere castigar la elusión de otros ingresos comunitarios, diferentes de los tributos, que hayan de ser abonados por los particulares. El caso típico sería el de quien recibe una subvención a la que, en principio, tiene derecho, pero posteriormente, por variar las circunstancias, ha de ser revocada, o en caso de subvenciones que se conceden periódicamente, deja de tener derecho a su renovación o mantenimiento. La conducta típica consistiría bien en la violación de una obligación de comunicación o bien en suministrar declaraciones o documentos falsos, que impide a la administración reclamar una subvención a la que ya no se tiene derecho, por variar las circunstancias, o que provoca que ésta siga abonando cantidades periódicamente o que renueve la subvención (subvenciones periódicas). La justificación de esta hipótesis es múltiple.

Desde un punto de vista sistemático, lo lógico es que un artículo castigue conductas que atentan contra el mismo bien jurídico. Si es evidente que la segunda parte del artículo 306 hace referencia al fraude de subvenciones (concretamente, a la malversación de los fondos obtenidos, dándoles una aplicación distinta de aquella a la que estuviesen destinados), la primera parte del

⁵¹¹ VV.AA., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 543 y MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C., y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 608.

⁵¹² ULLOA RUBIO, I., "La defraudación de la Hacienda de las Comunidades Europeas y el fraude de subvenciones en el Código Penal Español: algunas consideraciones jurisprudenciales", en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 202, 2001, pp. 101-130.

⁵¹³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª ed., 1996, p. 654.

⁵¹⁴ RANCAÑO MARTÍN, M.A., *El delito de defraudación tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 71 y IBÁÑEZ MARSILLA, S.; BOSCH CHOLBÍ, J.L., "L'accordo per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea e il recepimento dell'accordo nel codice penale spagnolo", en DI PIETRO, A., *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 203-212. Véase también IBÁÑEZ MARSILLA, S.; BOSCH CHOLBÍ, J.L., "La protección penal de la Hacienda Comunitaria", en *Crónica Tributaria*, nº 86, 1998, pp. 75 y ss.

⁵¹⁵ SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, COLEX, Madrid, 1997, p. 405

⁵¹⁶ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 383.

precepto también debería referirse al fraude de subvenciones⁵¹⁷. Todo ello sin perjuicio de que lo lógico hubiera sido integrarlo en el artículo 309 CP, que es el que regula el fraude de subvenciones comunitarias.

En segundo lugar, la regulación de las faltas correspondientes a dichos delitos se contiene en dos artículos: el artículo 627 CP, que se remite al artículo 305.3 CP y el artículo 328 CP, que hace lo mismo con los artículos 306 y 309. En tercer lugar, coherentemente con el principio de asimilación parece lógico que el artículo 305.3 CP sea el precepto que realmente castiga las defraudaciones tributarias en materia de ingresos, en analogía con la normativa interna a la que se remite. En cuarto lugar, dota al apartado primero de este artículo 306 de contenido, en tanto que se refiere a supuestos no penados por el artículo 309.

Por todo ello, la interpretación que parece más razonable es la que estima que todo el artículo 306 CP se refiere al fraude de subvenciones y que el artículo 305.3 CP es el único que se refiere a los ingresos comunitarios. Los analizaremos a continuación.

4.2.2. El bien jurídico protegido

La cuestión del bien jurídico que protegen los delitos del Título XIV del Código penal no es pacífica. Las formulaciones efectuadas por la doctrina son plurales. De un lado se ha afirmado que el bien jurídico protegido serían los deberes de lealtad del contribuyente para con el Estado, configuración que no parece enteramente responder al modelo legal que acoge el Código Penal, asentado en criterios de ofensividad material de las conductas atentatorias contra la Hacienda Pública. Por otra parte, el delito de defraudación tributaria tampoco puede interpretarse como una mera desobediencia formal a deberes jurídico-tributarios *stricto sensu*.

La doctrina mayoritaria se inclina por una configuración del bien jurídico protegido en el delito fiscal articulada sobre la protección de la Hacienda Pública. Es un objeto de protección con una

⁵¹⁷ También es cierto que existen otras conductas que, por acción u omisión, pueden suponer un perjuicio patrimonial a un patrimonio público eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, por ejemplo, una estafa en el marco de un contrato con la Comunidad. Por razones sistemáticas esta conducta no tendría cabida en el artículo 306, porque aunque el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Comunidad, lo es en el marco de unas relaciones distintas a las tributarias o a las que surgen con la petición y concesión de una subvención, que son a las que se refiere el Título XIV del CP.

impronta patrimonial, pero definida desde la óptica de los intereses públicos⁵¹⁸. La jurisprudencia del Tribunal Supremo esboza dos líneas jurisprudenciales con posiciones un tanto enfrentadas. Por un lado se sostiene una concepción meramente patrimonialista o recaudatoria del bien jurídico, avalada por la sentencia de 10 de octubre de 2001⁵¹⁹. Por otro lado se percibe una concepción conforme a la cual el núcleo del delito fiscal consiste en la lesión del deber de contribuir al sostenimiento de los Gastos Públicos, tal y como preceptúa el artículo 31 de la Constitución Española, apareciendo así una vulneración del principio de solidaridad tributaria, perspectiva que se consolida a la luz de la reciente evolución jurisprudencial, instituyéndose una protección del sistema fiscal como sistema equitativo de cooperación social. En ése sentido, véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 209/1988, de 10 de noviembre, y 76/1990, de 26 de abril, entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2001 y 15 de julio de 2002.

Respecto a los delitos de los artículos 305.3, 306, 309, 627 y 628 CP, no cabe duda que el bien jurídico protegido es la Hacienda Pública comunitaria. En esta misma línea, algunos autores estiman que el bien jurídico supraindividual protegido (en especial referencia al fraude de subvenciones) es la Hacienda Comunitaria en su vertiente dinámica, con el especial interés de los órganos comunitarios de que se realice con los modos fijados en la ley⁵²⁰. Sin embargo, los artículos 306 y 309 hablan de los presupuestos generales de la Comunidad u otros administrados por ésta, siguiendo, aunque no literalmente, lo establecido por el Convenio PIF.

4.2.3. Protección de los ingresos. Los artículos 305.3 y 627 CP

4.2.3.1. Análisis del artículo 305.3 del Código Penal. Tipo

El objetivo de la presente tesis no es hacer un análisis detallado del delito fiscal, tema lo suficientemente amplio como para tratar en otra tesis. Sin embargo, por motivos de sistemática y de coherencia me parece necesario enunciar someramente las particularidades de estos delitos y

⁵¹⁸ GARCÍA TIZÓN, A., "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública", en BAJO FERÁNDIZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 157 y ss.

⁵¹⁹ En esta Sentencia se rechaza que el bien jurídico protegido sea la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal. Considera que este punto de vista es rechazado en la teoría del Derecho penal fiscal, afirmándose que "se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares". Otras sentencias más recientes son las SSTs de 18 de diciembre de 2000, 26 de octubre y 5 de diciembre de 2002 y de 3 de febrero de 2005.

⁵²⁰ VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones de la Unión Europea...*, p. 83.

faltas que introducen el Convenio PIF en la normativa española. Así, el artículo 305.3 CP⁵²¹ regula el fraude a los ingresos de la Comunidad.

La acción típica, por remisión al artículo 305.1 CP es defraudar a la Hacienda Comunitaria, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresar a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma. Por tanto, el primer concepto a aclarar es a qué tributos se refiere el precepto. El artículo 1.1 del Convenio PIF no aporta claridad pues define las conductas pero no su objeto, hablando de forma vaga “de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas, o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta”.

La indefinición del Convenio se subsana mediante su Informe Explicativo⁵²², de 26 de mayo de 1997, con valor de interpretación auténtica, donde explica qué se entiende por ingresos. El Consejo sostiene que

“Se entenderá por ingresos aquellos procedentes de las dos primeras categorías de recursos propios contempladas en el apartado 1 del artículo 2 de la Decisión 94/728/CE del Consejo, de 31 de octubre de 1994, relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas (hoy derogada por la muy parecida Decisión del Consejo 2000/597/CE, Euratom de 29 de septiembre de 2000, DO L 253, de 7.10.200), es decir, los derechos fijados en los intercambios con países terceros en el marco de la política agrícola común y las cotizaciones previstas en el marco de la organización común de mercados del azúcar, por una parte, y los derechos de aduana fijados en los intercambios con países terceros, por otra. No comprenderán los ingresos procedentes de la aplicación de un tipo uniforme válido para todos los Estados miembros a la base IVA, dado que el IVA no constituye un recurso propio percibido directamente por cuenta de las Comunidades, como tampoco incluirán los ingresos procedentes de la aplicación de un tipo uniforme a la suma de los PNB de todos los Estados miembros.”

Aranceles aduaneros. Su defraudación ya está castigada por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando⁵²³. Aunque es cierto que estos preceptos castigan el

⁵²¹ Artículo 305.3 CP: “Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros.”

⁵²² Informe explicativo del convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Texto aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997), DO C 191, de 23.06.1997

incumplimiento de una serie de obligaciones que dan lugar al nacimiento de la deuda aduanera, su objetivo es proteger el pago de la misma.

Prélèvements. El artículo 4.10 del Código Aduanero Comunitario⁵²⁴ entiende también por derechos de importación “las exacciones reguladoras agrícolas y demás gravámenes a la importación establecidos en el marco de la política agrícola común o en el de los reglamentos específicos aplicables a determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas”. En cambio, el artículo 4.15 del Código Aduanero Modernizado⁵²⁵ es mucho más parco y se limita a definirlos como “los derechos de aduana que deben pagarse por la importación de mercancías”. Sin embargo, aunque el Código Aduanero Modernizado entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial, el artículo 4 no será aplicable hasta que no esté listo el reglamento de aplicación, y en ningún caso se prevé antes del 24 de junio de 2009.

La naturaleza jurídica de los *prélèvements* es compleja. Como es sabido, los objetivos principales de la PAC son incrementar la productividad, garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, asegurar suministros al consumidor a precios razonables, estabilizar los mercados y garantizar la seguridad de los abastecimientos. Para conseguir dichos objetivos se establecen las exacciones reguladoras, que son impuestos indirectos aplicados a la importación de productos agrícolas dentro de la UE y en algunos casos de exportación, cuando puede existir una amenaza de desabastecimiento dentro de la Unión Europea. Puede darse el caso también de subvenciones a la exportación de productos agrícolas, cuando pretendiendo no bajar los precios en el mercado interior, se ayuda al agricultor a exportar a mercados con precios más bajos, subvencionándoles la diferencia entre ambos.

⁵²³ Artículo 2.1.: Cometén delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que:

- a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.
La ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.
- b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.
- c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 91 a 97 y 163 a 165 de Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y sus disposiciones de aplicación y en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.
- d) [...]

⁵²⁴ Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, DO L 302 de 19.10.1992.

⁵²⁵ Reglamento (CE) 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), DO L 145, de 4 de junio de 2008

Las exacciones agrícolas o *prélèvements*⁵²⁶ son considerados impuestos indirectos, y puesto que recaen sobre operaciones de tráfico exterior, se rigen por la Ley de represión del contrabando, que por su carácter de ley especial prima sobre la ley general, tal como establece el artículo 8 del Código Penal.

Los fraudes en el tráfico intracomunitario de productos agrícolas quedan fuera del ámbito de la ley de contrabando y se rigen por el artículo 305.3 CP. El único caso son las cotizaciones previstas en el marco de la organización común de mercados del azúcar, que es un gravamen sobre el tráfico interno exigido a los productores que sobrepasan la cuota asignada para cubrir gastos de sostenimiento del mercado y sobre los fabricantes, por cada unidad de peso producida, con el fin de compensar los gastos de almacenamiento del producto⁵²⁷. Otra exacción que genera muchos problemas doctrinales es la cuota láctea, aunque su impago no parece ajustarse al tipo del artículo 305.3 CP⁵²⁸.

Es posible que en un futuro se amplíe el ámbito de aplicación del precepto. Así, la Decisión del Consejo de 29 de septiembre de 2000, así como su antecesora de 1994, prevén en su artículo 2.2 la posibilidad de que se establezcan otros gravámenes en el marco de una política común, siguiendo el procedimiento específicamente previsto en el artículo 269 TCE o 173 TCEEA. Es lo que doctrinalmente se conoce como "*Quinto recurso*" y puede ser de pronta implantación, si se continúa con el exponencial avance de las instituciones comunitarias y de sus gastos.

⁵²⁶ Además de las exacciones reguladoras, hay otra serie de figuras que también gravan la entrada de productos agrícolas:

- Primas aplicables en caso de liquidación anticipada de los derechos de importación, liquidación anticipada que se efectúa previa solicitud del importador, para evitar el efecto disuasorio de las importaciones, que supone la inestabilidad de los precios.
- Derechos suplementarios y derechos adicionales que se superponen a las exacciones reguladoras, por ejemplo, para evitar casos de dumping
- Derechos compensatorios que se establecen sobre productos agrícolas sometidos al arancel común al que vienen a completar.

⁵²⁷ Las cuantías de dichas cotizaciones son muy escasas, según datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, las cuantías en toda la Unión Europea, ascendieron en la campaña 2000-2001 a la cantidad de 498.083.409 euros, y en la campaña 2001-2002 fueron de 861.575.806 euros.

⁵²⁸ Estamos ante la llamada tasa láctea y el fraude de la leche negra que de su impago se deriva. Parece que estos tributos no sean recursos propios de la Comunidad ni se incluyan como ingresos en el presupuesto comunitario, por lo que serían de aplicación los tipos que tutelan la Hacienda Pública nacional. Véase FALCÓN Y TELLA, R., *Introducción al Derecho financiero y tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 304. En la misma línea, hay autores que ven notables dificultades en la incardinación de la elusión de la tasa láctea como Delito contra la Hacienda Pública comunitaria. La finalidad de la tasa láctea y su naturaleza de sanción o cuasi-sanción pecuniaria la alejan de su consideración como recursos financiero propio de la Unión Europea. Por ello, el intento de la normativa española de considerarlo una exacción parafiscal para, de esta manera, sancionarlo penalmente constituye un "fraude de ley al revés". Véase RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Delitos contra la Hacienda Comunitaria (La elusión del pago de la tasa láctea como ejemplo de desarmonía)", en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 311 y ss.

4.2.3.2. Naturaleza jurídica de la cuantía

La configuración del delito fiscal dentro del ordenamiento jurídico español desde la reforma de 1977 ha venido determinada por la inclusión de la cuantía de la defraudación como elemento diferenciador entre el delito fiscal y la simple infracción administrativa. La naturaleza jurídica de la cuantía ha planteado debates en la doctrina y en la jurisprudencia, ya que dependiendo de la conclusión adoptada se derivan importantes consecuencias prácticas.

Así, la eventual existencia de formas imperfectas de ejecución puede quedar, en la práctica, determinada por la posición que se adopte en este punto. Si entendemos que la cuantía forma parte de la estructura del tipo será perfectamente admisible la tentativa de delito; *sensu contrario*, si partimos de la cuantía como condición objetiva de punibilidad no cabrá dicha posibilidad, puesto que el delito se concebirá como de «mera cantidad».

En segundo lugar, el delito fiscal, en virtud de los artículos 12 y 305 del Código Penal, es un delito que únicamente puede ser castigado en caso de comportamientos dolosos: de este modo, la naturaleza jurídica que se atribuya a la cuantía dependerá del contenido necesario del dolo. Si partimos de que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad, el dolo necesario para la consumación del delito no abarcaría la cuantía, siendo sólo necesario el ánimo defraudatorio. Si por el contrario, la cuantía forma parte del tipo, deberá ser necesariamente abarcada por el dolo de forma que no solamente se exigirá la voluntad defraudatoria sino que también se quiera defraudar a la Hacienda Pública en cuantía superior a 120.000 euros.

A favor de integrar la cuantía defraudada en el tipo se posicionan autores muy relevantes, entre otros BOIX REIG y MARTÍN QUERALT, que entienden que no se puede hablar de la cuantía como condición objetiva, “dado que ni se trata de un hecho futuro e incierto, ni la cuantía defraudada a la Hacienda se encuentra causalmente desvinculada de su conducta, debiendo estar comprendido en el dolo la voluntad de defraudar efectivamente dicha cuantía⁵²⁹”. A favor de esta concepción se posiciona el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de marzo de 1988, donde tras señalar que el límite es variable por estar inspirado en razones de prudencia político-fiscal, afirma que “es característico del resultado que culmina con el tipo objetivo”, por lo que se requiere que el sujeto pasivo tenga conciencia de la cuantía defraudada⁵³⁰.

⁵²⁹ BOIX REIG, J., “Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal”, en *Delitos Socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 276.

⁵³⁰ En la misma línea, la STS de 9 de marzo de 1993 señala que nos encontramos ante un elemento inexcusable del delito, o la STS de 25 de febrero de 1998, que entiende que la cuantía es un elemento objetivo del delito, señalando que “así lo ha declarado una reiterada jurisprudencia de esta Sala, afirmando la Sentencia de 24 de febrero de 1993, que

La posición opuesta es la que considera la cuantía como condición efectiva de punibilidad. Ello implica que todo acto de defraudación tributaria es constitutivo de una acción típica, antijurídica y culpable, pero que únicamente se castiga cuando aquel alcanza la entidad legalmente prevista: 120.000 euros para los delitos contra la Hacienda interna y 50.000 para los delitos contra la Hacienda comunitaria.

Actualmente es la posición más mayoritaria, sustentada por numerosos autores⁵³¹ y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia de 27 de diciembre de 1990 estudiaba esta cuestión en conexión directa con el fondo del asunto, ya que se planteaba por la defensa la ausencia de dolo en estrecha relación con la cuantía de las defraudaciones. Allí se afirmaba que “la punibilidad del hecho descrito en uno y otro precepto penal viene condicionada a que la cuantía de la cuota defraudada en el pago, decía el artículo 319 y dice el [entonces] artículo 350 del Código Penal (o beneficio fiscal obtenido; este último caso no interesa en el presente recurso) exceda de dos y cinco millones de pesetas, respectivamente, como ya se ha dicho. Esta condición objetiva de punibilidad no necesita, por consecuencia de su propia naturaleza, ser abarcada por el dolo, aunque en este caso lo fue porque así lo dice la sentencia de instancia”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999 señala que *“el tipo penal exige que la elusión del pago de impuestos supere la cifra de quince millones de pesetas. Este resultado típico, ya entendido como una condición objetiva de punibilidad, ya entendido como un elemento del tipo, es, en todo caso, necesario pues de no ser así no podremos entender que el mismo puede ser tenido como conducta susceptible de reproche penal por la tipicidad que se sugiere”*. Así pues, no se inclina por ninguna de las dos teorías, limitándose a resaltar la necesidad de que se supere la cuantía establecida para que se produzca el resultado penal.

Para el delito tipificado en el artículo 305.3 CP, la cuantía es de 50.000 euros, lo cual choca frontalmente con los 120.000 euros que establece el artículo 305.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre⁵³². La única razón que explica esa mayor protección es dar cumplimiento al artículo 2 del Convenio PIF.

reproduce la doctrina de las Sentencias de 30 de enero, 5 de noviembre y 3 de diciembre de 1991, que la cuantía de la deuda tributaria, como elemento objetivo del delito que es, debe ser fijada dentro del proceso penal”.

⁵³¹ Entre otros, Muñoz Conde, Conde-Cumpido Ferreiro, Bacigalupo Zapater, Pérez Royo, Morillas Cueva, Pérez Manzano, etc.

⁵³² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003

4.2.3.3. Cómputo de las cuantías defraudadas y excusa absolutoria

Algún autor entiende que puesto que el artículo 305.3 se remite únicamente al párrafo primero del artículo, no sería de aplicación el párrafo segundo⁵³³, y por tanto, podría defenderse la acumulación de defraudaciones a los efectos de la comisión de un delito fiscal de ámbito comunitario, siempre, claro está dentro del período de prescripción de cinco años⁵³⁴. Sin embargo, parece mucho más coherente entender que habrá que estar a lo defraudado en cada periodo impositivo o declaración o al año natural, pues de lo contrario se produciría un ataque al principio de proporcionalidad, más teniendo en cuenta que la cuota del delito del artículo 305.3 CP es notablemente más baja que la del párrafo 1 de dicho artículo.

Sin embargo, no parece lógico admitir la excusa absolutoria del artículo 305.4 CP, ya que no se remite a él ni –sobre todo- corresponde con la orientación asumida por el Convenio PIF. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, lo cual requiere, como sostiene la jurisprudencia, que se repare el daño –o se disminuya sustancialmente- y que ello se produzca con anterioridad a la celebración del juicio oral⁵³⁵.

4.2.3.4. Análisis del artículo 627 del Código Penal

El artículo 627 tipifica, por remisión al artículo 305.3 CP, una falta para cuantías inferiores a 50.000 euros y superiores a 4.000. La única justificación de la inclusión viene del tenor literal del Convenio PIF, que exige para estos casos una sanción penal sin que necesariamente ésta deba ser privativa de libertad (en cuyo caso colisionaría más que probablemente con el principio de proporcionalidad). En tanto que se remite al artículo 305, resulta plenamente aplicable lo comentado anteriormente.

⁵³³ Artículo 305.2 CP: “a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación”.

⁵³⁴ VV.AA., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública...*, p. 551

⁵³⁵ En este sentido véanse las SSTS de 19 de febrero de 2001, 30 de abril de 2002 y 28 de febrero de 2003. Para la aplicación de esta circunstancia atenuante, prevista por el artículo 21.5 CP, «[...] no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en que el autor hace un esfuerzo de reparación tan significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que *una reparación parcial significativa contribuye a disminuir sus efectos*»

4.2.4. Protección de los gastos. El fraude de subvenciones

4.2.4.1. El fenómeno del fraude de subvenciones y su protección penal

Los ambiciosos objetivos del artículo 2 TCE⁵³⁶ obligan a la propia Comunidad y a los Estados miembros a articular políticas dirigidas por la idea de intervención allí donde ésta sea indispensable para asegurar el desarrollo equilibrado de las actividades económicas de acuerdo con los principios de cohesión y solidaridad⁵³⁷. Para lograr ese fin, la Comunidad se ha dotado de distintos fondos comunitarios, y la distribución y gestión de éstos a través de ingentes subvenciones ha sido un caldo de cultivo propicio a maniobras defraudatorias, de importancia creciente cuando han pasado a ser asumidas por el crimen transnacional organizado, cuya importancia no sólo es cuantitativa, sino también cualitativa, pues su vía de actuación más característica es la corrupción del poder político encargado del control de las subvenciones de origen comunitario. Según el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude de 2007⁵³⁸, el montante de las irregularidades asciende a 1.048 millones de euros.

Como hemos dicho en el apartado II.4.2.1, las conductas comisivas relativas al fraude de subvenciones comunitarias se recogen en los artículos 306, 309 y 628 del Código Penal. El Convenio PIF establece en la definición de fraude en materia de gastos de su artículo 1.1⁵³⁹ tres momentos o conductas a proteger penalmente. Así, el cumplimiento del Convenio se desarrolla a través de los siguientes momentos y tipos:

⁵³⁶ “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”

⁵³⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001, p. 15

⁵³⁸ Documento COM (2008) 475 final. Véase Cuadro 1 de los anexos

⁵³⁹ Artículo 1.1. “1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas:

- a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa:
 - a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta;
 - al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto;
 - al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio; [...]

- 1) El momento de la concesión de la subvención. Esta protección se realiza a través del artículo 309 CP. Este precepto sustituye al artículo 350 del antiguo Código Penal, y recoge el tipo clásico del fraude de subvenciones, esto es, la presentación o utilización de documentos falsos, incompletos o inexactos en aras a permitir la obtención de la ayuda correspondiente, y hace referencia a una conducta anterior a la obtención.

- 2) El momento de la revisión, renovación o comprobación. La protección penal se articula mediante la primera parte del artículo 306. Se protege la Hacienda Comunitaria cuando, una vez obtenida la subvención, se realizan una serie de conductas tendentes a defraudar a la Hacienda comunitaria, ya sea por actividad (presentación de documentos falsos) o por inactividad (falta de comunicación o de presentación de documentos), y cuyo efecto sea la retención de cantidades a las que ya no se tiene derecho y que, por tanto, deberían ingresarse en los presupuestos. Ello también abarca a supuestos de revocación de las ayudas con obligación de reingresar.

- 3) La desviación de los fondos a fines distintos de los previstos para la subvención. Su protección deriva de la segunda parte del artículo 306. Esta conducta recoge los tradicionales supuestos de malversación de subvenciones o ayudas.

4.2.4.2. Análisis del artículo 309 del Código Penal.

Tipo

La conducta típica del artículo 309 coincide plenamente con la establecida para la protección de las subvenciones en el ámbito nacional, es decir, con el párrafo 308.1, cuyas formas de comisión comprenden el falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión y/o la ocultación de las condiciones que hubieran impedido la concesión.

La primera precisión es que el artículo 309 habla de obtener indebidamente fondos (y no subvenciones, desgravaciones o ayudas, como hace el artículo 308). Este concepto más amplio ayuda a superar las divergencias sobre el contenido y alcance de los tres términos mencionados. “Fondo” abarca todas las transferencias provenientes de los Presupuestos Generales de las Comunidades o de otros administrados por éstas.

Para conocer con exactitud los fondos (o gastos) a los que se refiere el artículo 309 debemos recurrir de nuevo al Informe explicativo sobre el Convenio PIF, que sobre el artículo 1.1 dice que

“Por gastos se entenderá no solamente las subvenciones y ayudas gestionadas directamente a partir del presupuesto general de las Comunidades, sino también las que figuren en presupuestos administrados por las Comunidades o por cuenta de las mismas. Se trata esencialmente de subvenciones concedidas por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, así como de subvenciones y ayudas de los fondos estructurales: Fondo Social Europeo, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección Orientación, Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca, Fondo de Cohesión. Se refiere también al Fondo de Desarrollo gestionado por la Comisión y el Banco Europeo de Inversiones. Asimismo, se trata de determinados fondos no incluidos en ningún presupuesto, administrados directamente por organismos comunitarios que no poseen el estatuto de institución, tales como el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional o la Agencia Europea del Medio Ambiente, etc. Dado que estas distintas ayudas o subvenciones no están destinadas al uso personal, tienen en general por objeto financiar la política agrícola común, contribuir a la renovación de las estructuras en los sectores económicos, sociales o culturales, o fortalecer la cohesión de éstas dentro de la Unión.”

Aún así, el informe explicativo no aporta toda la claridad deseada. En primer lugar porque no es una relación exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, y en segundo lugar, porque no está claro si las defraudaciones que afectan a los denominados *presupuestos satélites* (de organismos descentralizados de la Comunidad con presupuesto propio) quedan protegidas por el Convenio. Y la misma duda se suscita con el Fondo Europeo de Desarrollo⁵⁴⁰. La doctrina entiende que ambos supuestos quedan también protegidos por el artículo 309 CP⁵⁴¹.

La conducta delictiva consiste en obtener la subvención falseando u ocultando datos que hubiesen impedido ésta. Sería una falsedad ideológica que requiere una actividad de alteración o simulación de condiciones⁵⁴², ya sea en la cumplimentación falsa de la propia solicitud de la subvención o en la presentación adicional de documentos falsos que acompañan a ésta⁵⁴³. Se trata de un delito comisivo en su primera modalidad (falsear), entendiéndose por falsear la declaración falsa acerca de la concurrencia de las condiciones requeridas por la norma subvencionadora. Declaración falsa es aquella que afirma o niega las condiciones positivas o

⁵⁴⁰ Recordemos que el Fondo Europeo de Desarrollo es un instrumento financiero para Estados no miembros, como son los países en vías de desarrollo asociados, y ello plantea el problema de la posibilidad de la comisión del delito en Estados ajenos a las Comunidades.

⁵⁴¹ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 387.

⁵⁴² MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 624.

⁵⁴³ GÓMEZ RIVERO, M.C., *El fraude de subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 191.

negativas de la subvención, en contradicción con la realidad. Y además, el engaño debe ser suficiente para provocar la concesión de la subvención y sólo limitado a las condiciones que requiere el proceso subvencionador⁵⁴⁴.

Hay más debate sobre su segunda modalidad (ocultar), pues la doctrina discute si es omisivo. Hay autores que entienden que no tiene por qué ser únicamente omisivo, pues se pueden esconder datos de forma activa, por ejemplo, ocultando documentación⁵⁴⁵. O incluso hay casos en los que habiéndose otorgado administrativamente la ayuda, y todavía no se hubiese pagado, se hubiese producido algún tipo de cambio que hubiese impedido su concesión⁵⁴⁶. Para ambas modalidades es un delito de resultado, y por tanto es necesario que se llegue a producir el engaño, ya sea por la falsificación o por la ocultación de datos.

Cuota

La cantidad mínima para que la defraudación sea considerada delito es de 50.000 euros, como ocurre con los ingresos. En cuanto a la naturaleza de ésta, tal como hemos defendido en el punto II.4.2.3.2, sería una condición objetiva de punibilidad. Algún autor que defiende la teoría de la condición objetiva de punibilidad para el fraude de subvenciones, sostiene justo lo contrario para el caso de la defraudación a las subvenciones de la Unión Europea, simplemente por el hecho de que en esta materia, junto con el delito, se prevé la falta cuando la cuota defraudada esté comprendida entre 4.000 y 50.000 euros⁵⁴⁷.

Cuestiones sobre la autoría

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otro grupo de problemas se presenta con la posibilidad de hacer responder a las autoridades o funcionarios públicos implicados en las conductas fraudulentas. El Primer Protocolo al Convenio PIF fija las bases de su responsabilidad penal pero en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que sucede en otros países como Alemania, no contiene referencia alguna a la responsabilidad en

⁵⁴⁴ BOIX REIG, J., "Delitos contra la Hacienda Pública", en VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 598.

⁵⁴⁵ VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones...*, p. 119.

⁵⁴⁶ BOIX REIG, J., "Delitos contra la Hacienda Pública...", p. 598.

⁵⁴⁷ ULLOA RUBIO, I., "La defraudación de la Hacienda de las Comunidades Europeas...", pp. 108 y 110.

que pudiera incurrir el funcionario que actúe en connivencia con el particular, ya sea en el procedimiento de concesión de la subvención, ya sea en la fase posterior de desviación de recursos comunitarios.

El § 264 StGB considera casos especialmente graves de fraude aquellos en los que *a)* el autor abuse de sus competencias o de su posición como funcionario público y *b)* cuando el autor se aproveche de la colaboración de un funcionario público que abusa de sus competencias o de su posición. La primera conducta tiene una virtualidad práctica escasa, pues otorgar indebidamente una subvención no es una conducta típica del § 264; en cambio sí que se puede aplicar la agravante cuando el funcionario tiene como cometido el control de los datos en virtud de los cuales se adoptará la decisión de conceder la subvención, pues en este caso sí que se considera que tiene dominio del hecho y puede ser considerado autor. No parece acertado políticamente sancionar de distinta forma a aquel funcionario que se encarga de la subvención, que a aquel otro que *a priori* tiene un papel menos relevante, como es el de revisar y que en muchos casos será subordinado del primero⁵⁴⁸.

Hasta que el legislador no incluya una forma de autoría agravada, habrá que recurrir a las instituciones de la participación, esto es, inducción, complicidad o cooperación necesaria, o incluso acudir al expediente de comisión por omisión (por ejemplo en el caso donde el funcionario silencie las irregularidades que descubre en el disfrute de las ayudas cuando en eso consista específicamente su misión, pues está en una *posición de garantía* que equipara su conducta omisiva con la comisión por acción). Por otro lado, y aunque no hay una responsabilidad agravada, en multitud de ocasiones, se dará un concurso de delitos en tanto que el funcionario

⁵⁴⁸ NIETO MARTÍN, A., “Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. [...et al], *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 143. Para el autor, la participación de funcionarios públicos encargados de alguna manera de la gestión de las subvenciones en el fraude de subvenciones no ha sido resuelta ni por las propuestas de la UE ni por el ordenamiento español ni alemán. En el caso español, la conducta del funcionario se acerca más al delito de malversación que al cohecho, figura al que pretende reconducirla el Convenio PFI y el *Corpus Juris*. El mismo autor sugiere la siguiente propuesta legislativa:

“Malversación de subvenciones públicas cometida por funcionarios públicos. Será sancionado con la pena prevista en el delito de malversación de caudales públicos:

- a) El funcionario público competente para la concesión de la subvención que conociendo que el solicitante no reúne los requisitos necesarios establecidos normativamente para acceder en todo o en parte a la misma autoriza su concesión. La concesión de la subvención comprende los casos de concesión, la renovación de la ayuda o el pago de nuevas cantidades en subvenciones cuyo pago resulta fraccionado;
- b) El funcionario público competente para revisar la veracidad de los requisitos necesarios para la concesión de la subvención que silencia ante el funcionario competente para su concesión hechos o datos que la hubieran impedido en todo o en parte de acuerdo con los requisitos establecidos normativamente;
- c) El funcionario público encargado del control de la subvención que silencia la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen las subvenciones públicas o bien en los términos del acto administrativo de concesión de la subvención en aquellos supuestos en los que el conocimiento de estos hechos por parte de la Administración deba dar lugar a la retirada total o parcial de la ayuda.

Fraude de subvenciones con participación de funcionarios públicos. Las penas previstas para el fraude de subvenciones se agravarán cuando el beneficiario de la subvención se aproveche de la colaboración de un funcionario público que abusa de sus competencias o de su posición. En estos casos existirá delito con independencia de la cuantía de la subvención y no resultará de aplicación la excusa absolutoria.”

podrá incurrir en otra serie de delitos derivados de su cargo (cohecho, prevaricación, malversación o tráfico de influencias).

ORGANISMOS Y EMPRESAS PÚBLICAS

Si el sujeto activo del delito fuera un organismo público no se entiende que haya responsabilidad penal por defraudación, porque cuando un organismo público accede a una subvención no existe transmisión de la propiedad, sino mutación demanial, y por lo tanto no es propiamente una subvención. No se sancionará al responsable de la Administración, salvo que después *gestione* la subvención en su propio beneficio o en el de un tercero, caso en el cual podrían aplicarse los delitos de malversación de caudales públicos y prevaricación⁵⁴⁹.

En el supuesto que el sujeto activo sea una empresa pública que actúa en el mercado como un competidor más, el apartado 6 del §264 StGB⁵⁵⁰ alemán establece que la empresa pública puede ser sujeto activo. En España, aunque no se dice nada, se puede acoger esta postura, pues para ser sujeto activo basta con ser tomador de una subvención, y ello puede abarcar a la empresa pública porque, a diferencia del § 264 StGB, el sujeto activo del artículo 309 puede ser cualquiera.

4.2.4.3. Análisis del artículo 306 del Código Penal.

Tipo

Como ya hemos dicho en diversas ocasiones, el artículo 306 protege los Presupuestos de la Comunidad Europea o los administrados por ésta una vez se ha concedido la subvención o ayuda comunitaria.

La primera conducta tipificada es la elusión del pago de cantidades que se deban ingresar. Se da cuando, una vez concedida la ayuda comunitaria de manera legal, se produce cualquier circunstancia que obliga a la devolución de ésta. La segunda conducta típica es la aplicación distinta de aquella a la que los fondos estuvieran destinados. Es el supuesto clásico de malversación de subvenciones. La única diferencia con el tipo que protege las subvenciones nacionales es que, mientras el artículo 308.2 se refiere al caso de que se “incumplan las

⁵⁴⁹ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 318

⁵⁵⁰ *Strafgesetzbuch* o Código Penal alemán, de 15 de mayo de 1871

condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida”, el artículo 306.2 se limita a exigir que se dé a “los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a la que estuvieran destinados⁵⁵¹”.

Autoría

Respecto a la autoría, sirve lo dicho para los preceptos anteriormente estudiados. Añadir que el artículo 306 es, según algunos autores⁵⁵², un delito especial en tanto que el precepto se refiere a la conducta de quien da a los fondos “obtenidos” una aplicación distinta de aquella a la que estuvieran destinados. El problema es alcanzar a los verdaderos responsables del fraude, especialmente en el caso de que el autor sea una persona jurídica. Esta laguna se integró con la introducción del artículo 15 *bis* en la Reforma del Código penal de 1983⁵⁵³ y con el artículo 31 del Código penal de 1995⁵⁵⁴.

Otras cuestiones

INEXISTENCIA DE EXCUSA ABSOLUTORIA

Igual que ocurría con la protección de los ingresos, no existe excusa absoluta, ello sin perjuicio de la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP. Sin embargo, algún autor se posiciona a favor de aplicar dicho instituto. La justificación es que mientras que determinadas conductas delictivas en materia de subvenciones estatales pueden quedar exoneradas de la responsabilidad criminal, otras de menor entidad –por ejemplo las de cuantía superior a 4.000 euros pero inferior a 50.000-

⁵⁵¹ ⁵⁵¹ VV.AA., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública...*, p. 562. El mismo texto cita algunos ejemplos: los contratos de almacenamiento en los que la Unión Europea facilita ayudas públicas a los productores de un determinado sector porque existe excedente en el mercado para que almacenen los productos durante un determinado tiempo. Si posteriormente a la obtención de la ayuda, pero antes del plazo establecido, se produjese una venta en el mercado de los productos previamente almacenados, se incurriría en la conducta típica del artículo 306.2. Otros ejemplos serían el de las primas para sacrificios de animales, cuando una vez obtenida la misma no se abatieran las reses; el de las ayudas destinadas al desguace de la flota pesquera, cuando efectivamente no se realizare tal actividad; o el de las primas por el abandono definitivo de plantaciones, cuando ésta al final no tiene lugar. En ese sentido véase la Sentencia de la AP de Alicante de 1 de diciembre de 1997, confirmada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo 154/1999, de 1 de febrero

⁵⁵² GÓMEZ RIVERO, C., “La malversación de fondos comunitarios: los artículos 306 y 628 del Código Penal español”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. [...et al], *Fraude de subvenciones...*, p. 103.

⁵⁵³ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983

⁵⁵⁴ Véase GÓMEZ RIVERO, C., “La malversación de fondos comunitarios...”, pp. 97 y ss.

que son faltas en nuestro Derecho penal, al ir dirigidas contra la Hacienda comunitaria, no pueden acceder a este mecanismo⁵⁵⁵. Esto choca con el principio de proporcionalidad.

Para otros autores, la excusa absolutoria o la regularización también pueden afectar a las subvenciones comunitarias por una aplicación analógica in *bonam partem*, fundamentado en el dato de la desigualdad que crea la regulación actual. Desigualdad que no puede fundamentarse en la letra del Convenio PIF, pues éste se limita a exigir la imposición de una pena privativa de libertad grave (que permita la extradición), lo cual no deja de suponer un peculiar retorcimiento utilitarista y contra reo del sistema penal y del de extradición⁵⁵⁶.

EL PROBLEMA DE LAS SUBVENCIONES MIXTAS

En numerosas ocasiones una subvención puede estar financiada por cualquiera de las Administraciones Públicas españolas y también por la Unión Europea. Se trata de saber si se separan o no las cuantías procedentes de cada Administración.

Es posible que sean conductas castigables tanto por los artículos 306 y 309 como por el 308 si se suman las cuantías, pero que no lo sean si se opta por separarlas en atención a su fuente de financiación. La solución doctrinal mayoritaria propone entender que entre ambos delitos existe un “concurso de normas”, de modo que la función del delito de fraude de subvención comunitaria es la de castigar aquellos supuestos en que la cuantía del fraude no alcanza los 80.000 euros. Por tanto, cuando el fraude supere los 80.000 euros será de aplicación el artículo 308, cualquiera que sea la cantidad de la subvención en que participen la Hacienda Pública española y comunitaria⁵⁵⁷.

La segunda cuestión que se plantea es qué ocurre cuando ambas partidas superan la cuantía mínima legalmente establecida, es decir, los 50.000 y 80.000 euros, respectivamente. Las opciones son entender que hay un solo delito y aplicar uno u otro en función del interés económico preponderante o, dado que hay dos delitos ocasionados por el mismo hecho, aplicar el artículo 77.2 del Código Penal y por tanto, imponer la pena en su mitad superior, dado que ambas son de igual gravedad.

⁵⁵⁵ MORALES PRATS, F., “Los efectos penales de la regularización tributaria en el Código penal de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I y Diputación de Castellón, Castellón, 1997, pp. 61-21

⁵⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El comportamiento posdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (dir.), *Empresa y Derecho penal I*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 219.

⁵⁵⁷ NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios...*, p. 389

LA ELUSIÓN DEL PAGO DE LA TASA LÁCTEA Y DE LA EXACCIÓN REGULADORA DEL AZÚCAR “C”

El fraude de la leche negra consiste en comercializar leche fuera de cupo, eludiendo la declaración y, en su caso, el pago de la llamada tasa láctea, impuesta por la normativa comunitaria a todos los países miembros. En el caso español, industrias y cooperativas lácteas cometieron entre los años 1997 y 2005 un gigantesco fraude a la Unión Europea, que un informe oficial del Ministerio de Medio Rural cuantificó en 249 millones de euros. Durante esos ocho ejercicios, el sector lácteo puso en el mercado ilegalmente 1,2 millones de toneladas por encima de la cuota que la UE asigna a España, según la documentación entregada por el Gobierno a la Audiencia Nacional⁵⁵⁸.

La tasa láctea fue impuesta por la Comunidad Europea en 1968 para frenar el exceso de producción en el sector lácteo: se prevé la asignación anual a cada Estado miembro de una cantidad global de producción de leche, que se reparte en cuotas individuales entre sus ganaderos-productores. Si en periodo lácteo anual (de abril a marzo del año siguiente) se produce y comercializa más leche de la asignada, se devenga la tasa láctea a favor de la Unión Europea, tasa que debe abonarse por el Estado miembro repartiéndola y recaudándola entre los ganaderos-productores que hayan superado su cuota. La tasa se calcula aplicando, al exceso de producción del Estado, un 115 por 100 del precio indicativo de la leche que anualmente fija la Unión Europea. Se configura, pues, como un incentivo económico negativo, para lograr aminorar los gastos que dicho exceso de producción supone para la Unión Europea⁵⁵⁹.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tasa láctea, el Reglamento 1788/2003 no dice nada, entre otras cosas porque no es propio de una norma pronunciarse sobre ello. La doctrina considera que la tasa láctea carece de naturaleza tributaria y que su recaudación no constituye un *recurso financiero propio* de los que se nutre exclusivamente el Presupuesto comunitario. No se considera como un ingreso, sino como un “*gasto negativo*” del capítulo 20 del título 2 de la parte B del Presupuesto General. El objetivo de su recaudación es reducir los costes del sector lácteo.

⁵⁵⁸ [...] En 240 páginas, los técnicos del FEGA (Fondo Español de Garantía Agraria) desentrañan un complejo entramado de sociedades interpuestas y las relaciones que productores e industrias transformadoras mantenían. [...] La trama, que fue denunciada en el año 2000 por el Ministerio de Agricultura que dirigía Miguel Arias Cañete, acumula un centenar de imputados, entre representantes de las compañías lácteas, de las cooperativas y de las sociedades que emitían las facturas

⁵⁵⁹ El régimen legal de la tasa láctea se contiene en el Reglamento (CEE) nº 804/68 del Consejo, de 27 de junio de 1968, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO L 148, de 28.6.1968) y sus posteriores modificaciones, que cristalizan en el Reglamento (CE) nº 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO L 270, de 21.10.2003). En España la normativa es el Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005)

El problema es que los Reales Decretos españoles sobre la materia han “inventado” su naturaleza tributaria. Así, el artículo 3 RD 754/2005 dice que en su párrafo 1 que *“la tasa láctea es una exacción parafiscal, de las previstas en la disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”*. Y además, en su apartado 9 establece que *“la tasa láctea constituye un ingreso del presupuesto comunitario en la parte que corresponde al rebasamiento de la cantidad de referencia nacional asignada a España a lo largo de un período determinado. Constituye un ingreso del presupuesto nacional, aplicable a la financiación de actuaciones de mejora en el sector lácteo, en los demás casos”*. O es exacción fiscal o es ingreso presupuestario, pero no ambos, porque la primera es por definición extrapresupuestaria.

Algún autor, como hemos mencionado páginas atrás, opina que dicha pretensión puede calificarse de *“creación de una norma de cobertura legal para lograr un fraude de ley penal al revés, es decir, para introducir por la puerta de una norma penal en blanco una mercancía falseada que afecta a dos puntos clave de la hipotética tipicidad penal”*⁵⁶⁰.

La tasa láctea no entra en la categoría jurídica del tributo, porque no es un impuesto, ni es una tasa (no se refiere a la prestación de un servicio público o utilización del demanio) ni una contribución especial ni tampoco una exacción parafiscal, porque su finalidad es disuadir de un exceso de producción. Su aplicación se asemeja más a una sanción, una retribución aflictiva por no seguir un mandato imperativo de los poderes públicos⁵⁶¹. La consulta 1912-98, de 10 de diciembre de 1998, de la Dirección General de Tributos dice que se trata *“de una exacción penalizadora de los excesos de producción que, en definitiva, constituye un ingreso o, con más propiedad, un menor gasto comunitario”* y que no tiene naturaleza fiscal.

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud del principio de legalidad penal (artículos 25 CE y 1 CP), la tasa láctea no puede considerarse ni ingreso presupuestario europeo ni tributo, ya que no se puede interpretar abusivamente una ley penal en blanco, como es el caso y por tanto, es un supuesto atípico.

Un supuesto similar a la elusión de la tasa láctea, pero con consecuencias totalmente diferentes, es la **elusión del pago de la exacción reguladora sobre el azúcar C**. La Unión Europea establece una serie de disposiciones emanadas de decisiones comunitarias que regulan la producción y la

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Delitos contra la Hacienda Comunitaria (La elusión del pago de la tasa láctea como ejemplo de desarmonía”, en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública...*, p. 318.

⁵⁶¹ *Ibíd*em, p. 320.I

comercialización de los productos agrarios en la totalidad de los Estados que la integran⁵⁶². En el caso del azúcar, se establecen sistemas de cuotas y cantidades nacionales garantizadas. El azúcar A y el B son las cantidades máximas que se pueden producir, la sobreproducción de la tasa fijada se denomina azúcar C.

Este tipo de azúcar no se puede comercializar dentro del mercado comunitario, aunque puede trasladarse a la campaña siguiente, pero no puede exportarse antes del 1 de enero del año siguiente. En ese caso, el Estado miembro debe entregar a la Unión Europea la correspondiente exacción reguladora. La jurisprudencia considera la elusión del pago de dicha tasa como un delito del artículo 305.3 CP, tal como estableció la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2005, casada por quebrantamiento de forma por la STS de 15 de diciembre de 2006⁵⁶³.

Sin embargo, lo que más llama la atención de dicha sentencia es que se condena a los acusados por un **delito continuado contra la Hacienda de la Comunidad Europea (artículo 305.3 CP)** por impago de las cotizaciones por gastos de almacenamiento.

La cotización de almacenamiento está prevista por la normativa comunitaria sobre la organización común de mercados en el sector del azúcar. Dicha normativa ha establecido un régimen de compensación de los gastos de almacenamiento. Con arreglo a dicho régimen, los Estados miembros reembolsan a tanto alzado, en forma de primas, los gastos de almacenamiento de determinadas calidades de azúcar. La financiación de dichas primas se realiza a través de la cotización de almacenamiento que los Estados miembros perciben de los fabricantes de azúcar.

Este fallo choca con la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que no admite la figura del delito continuado en el delito fiscal del artículo 305.1 CP, al que se remite el artículo 305.3 CP

⁵⁶² Reglamento (CEE) n° 837/68 de la Comisión, de 28 de junio de 1968, relativo a las modalidades de aplicación de la exacción reguladora en el sector del azúcar, DO L 151 de 30.6.1968

⁵⁶³ Sentencia de la AN de 2 de febrero de 2005, FD 2º. *“La subsunción de las conductas constitutivas de presentación de las declaraciones mendaces (Anexo I y Anexo IV) previstas en la O.M. de 25-9-87 y la correlativa omisión de ingreso de las cantidades debidas por cotizaciones por gastos de almacenamiento y exacción reguladora sobre el azúcar C en el Art. 305.3 del Código Penal se justifica por el carácter tributario de los mis Así, los recursos comunitarios que proceden directamente de tributos, según la Decisión del Consejo de 31-10-94, art. 2 se componen de:*

- a) Exacciones reguladoras agrícolas (Gravámenes sobre el tráfico exterior).*
- b) Cotizaciones y otros derechos previstos en el marco de la organización del azúcar (Gravámenes sobre el tráfico interno)*

Su naturaleza jurídica es tributaria (imposición indirecta); el R.D. 214/87 declara de aplicación subsidiaria la Ley General Tributaria (L.G.T.), opinión de la que participan también los peritos judiciales. Por su parte, la O.M. 25-9-87, art. 6, establece que las declaraciones formuladas tienen en todos sus efectos el carácter de declaración tributaria. El artículo 305 es aplicable a todo tipo de impuestos, porque el presupuesto es igual en todos ellos; porque en todos la plataforma delictiva está construida sobre la base de una declaración inveraz o falseada o una no declaración, y paralelamente un ánimo de defraudar. (STS 31-10-92)”.

(aunque sí parece que se puede aplicar dicha figura a los delitos tipificados en los artículos 306 y 309 CP⁵⁶⁴)

En este sentido, recordemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2001, que indica que *“cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal”*. Más adelante añade que *“...resulta lógico deducir de esta norma que si las defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no puedan sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado”*.

También es preciso mencionar la STS de 3 de enero de 2003, donde dice que *“aunque el delito fiscal –y concretamente, el de elusión del pago de tributos– tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado en caso de concurso real, la definición legal del tipo que nos ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imponderables diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios diversos, le dan al delito fiscal una estructura específica difícilmente compatible con la continuidad delictiva, nunca apreciada por esta Sala”*.

Añade, en línea con la STS de 10 de octubre de 2001 que *“cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal”*. Y finalmente concluye diciendo que *“si las defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no puedan sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado”*. La jurisprudencia más reciente sobre la cuestión está representada, entre otras, por la STS de 6 de octubre de 2006

⁵⁶⁴ ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A., *Informe del grupo de apoyo de Valencia del Observatorio del delito fiscal sobre las cuestiones que plantean los arts. 305, 306 y 309 del Código Penal en su aplicación a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Documento interno del Servicio Jurídico Regional de Valencia, 25 de julio de 2007. Véase también MARTÍN QUERALT, J. “La tutela de los intereses financieros de la Unión Europea en el Código penal español: razones para su reforma”, en VILLAR EZCURRA, M. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de Don César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pp. 1607-1620

4.2.4.4. Análisis del artículo 628 del Código Penal

El artículo 628 se remite íntegramente al tenor literal de los artículos 306 y 309 del Código penal, y su existencia se justifica únicamente por el artículo 2 del Convenio. La paradoja se da que, aun estando en presencia de un ilícito penal, la reprochabilidad de la conducta es paradójicamente menos que en vía administrativa, donde los artículos 59 y 63 de la Ley General de Subvenciones⁵⁶⁵ prevén que las conductas que se definen en el artículo 58 del mismo texto legal se sancionen con multa de hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, añadiendo la sanción accesoria de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, de actuar como entidad colaboradora en relación con las subvenciones, y de celebrar contratos con el Estado y otras entidades públicas.

No obstante esto, el artículo 55.1 de dicha ley, y como no podría ser de otra manera, prevé que tan pronto la Administración tenga conocimiento de conductas que podrían ser constitutivas de delito, deberá remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para que lleve a cabo las diligencias previas necesarias.

⁵⁶⁵ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Véase en Diario El País, 11 de mayo de 2008.
http://www.elpais.com/articulo/economia/249/millones/fraude/leche/negra/elpepieco/20080511elpepieco_1/Tes

Conclusiones

PRIMERA. Evolución de la competencia sancionadora [administrativa] de la Unión Europea

Las Comunidades Europeas nacen con el objetivo de dotar a Europa de estabilidad política y evitar nuevos conflictos bélicos como los acaecidos, entre otras muchas razones, por la enemistad entre Francia y Alemania. La posguerra europea trajo vientos de unidad a los países del viejo continente y frente al federalismo, que se plasmaba en 1949 en el surgimiento del Consejo de Europa, la opción que triunfó fue la de la integración de carácter económico.

El **fundamento** de la actual **Unión Europea** es un **proceso, inicialmente, de integración económica**, que daría lugar con **posterioridad** a una **integración política**. Desde un principio, las Comunidades Europeas (a través de la Comisión) poseen la **capacidad de imponer sanciones administrativas**, sea con una previsión expresa como en los Tratados CECA y EURATOM o de manera menos clara en el Tratado CEE. En ese ámbito, las primeras disposiciones sancionadoras surgen en el **Derecho de la competencia**, en concreto, en los [actuales] artículos 81 y 82 TCE y el Reglamento nº 17/62: se trata de **sanciones pecuniarias**, impuestas por la Comisión, con posibilidad de recurso ante el TJCE y recaen **exclusivamente sobre personas jurídicas**. Se trata del llamado **primer modelo sancionador**.

En la evolución posterior de las Comunidades, la **Política Agrícola Común** se convirtió en la partida de gasto más importante del Presupuesto de las Comunidades, con lo cual, se hizo necesario dotar de una protección centralizada a dicho sector. Poco a poco fue configurándose otro sistema sancionador diferente, llamado **segundo modelo sancionador**, cuyas características principales son que **no se trata de multas**, sino de **sanciones sui generis** (pérdida de cauciones, sanciones interdictivas, devolución de ayudas, etc.) cuya **imposición corresponde a las autoridades nacionales**, con lo que su **aplicación no es siempre uniforme**.

El Tribunal de Justicia ha afirmado la legitimidad de este segundo modelo sancionador, reconociendo el poder de la Comunidad para exigir de los Estados miembros la imposición de sanciones administrativas a los productores que incurrían en fraude en el marco de la Política Agrícola Común, siempre que dichas sanciones sean necesarias para llevar a cabo eficazmente dicha política.

Entendemos que el recurso al Derecho sancionador administrativo va en línea con el proceso despenalizador que está dándose en los ordenamientos europeos y plantea menos problemas que recurrir al Derecho penal. Pero para ello se hace necesaria la existencia de una ***certeza en la aplicación de la sanción***, lo cual hace deseable la centralización de la imposición de las sanciones en las autoridades comunitarias. Con ello se avanzaría en uniformidad en la aplicación de la norma y en celeridad. Aún así, esta pretendida efectividad de la norma debe observar los principios garantistas propios del Derecho penal que ha ido adoptando la jurisprudencia comunitaria.

SEGUNDA. Competencia en materia penal de la Unión Europea

Hemos visto que la Comunidad Europea dispone de un *ius puniendi* en sentido amplio, es decir, aquel que incluye las sanciones administrativas. Nos debemos preguntar, sin embargo, si también dispone de un *ius puniendi sensu stricto* y, en su caso, delimitar cuál puede ser su evolución futura. *A priori* podemos afirmar con certeza que **la Unión Europea no posee una competencia penal criminal en el sentido tradicional**, pues ello significaría renunciar a la esencia de la soberanía de los Estados miembros. Siendo esto así, es patente la creciente e importante influencia que la Unión ejerce sobre los sistemas penales nacionales, a través de la asimilación o de la armonización. Además, se producen una serie de efectos reflejos de la normativa comunitaria sobre los ordenamientos nacionales.

La técnica que más nos interesa es la **armonización del Derecho penal de los Estados en aquellos sectores donde existe competencia del Derecho comunitario** (por tratarse de una competencia aneja o *anexkompetenz*), competencia que no es más que una manifestación del llamado “efecto útil” del artículo 308 TCE (antiguo 235 TCE) y de las cláusulas de cierre sectoriales que hablan de adoptar “cuantas disposiciones fueran necesarias”.

Sobre dicha cuestión trata la sentencia más importante del TJCE en lo referido a las relaciones entre el ordenamiento europeo y los derechos penales nacionales en los últimos tiempos, la **sentencia Comisión c. Consejo, de 13 de septiembre de 2005, C-176/03**. Dicha sentencia reconoce que **existen en el Derecho comunitario competencias para armonizar penalmente los derechos nacionales en aquellas materias que son competencia del Derecho comunitario, aunque se trate de una competencia compartida**.

En segundo lugar, se delimitan las relaciones entre el primer y el tercer pilar: el Tribunal manifiesta que **las competencias comunitarias sobre el Derecho penal no se limitan al ámbito del Título VI TUE**, con lo que se abre la puerta a la comunitarización del Derecho penal, de modo que el TJCE se convertiría, *de facto*, en un tribunal casacional para aquellas infracciones que pertenezcan al Derecho penal armonizado. El aspecto más importante es, sin embargo, que **con esta sentencia se hace posible armonizar gran parte del Derecho penal económico**, delitos para los que no existía una competencia clara en los artículos 29 y ss. TUE. **En la misma línea** de esta sentencia destaca la **sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007, Comisión c. Consejo, asunto C-440/05**.

La creación de una **Fiscalía Europea** profundiza en el camino hacia una competencia penal comunitaria, tal como analizaremos más adelante.

TERCERA. La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa

El TJCE, invocando el **Convenio Europeo de Derechos Humanos** como fuente de **interpretación privilegiada**, ha desempeñado un papel importantísimo en la **protección de los Derechos fundamentales**. Aunque en un primer momento determinó que sólo reconocería y tutelaría aquellos derechos subjetivos previstos en el Derecho originario y derivado, a partir de los años sesenta reconoció que **los Derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal**, todo ello según la tradición constitucional común a los Estados miembros y en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad.

Sin embargo, es **deseable** que este sistema *pretoriano* de protección de los Derechos fundamentales se perfeccione mediante la **adhesión de la Comunidad/Unión Europea al CEDH y la definitiva entrada en vigor del Tratado de Lisboa**, que dará a la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** el **carácter de Derecho originario** (con lo que se producirá *de facto* la adhesión de la Comunidad al CEDH): la CDFUE representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y, por primera vez, reúne en un solo texto los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales.

Paradójicamente, el mayor escollo para la entrada en vigor de la CDFUE (y por tanto, para que adquiriera carácter vinculante para los Estados) **es el Tratado de Lisboa**. Nadie sabe con seguridad

el calendario para su entrada en vigor ni el mecanismo concreto que permita desbloquear la situación. Un segundo referéndum en Irlanda no se convocará antes de noviembre o diciembre de 2009 y además comporta numerosos y no despreciables riesgos. Por otro lado, la crisis financiera y posterior crisis económica global pone a prueba a las instituciones comunitarias (en especial a la Unión Económica y Monetaria).

El principal problema que afronta el Tratado de Lisboa es la crisis política que está sufriendo la Unión, debida, entre otras causas, al creciente distanciamiento entre la Unión y sus ciudadanos; al refuerzo del papel de los Estados frente a las Instituciones y al *nuevo* euroescepticismo de algunos países, algunos de reciente integración, como Polonia. Es preciso dar un tercer impulso integrador que marque las líneas y objetivos de la Unión, tales como lo fueron el mercado interior (Acta Única Europea) o la moneda única (Tratado de Maastricht).

En definitiva, estos principios constitucionales compartidos por todos los Estados miembros y recogidos en la CDFUE constituyen una base privilegiada para superar las carencias democráticas que afectan a la Unión y avanzar hacia una mayor integración en lo político.

CUARTA. Los principios generales del Derecho comunitario como Derechos Fundamentales

Los principios se caracterizan por su abstracción y generalidad. No se distinguen de otras normas por su grado de obligatoriedad, sino por el modo en que se configura la obligación prescrita: la generalidad del principio conlleva que la determinación de su obligatoriedad sólo se pueda concretar en relación con las circunstancias específicas de cada caso. O lo que es lo mismo, **de los principios derivan derechos y obligaciones que son concretados por vía jurisdiccional, dado su carácter general.**

En el ordenamiento jurídico comunitario la expresión “**principios**” tiene una **pluralidad de acepciones**, aplicándose tanto a la primacía y al efecto directo, como a las normas de los Tratados que expresan objetivos esenciales de la Comunidad, o a los derechos fundamentales y a las normas extraídas por comparación de los ordenamientos estatales. El TJCE ha subrayado en numerosas ocasiones que en el lenguaje del Tratado, el término principio se utiliza para designar el carácter de fundamental de una norma.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas crearon un nuevo ordenamiento jurídico. Para colmar las lagunas originarias del sistema, el TJCE recurrió a los principios generales del Derecho, a partir de las concepciones o ideas básicas que subyacen a la normativa comunitaria (principios endógenos) pero apoyándose también en los principios comunes de los Estados miembros y en ocasiones en el Derecho internacional (principios exógenos).

Por otro lado, y a diferencia de otros ordenamientos, **el recurso con carácter general a los principios generales del Derecho no está previsto de forma expresa en los Tratados**. Se ha interpretado que la fundamentación podría hallarse en una aplicación analógica del artículo 288 TCE (que remite a los principios generales comunes de los Estados miembros para la regulación del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad), aunque parece más correcto situar la base legal en el artículo 220, tal como señala la jurisprudencia del TJCE y algunas Conclusiones de los Abogados Generales.

Sobre el rango normativo de los principios generales cabe decir que el TJCE los ha usado como parámetros de validez de los actos de las instituciones, lo que les sitúa por encima del Derecho derivado. Sin embargo, **no pueden usarse como parámetro de validez del derecho originario**, porque les situaría por encima de éste, pero **sí que se usan como criterio interpretativo**. Esto ocurre **especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales**, que debemos considerar como una especie de **“núcleo duro” del derecho comunitario**, que despliega su fuerza interpretativa sobre todo el Derecho comunitario.

Precisamente los principios generales del Derecho han sido el medio normativo elegido por el TJCE para proteger los derechos fundamentales, aunque ello no debe interpretarse como una opción conceptual a favor de configurar los derechos fundamentales como principios, en contraposición a otras categorías jurídicas, como la del derecho subjetivo. Estos **derechos fundamentales comunitarios, configurados como derechos subjetivos** reconocidos a los particulares (personas físicas o jurídicas), podrían definirse como aquellos principios recogidos en las disposiciones fundamentales del ordenamiento comunitario, esto es, los Tratados constitutivos y los principios establecidos por la jurisprudencia del TJCE, si bien ni todas las disposiciones de los Tratados ni todos los principios generales aplicados por el TJCE puedan calificarse de fundamentales.

Finalmente se hace preciso hablar de ciertas **restricciones a estos derechos**: en primer lugar, el **ordenamiento comunitario protege los derechos fundamentales en el marco de las**

competencias atribuidas a la Comunidad, siguiendo los dictados del principio de atribución. Además, **dichos derechos pueden estar sometidos a límites, siempre que éstos respondan a un interés legítimo**, respeten el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación) **y no afecten al contenido esencial del derecho**. Por otro lado, y según el TJCE, dicha limitación deberá estar prevista por la Ley, que en el Derecho comunitario se correspondería con los actos de Derecho derivado o los propios Tratados. En último lugar, y por lo que respecta a los principios fundamentales recogidos en el propio Derecho comunitario, **las disposiciones de los Tratados permiten que algunos de ellos sean objeto de limitaciones por causas tasadas: orden público, seguridad y salud públicas**.

QUINTA. Cuestiones problemáticas (I). El principio del *non bis in idem*

La superposición del ordenamiento sancionador comunitario a los diferentes ordenamientos internos produce complejas relaciones entre ellos, pues a la concurrencia de sanciones administrativas y penales dentro de un mismo Estado se une la posibilidad de la imposición de una sanción de otro Estado o una sanción comunitaria por los mismos hechos.

Tradicionalmente, y en la vertiente interna, el principio del *non bis in idem* impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento, aunque todo ello haya quedado matizado por la STC 2/2003, de 16 de enero.

Dejando de lado el Derecho interno, ampliamente tratado por la doctrina, se hace preciso hablar del cúmulo de procesos ejercidos por diversos Estados debido a la presencia de **elementos de extraterritorialidad en los tipos sancionadores**. El principio del *non bis in idem* se contiene en los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, aunque dicho principio no evita los conflictos de jurisdicción derivados de la existencia de múltiples procesamientos en curso en dos o más Estados miembros; sólo puede aplicarse para evitar un segundo procesamiento por el mismo asunto, cuando una resolución con fuerza de *cosa juzgada* ha puesto fin al procedimiento en un Estado miembro.

El aspecto que más interesa para el objeto de nuestro estudio es la **concurrencia de sanciones comunitarias** (impuestas por la Comisión, por el Banco Central Europeo o por un Estado

miembro) e internas sobre un mismo hecho. En un principio, el TJCE, y en el ámbito del Derecho de la competencia, admitió dicha duplicidad, siempre que el Derecho interno no contradijera la normativa comunitaria (principio de primacía). Posteriormente, aun aceptando la concurrencia de sanciones, se optó por el criterio de la “acumulación temperada”, articulada en torno a la equidad y de manera general, al principio de proporcionalidad (tal como luego abrazó el Tribunal Constitucional español en la STC 2/2003).

El reglamento nº 2988/95 contiene el principio del *non bis in idem* en su artículo 6, pero lo contempla como potestativo. Por tanto, el principio del *non bis in idem* en el Derecho comunitario parece más bien una declaración de intenciones que una realidad. Hay que destacar iniciativas como el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio del *non bis in idem* en los procedimientos penales o la propuesta griega de Decisión marco relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, aunque se han quedado en papel mojado, especialmente la segunda.

Por todo ello, y en aras de una mayor seguridad jurídica y respeto al principio de legalidad penal, se hace necesario proporcionar a los Estados miembros normas jurídicas comunes relativas a dicho principio, tales como definir el concepto de *idem*, con el objeto de garantizar la uniformidad tanto en la interpretación de dichas normas como en su aplicación práctica. Con ello se acabaría con esta situación en la que el ordenamiento comunitario no reconoce, o lo hace de modo muy tímido, un principio reconocido en muchos Estados a nivel constitucional, y en todos ellos a nivel de legislación ordinaria.

SEXTA. Cuestiones problemáticas (II). La infracción continuada en Derecho comunitario

La figura del delito continuado en los delitos contra el patrimonio no se aplica en Derecho español, según la jurisprudencia mayoritaria, al delito fiscal del artículo 305.1 CP. En tanto que la figura del delito fiscal contra la Hacienda de la Comunidad Europea remite al tipo del artículo 305.1 CP, entendemos que tampoco le es aplicable la institución de la continuidad delictiva. Sin embargo, sí que parece que sea admisible en los delitos recogidos en los artículos 306 y 309 CP, dada la ausencia de reglas para determinar las cantidades defraudadas como la del artículo 305.2 CP.

En el Derecho comunitario se ha recurrido en ocasiones a la figura de la infracción continuada, una especie de *tertium genus* entre delito instantáneo y delito continuo, consistente en

infracciones continuas reiteradas, que presentan elementos de continuidad y unidad y por tanto, es necesario que haya un dolo conjunto. A pesar de dicha apreciación, **el TJCE no construye una teoría sobre la infracción continuada**, y se limita a decir tiene un contenido algo diferente al recogido en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, aunque siempre presenta una intencionalidad dolosa.

SÉPTIMA. Protección de los intereses financieros comunitarios. La OLAF

La idea de proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas surgió en 1962 y desde entonces se ha convertido en **una de las prioridades comunitarias**, dada la relevancia cuantitativa del fraude. **La normativa comunitaria no contempla una definición de intereses financieros** (que serían aquellos relativos al Presupuesto comunitario). **La jurisprudencia del TJCE** establece que dicho concepto engloba no sólo los ingresos y gastos incluidos en el Presupuesto comunitario, sino que también a los ingresos y gastos incluidos en el presupuesto de otros órganos y organismos creados por el Tratado CE. En una concepción finalista, los intereses financieros comprenden **todos aquellos recursos enmarcados en el ámbito de los fines comunitarios**.

La base del régimen jurídico de la protección de estos intereses es el **artículo 280 TCE**, que contiene unos **principios novedosos** como el de **asimilación** y otros clásicos como el principio de cooperación leal. El primero de ellos **pretende conferir a los intereses financieros comunitarios un grado de protección similar a los intereses nacionales**, lo cual da un amplio margen de actuación a los Estados miembros, aunque limitados por la exigencia de efectividad del citado artículo. Dichas exigencias se han ido incrementando con el tiempo a través de imperativos armonizadores, tales como el Convenio PIF o el Reglamento nº 2988/95.

La protección de los intereses financieros comunitarios no se entendería sin la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, la **OLAF**. Dicho organismo sustituye a la ya existente Unidad de Coordinación de la Lucha Antifraude (UCLAF) con la misión de llevar a cabo **investigaciones administrativas antifraude, bajo los principios de independencia, transparencia y eficacia**. Su misión se centra en labores de investigación y de coordinación entre los Estados miembros, y desarrolla su actividad en una **vertiente** externa (Estados miembros) e interna (Instituciones comunitarias), siempre regida por los **Reglamentos 1073 y 1074/99**.

Actualmente la OLAF se ha convertido en un instrumento muy válido para la detección y represión del fraude comunitario dada su generosa dotación de medios, pero no obstante ello, se plantean algunos **problemas de funcionamiento, de tipo material pero también de tipo procesal**. En primer lugar, la **pretendida independencia de la OLAF** sólo se limita al **aspecto operativo** (autonomía presupuestaria y administrativa) pero **formalmente depende de la Comisión y, de hecho, los recursos contra los actos de la Oficina se refieren a la Comisión y no a la OLAF**.

Las mayores dudas se suscitan con motivo de la protección de los derechos de los ciudadanos y del control de legalidad de las investigaciones. No hay que olvidar que **las operaciones de la OLAF son exclusivamente administrativas, aunque se asemejen a las penales**. Ello implica que hay unas **líneas rojas que no puede sobrepasar**, más cuando dichos expedientes se pueden incorporar a un procedimiento penal sustanciado en algún Estado miembro. Para ello **deberán respetarse todas las garantías sustantivas y procesales del Estado en cuestión**. Por otro lado, y según el principio de libre apreciación de la prueba, el **“papel” de los funcionarios comunitarios en un juicio es el de un perito y corresponde al Juez valorar la relevancia de lo aportado**, sin caer en la tentación de aceptar todo lo que viene “de Bruselas”.

La vigente **propuesta de reforma de los reglamentos 1073 y 1074/99** puede aportar algo de claridad a la situación pues, entre otras cosas, **la Comisión propone incluir en el Reglamento una disposición detallada sobre las garantías procedimentales que deberán observarse en las investigaciones**, así como **augmentar el control de éstas para asegurar el respeto de dichas garantías**. Como veremos en el punto siguiente, el papel de la OLAF puede verse incrementado con la creación del Ministerio Fiscal Europeo, pues sus agentes podrían configurarse como policía judicial.

OCTAVA. El Ministerio Fiscal Europeo

La creación de una **Fiscalía Europea** pretende avanzar significativamente en la protección de los intereses financieros de la Comunidad, superando el fraccionamiento del espacio penal europeo y la concepción tradicional de cooperación judicial entre Estados, con el **fin de crear un espacio común de investigación y actuaciones judiciales**, guiado por el principio de admisibilidad mutua de pruebas, todo ello **guiado por el respeto a los derechos fundamentales**.

El **principal escollo** de la creación de la Fiscalía es la redacción actual del **artículo 280 TCE**, que en su **apartado 4** establece que no se podrán adoptar medidas referidas “a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia”. No es, aún así, un impedimento absoluto, pues bastaría con incluir el inciso “sin perjuicio de lo establecido por el artículo 280 bis”, que es el precepto que regularía la nueva figura.

La **función de esta Fiscalía** será la misma que la de las Fiscalías nacionales (con particularidades): investigar, acusar, enviar a juicio a los que atenten contra los intereses financieros de la Comunidad y ejercer la acusación pública. Su **competencia territorial** será el territorio de las Comunidades y su **competencia material** se ceñirá a la protección de los intereses financieros comunitarios. Siendo conscientes de las limitaciones y dificultades para profundizar en estos ámbitos tan relacionados con la soberanía de los Estados, se echa de menos que no se deje abierta una puerta a la protección de otros bienes jurídicos comunitarios, tales como el medio ambiente o los derechos de los consumidores, así como los delitos cometidos por funcionarios comunitarios en el ejercicio de sus funciones.

La siguiente cuestión que nos planteamos es el **control de las actuaciones de la Fiscalía Europea**. La solución aportada en la **propuesta** es **crear un juez de libertades** (que sería un juez nacional) que supervise la actuación del Fiscal y de los fiscales delegados. Siendo una solución aceptable, estimamos –como también hizo el Parlamento Europeo– que dicho juez de libertades carece de la visión de conjunto necesaria en los procedimientos transfronterizos, y por ello, **sería deseable crear una Sala de Cuestiones Preliminares en el Tribunal de Justicia. Con el tiempo dicha Sala se convertiría en una Sala de lo Penal del TJCE**, auténtico garante de la unidad en la aplicación y la interpretación del Derecho [por ese entonces penal] comunitario. No será tarea fácil y sólo será viable a medio o largo, pero nunca corto, plazo. (Recordemos que Ministerio Fiscal Europeo lo crea el Tratado de Lisboa –actualmente bloqueado–, pero no puede funcionar hasta que no se desarrollen sus reglamentos orgánicos y de funcionamiento y entren en aplicación).

Finalmente, conviene analizar el **papel que puede desempeñar la OLAF en este nuevo contexto**: el debate se centra en dar competencias a la OLAF para realizar investigaciones penales en apoyo al Fiscal Europeo, convirtiéndose en una especie de policía judicial a las órdenes de la Fiscalía. Todo ello sólo será posible si la regulación del Ministerio Fiscal establece una unificación del Derecho procesal, de tal modo que las investigaciones realizadas en los Estados miembros tengan las mismas garantías y se respeten los derechos fundamentales: elementos esenciales para la admisibilidad mutua de las pruebas.

NOVENA. Los reglamentos 2988/95 y 2185/96

El ordenamiento comunitario se ha dotado de un sistema de tutela inmediata de sus bienes jurídicos, que consiste en el poder de los órganos comunitarios de conminar sanciones administrativas punitivas, sin carácter penal; y de un sistema de tutela mediata, que consiste en el recurso al Derecho penal de los Estados miembros. Dada la heterogeneidad de las sanciones administrativas comunitarias, se creó una disciplina general de tales sanciones, contenidas en el **Reglamento del Consejo nº 2988/95**, que establece expresamente los **principios fundamentales del ordenamiento comunitario elaborados por la jurisprudencia del TJCE**. Por otro lado, el reglamento del Consejo nº 2185/96 se encarga de desarrollar el reglamento anterior, en lo referente a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión. Su importancia radica en que es una herramienta general y de naturaleza horizontal, que además es aplicable en terceros países, siempre condicionado –claro está- a la autorización previa de dicho Estado.

Como hemos dicho en numerosas ocasiones, el **reglamento 2988/95** supuso un **gran avance** en tanto que se **erigió como Parte General del derecho sancionador comunitario**, pero adolece de algunas lagunas:

En primer lugar hay que hacer referencia al **principio de culpabilidad**. **La jurisprudencia del TJCE es ambigua** y dicho principio se matiza en función del objetivo perseguido y se dice que las presunciones de responsabilidad no afectan a los derechos de la defensa. **Por otro lado, la afirmación del principio en el artículo 5 del reglamento no ha sido valorada por el Tribunal de Justicia**. **En segundo lugar**, hay una **cierta incertidumbre en la aplicación del principio *non bis in idem***, como hemos analizado en la conclusión quinta. **En tercer lugar no se regula la tentativa**, que se concibe de manera diferente en los Estados miembros (divididos entre una concepción objetiva y una subjetiva). **Tampoco distingue el error de hecho del error de prohibición** (que no se regula en todos los ordenamientos) **ni prevé todas las causas de justificación**.

En cualquier caso, el reglamento 2988/95 ha favorecido una aplicación más transparente y garantista del *ius puniendi* comunitario y ha contribuido a la armonización de la tutela de los intereses financieros comunitarios en los Estados miembros. Es deseable un perfeccionamiento y una coordinación de la disciplina que pueda servir de estímulo a la mayor aplicación de sanciones administrativas comunitarias en los Estados miembros, favoreciendo al proceso despenalizador

acaecido en numerosos Estados (por ejemplo, Italia), tal como hemos comentado en las primeras páginas del presente trabajo.

DÉCIMA. El Convenio PIF y su insatisfactoria recepción en España

El Convenio PIF supuso, en el ámbito del tercer pilar comunitario, una herramienta privilegiada para la protección de los intereses financieros comunitarios. Su principal logro es que, partiendo de una definición única de fraude, los Estados miembros se comprometen en principio a considerar infracciones penales los comportamientos que se definen como fraudulentos con respecto al presupuesto de las Comunidades y a imponer sanciones penales. Los problemas del Convenio vendrían por otra parte: **la reticencia de los Estados miembros a firmar el texto y sus protocolos anexos,** motivo que llevó a la Comisión a intentar proteger los intereses financieros a través de una directiva armonizadora del Derecho penal, pero que no ha visto aún la luz. Así, **el Convenio PIF y su primer y tercer protocolo entraron en vigor el 17 de octubre de 2000. El segundo protocolo anexo sigue sin estar en aplicación por la negativa a firmar de la República Italiana.**

La Comisión entiende que el objetivo de armonización previsto por los instrumentos PIF no se ha conseguido ni en el plano formal ni en el fáctico, y esta situación va en contra de la protección penal efectiva y disuasoria pretendida. Y por ello insiste en **la necesidad de elaborar la directiva armonizadora antes citada.**

Sobre la **recepción del Convenio PIF en España** podemos hacer algunas precisiones. La primera es evidente, la **caótica recepción y poca claridad de los preceptos,** produciéndose solapamientos entre los distintos tipos, lo cual produce una situación de **inseguridad jurídica,** nada deseable en sede penal. En concreto nos referimos a los **artículos 305.3 y 306 CP,** y de lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, **la interpretación que parece más razonable es que todo el artículo 306 CP se refiera al fraude de subvenciones y que el artículo 305.3 CP es el único que se refiere a los ingresos tributarios comunitarios.** Por tanto, es deseable que el artículo 306 se integre junto al artículo 309 en un solo tipo y se acabe así con la falta de certeza jurídica.

Por otro lado es **patente la diferencia entre las cuantías exigidas para el delito interno (120.000 euros) y el delito comunitario (50.000 euros)** y la consiguiente afectación al principio de proporcionalidad que ello conlleva. La única explicación dada es que la cuantía del delito contra la

Hacienda Comunitaria responde a la transposición del Convenio PIF. Siendo el bien jurídico protegido muy similar –si no el mismo- **no hay ninguna justificación para dicha diferencia**, más cuando los 50.000 € se tratan de una cantidad establecida hace 18 años. Por tanto, **se hace precisa una revisión al alza de dicha cuantía para equiparar los tipos penales**.

Y de la misma manera, **la tipificación como falta de las conductas establecidas por los artículos 305.3, 306 y 309 CP cuando la cuantía oscile de los 4.000 a los 50.000 euros podría haberse resuelto por la tipificación de dichas conductas como infracción administrativa**, ya que ello no iría contra el tenor del Convenio PIF y, además, contribuiría a quitar carga de trabajo al sistema penal.

En resumen, hay que destacar los esfuerzos y avances de la Comunidad Europea en la protección de los intereses financieros, una realidad impensable hace unos cuantos años. Se hace necesario, sin embargo, delimitar hacia qué sistema de protección deseamos ir y, en función de ello, fijar los objetivos a medio y largo plazo. Un tercer impulso al proceso de integración europea, paralizado por muchas razones, implicaría una mayor unión política que, sin duda, contribuiría al establecimiento de un verdadero Derecho penal europeo que tuviera como límite infranqueable el respecto a los Derechos fundamentales. Así sea.

Anexos

Cuadro 1 – Número de irregularidades e importes. Año 2007

| Ámbito | Número de irregularidades comunicadas | | Impacto financiero total estimado de las irregularidades, incluidas las sospechas de fraude (en millones de euros) | | Impacto financiero estimado de las sospechas de fraude únicamente (en millones de euros) | |
|---|---------------------------------------|-------|--|-------|--|---|
| | 2006 ⁵⁶⁶ | 2007 | 2006 | 2007 | 2006 | 2007 |
| Agricultura (FEOGA – Garantía) | 3.249 | 1.548 | 87 | 155 | 29,8 (~0,06% de los fondos asignados) | 44,8 (~0,1% de los fondos asignados) |
| Fondos Estructurales y Fondo de Cohesión | 3.216 | 3.832 | 703 | 828 | 157,56 (~0,41% de los fondos asignados) | 141 (~0,31% de los fondos asignados) |
| Fondo de Preadhesión | 395 | 332 | 14 | 32 | 1,57 (~0,03% de los fondos asignados) | 5 (~0,38% de los fondos asignados) |
| Gastos directos | - | 411 | - | 33 | - | 18,1 (~0,17% de los fondos asignados ⁵⁶⁷) |
| Total gastos | 6.860 | 6.123 | 804 | 1.048 | 188,93 (~0,2% del importe de los gastos en los cuatro ámbitos) | 208,9 (~0,22% del importe de los gastos en los cuatro ámbitos) |
| Recursos propios⁵⁶⁸ | 5.705 | 5.321 | 353 | 377 | 134,39 (~0,94% del importe total de los recursos propios) | 106,57 (~0,62% del importe total de los recursos propios ⁵⁶⁹) |

Fuente: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Protección de los intereses financieros de las Comunidades - Lucha contra el fraude Informe anual 2007. COM (2008) 475 final, de 22 de julio de 2008
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0475:FIN:ES:PDF>

⁵⁶⁶ Las cifras se han actualizado por lo que se refiere a algunos sectores desde el informe de 2006

⁵⁶⁷ El cálculo abarca todo el período de las perspectivas financieras 2000-2006

⁵⁶⁸ Derechos de aduanas y exacciones reguladoras agrícolas

⁵⁶⁹ Este porcentaje se calcula sobre la base de la estimación de los recursos propios tradicionales en el presupuesto general de 2007, no sobre la base de la contabilidad

Bibliografía

A. Fuentes doctrinales

ADINOLFI, A., "Il principio di legalità nel Diritto comunitario" (Comunicación para el convenio «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia», Varenna, 22 settembre 2007), en *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, fasc. 1.

ALCALE SÁNCHEZ, M., "Derecho Penal y Tratado de Lisboa", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 12, Nº 30, Madrid, 2008.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., "El principio de autonomía institucional y procesal y sus relaciones con los principios fundamentales comunitarios", en MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, L. (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la Comunidad: progresos y lagunas" en VV.AA., *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "La protección penal de la competencia en la C.E.E", en *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1991.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Hacia un Espacio Judicial Europeo. Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "¿Tiene futuro un Derecho penal europeo?", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

BARATTA, R., "Le principali novità del Trattato di Lisbona", en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, fasc. 1, pp. 21-70

BAYONA DE PEROGORDO, J.J. y SOLER ROCH, M.T., *Derecho Financiero*, Compás, Alicante, 1987.

BENGOETXEA CABALLERO, J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

BOIX REIG, J., "Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal", en *Delitos Socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

BOIX REIG, J., "Delitos contra la Hacienda Pública", en VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del derecho : discurso leído el día 2 de Mayo de 1977, en su recepción pública*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1977.

CARRARINI, F., MASSIMO, R.; SASSO, C., *Gli interessi finanziari dell'Unione Europea e l'azione di tutela*, Cedam, Padova, 1999.

CERVERA VALLTERRA, M., "La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002.

CHITI, G., "La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea: lo stato attuale" en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, fasc. 3.

CHITI, G., "La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità Europea: prospettive di riforma" en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, fasc. 1.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris europeo" en *La Ley*, 1998, tomo 1.

CHUECA DE SANCHO, A.G., "Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario", en *Revista de Instituciones Europeas*, 1983, nº 3.

CONSTANTINESCO, V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés Européennes, contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, París, 1974.

D'AMICO, M., "Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo" en RUGGIERI, F., *La giustizia penale nella convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione Europea*, Giuffrè-Bruylant, 2003

DANNECKER, G., *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

DE ANGELIS, F., "Pour une protection harmonisée des intérêts financiers de l'Union Européenne: vers une uniformation? Le «Corpus Juris» - Per una protezione coordinata degli interessi finanziari dell'Unione Europea: verso una uniformazione? Il «Corpus Juris»", en *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1997, fasc. 3-4.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*, Thomson, Madrid, 2006.

DE LAMO RUBIO, J., "Principio «non bis in idem» y principio de buena fe procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del ne bis in idem", en *Noticias Jurídicas*, septiembre 2001.

DE PASQUALE, P., "Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1.

DELMAS-MARTY, M., "Límites del relativismo jurídico", en *Estudios jurídicos comparativos e internacionalización del Derecho*, Collège de France.

DELMAS-MARTY, M., "Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus Juris", en *Agon*, nº 25, 1999.

DELMAS-MARTY, M., en *Corpus juris : portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Economica, París, 1997.

DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J.A.E., *The implementation of the Corpus Juris in the member states. penal provisions for the protection of European finances*, Intersentia, Antwerpen, 2000.

DELMAS-MARTY, M., y VERVAELE, J.A.E., *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004.

DI PIETRO, A., *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 2001.

DÍAZ LLANES, M., "El delito de iniciados: Consejos de Administración y Contabilidad", en *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 5, n. 1, enero/marzo, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L.M., "Derecho comunitario y medidas sancionatorias", *REDA*, nº 78, 1993.

DONAIRE VILLA, F.J., "El Tratado de Ámsterdam y la Constitución", en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 18, Nº 54, 1998.

ESTELLA DE NORIEGA, A., *El dilema de Luxemburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III, Madrid, 2002.

ESTUPIÑÁN SILVA, R., "Corpus Iuris: reflexiones en torno a la posible armonización del derecho penal en Europa", en *derechopenalonline.com*, marzo de 2004.

FEDERICO PACE, L., *Derecho Europeo de la Competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., "El nacimiento del Fiscal Europeo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, nº 17, enero-abril, 2004.

FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto Penale: parte generale*. Zanichelli, Bologna, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El proyecto de Constitución Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, septiembre-diciembre, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA TIZÓN, A., "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública", en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

GAVÍN MUNTÉ, V., *La Comunidad Europea de Defensa (1950-1954) ¿Idealismo Europeo o interés de Estado*, Universidad de Barcelona, 2005.

GLEß, S., BIEHLER, A., PARRA, N., y ZEITLER, H.E., *Analysis of the Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor*, Study commissioned by the Committee on Budgets of the European Parliament, Max Planck Institute of Foreign and International Criminal Law, Freiburg/Br., April 2002.

GÓMEZ RIVERO, C., "La malversación de fondos comunitarios: los artículos 306 y 628 del Código Penal español", en FERRÉ OLIVÉ, J.C. [...et al], *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

GÓMEZ RIVERO, M.C., *El fraude de subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La unificación del Derecho penal en Europa”, en *Saberes*, volumen I, Facultad de Estudios Sociales, Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La sentencia «Comisión/Consejo» de 13 de septiembre de 2005: la Comunidad es competente para exigir que los Estados miembros impongan sanciones penales”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 239, 2005.

GRACIA RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Oztürk”, en *Revista de Administración Pública*, nº 104, mayo-agosto 1984.

GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, Trad. Nicolás García Hervás, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1993.

GRASSO, G., “Les systèmes de sanctions administratives des Etats membres des Communautés européennes », en COMISIÓN EUROPEA, *Etude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les Etats membres des Communautés européennes*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995.

GRASSO, G., “Derechos fundamentales y Derecho penal en el nuevo Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GRASSO, G.; SICURELLA, R., *Lezioni di Diritto Penale Europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

HERNÁNDEZ, V.; DE PABLOS ESCOBAR, L., *Actividad financiera en los presupuestos de la Unión Europea: 50 años de instituciones comunitarias*, Dpto. de Economía Aplicada, Documento de trabajo de la Facultad de Ciencias económicas y Empresariales, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

HERNANDO SANTIAGO, F.J., “Principios generales del derecho nacionales y derecho comunitario”, en *Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome. 3^{ème} session : Principes généraux et valeurs nationales*. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2007.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

IBÁÑEZ MARSILLA, S.; BOSCH CHOLBÍ, J.L., “L'accordo per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea e il recepimento dell'accordo nel codice penale spagnolo”, en DI PIETRO, A., *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 2001.

IBÁÑEZ MARSILLA, S.; BOSCH CHOLBÍ, J.L., “La protección penal de la Hacienda Comunitaria”, en *Crónica Tributaria*, nº 86, 1998.

JESCHECK, H.H., *Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften*, ZStW 1953.

LABAYLE, H., "Le traité d'Amsterdam: Un espace de liberté, de sécurité et de justice", en *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 33, nº 4, 1997.

LABAYLE, H.: "La protection des intérêts financiers de la Communauté", *Europe*, marzo, 1995.

LASO PÉREZ, J., *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. y LÓPEZ JURDO, C., *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, Granada, 2003.

LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

MADDALENA, P., "Frodi comunitarie e responsabilità amministrative. L'istituendo P.M. Europeo e il ruolo del P.M. contabile", en *L'Amministrazione italiana*, 2003, fasc. 10, pp. 1351-1361

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C., y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

MARTÍN QUERALT, J. "La tutela de los intereses financieros de la Unión Europea en el Código penal español: razones para su reforma", en VILLAR EZCURRA, M. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de Don César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, nº 3, 1998.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Estudio preliminar sobre el Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano, 2008

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Sin Tratado de Lisboa y en un escenario de crisis financiera global: sobre la necesidad de buscar el tercer impulso al proceso de integración europea", en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 17, Iustel, 2008.

MARTÍNEZ MUÑOZ, J.A., "Principios del Derecho y normas jurídicas", en *Los principios generales del Derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Actas, Madrid, 1993.

MAUGERI, A.M., "Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. PT. I. La natura giuridica delle sanzioni comunitarie", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, fasc. 3.

MAUGERI, A.M., "Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. PT. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1999, fasc. 4.

MAUGERI, A.M., “Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta Europea dei Diritti Fondamentali”, en GRASSO, G.; SICURELLA, R., *Lezioni di Diritto Penale Europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

MESTRE DELGADO, E. “El Derecho penal de la unidad europea”, en ECHEBURÚA ODRIAZOLA, E. (coord.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: Libro Homenaje al profesor Antonio Beristáin*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.

MIRÓ LLINARES, F., “Cooperación judicial en materia penal en la Constitución Europea”, en ÁLVAREZ CONDE, E., Y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), *Comentarios a la Constitución Europea*, L. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MORALES PRATS, F., “Los efectos penales de la regularización tributaria en el Código penal de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I y Diputación de Castellón, Castellón, 1997.

MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2004.

MUSACCHIO, V., “Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo Diritto penale europeo”, en *Rivista penale*, 2008, fasc. 5.

NAVARRO BATISTA, N. “La lucha contra el fraude tras el Tratado de Ámsterdam: un proceso inacabado”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1988/4.

NIETO MARTÍN, A. *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996.

NIETO MARTÍN, A., “Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal”, *ADPCP*, sept-dic 1994.

NIETO MARTÍN, A., “Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. [...et al], *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

NIETO MARTÍN, A., “Activismo judicial v. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi”, en *RGDP*, nº 4, noviembre 2005.

NIETO MARTÍN, A., “El concepto de funcionario público (artículo 1)”, en ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

NIETO MARTÍN, A., “Posibilidades y límites a la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)”, en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas [de] Derecho y Economía*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea: análisis y comentarios*, Vol. I., McGraw-Hill, Madrid, 1998.

ORTIZ PICA, M.I., *El patrimonio constitucional europeo: su asimilación por el orden jurídico comunitario (análisis específico del patrimonio europeo de los derechos fundamentales)*, Universitat Autònoma de Barcelona y Université Montpellier I, 2003

PALIERO, C.E.; TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988.

PANEBIANCO, G., "Il riparto della competenza penale tra i «pilastri» dell'Unione Europea", en *Diritto penale e processo*, 2008, fasc. 3.

PERDUCA, A., "La lotta antifrode e la tutela degli interessi finanziari comunitari", en RUGGIERI, F., *La giustizia penale nella convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione Europea*, Giuffrè-Bruylant, 2003

PERDUCA, A.; PRATO, F., "Le indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) ed i rapporti con le autorità giudiziarie", en *Cassazione penale*, 2006, fasc. 12.

PÉREZ BERNABEU, B., *Los intereses financieros comunitarios: concepto y principios que informan su sistema de protección*, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 2005.

PI LLORENS, M., *La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Universitat Autònoma de Barcelona, 1996.

PICOD, F., "Le juge communautaire et l'interprétation communautaire", en SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Bruylant, Bruselas, 1998.

PICOTTI, L., "L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione Europea e la protezione penale degli interessi finanziari comunitari", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006, fasc. 3, pp. 615-671

POELEMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2004.

POLLICINO ORESTE, M.L., "Tutela degli interessi finanziari comunitari tra proposte della Commissione e opzioni della Convenzione: alla ricerca della base giuridica più appropriata per un procuratore europeo nella futura (ed eventuale) Costituzione Europea", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, fasc. 1.

PRIETO SANCHÍS, L. et al., *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "El comportamiento posdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social", en DEL ROSAL BLASCO, B. (dir.), *Empresa y Derecho penal I*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª ed., 1996.

RANCAÑO MARTÍN, M.A., *El delito de defraudación tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

REMIRO BROTONS, A., "Pretéritos futuros y futuro pretérito de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 12, Nº 29, Madrid, 2008.

RIONDATO, S., “Principi dello Stato di Diritto tra natura «penale» e natura «non penale» della sanzione: colpevolezza, proporzionalità, non discriminazione (Nota CGCE 11 luglio 2002, casusa C-210/00)”, en *Diritto penale e processo*, 2002, fasc. 11.

ROBLES MONCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Delitos contra la Hacienda Comunitaria (La elusión del pago de la tasa láctea como ejemplo de desarmonía”, en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas de Derecho y Economía*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Delitos contra la Hacienda Comunitaria (La elusión del pago de la tasa láctea como ejemplo de desarmonía”, en BAJO FERÁNDEZ, M. (dir.), *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas de Derecho y Economía*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., “Técnica jurídica de protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, Nº 1, 1990.

SÁNCHEZ LÓPEZ, V., *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, COLEX, Madrid, 1997.

SCHOCKWEILER, F., “Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois”, en *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Cercle Delvaux, Luxemburgo, 1990.

SCOLETTA, M., “Berlusconi y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable”, en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la UCLM, 2007, pp. 357 y ss.

SERRANO LEAL, C.; MONTORO ZULUETA, B.; y VIGUERA RUBIO, E., “El sistema de recursos propios comunitarios. El cheque británico”, en *Boletín Económico del ICE*, Información Comercial Española, nº 2853, 5-11 septiembre de 2005, Madrid.

SIERRA LUDWIG, V., y SIERRA REY, R., “Desviaciones de retornos y flujos en la UE”, en *Boletín Económico del ICE*, Información Comercial Española, nº 2851, 15-28 de agosto de 2005, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

SIRACUSA, L., “Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo «tassello» della Corte di Giustizia dell’Unione Europea” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, fasc. 1

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, octubre-diciembre, 1995.

STEPHANI, G., LEVASSEUR, G. Y BOULOC, B., *Droit pénal général*, 15ª edición, Dalloz, París, 1994

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001.

TERRAGNI, M.A., *Estudios sobre la Parte General del Derecho penal*, Universidad Nacional del Litoral, Santafé, 2000.

TIEDEMANN, K., "El concepto de delito económico en la Constitución europea", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Constitución Europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

TIEDEMANN, K., "Frode, corruzione e armonizzazione giuridica in Europa", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, fasc. 1-2.

ULLOA RUBIO, I., "La defraudación de la Hacienda de las Comunidades Europeas y el fraude de subvenciones en el Código Penal Español: algunas consideraciones jurisprudenciales", en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 202, 2001.

VALLE GÁLVEZ, A. "La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo", en *Revista de instituciones europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993.

VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones de la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales.*, Dykinson, Madrid, 2005.

VERVAELE, J.A.E., *Fraud against the Community. The Need for European Fraud Legislation*, Kluwer, 1992.

VERVAELE, J.A.E., "Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?", *RVAP*, nº 37, 1993.

VERVAELE, J.A.E., "The Corpus Juris Project: a blueprint for Criminal Law and Criminal Procedure in the European Territory", en *Agon*, nº 34, 2002.

VV.AA., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A., *Informe del grupo de apoyo de Valencia del Observatorio del delito fiscal sobre las cuestiones que plantean los arts. 305, 306 y 309 del Código Penal en su aplicación a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Documento interno del Servicio Jurídico Regional de Valencia, 25 de julio de 2007.

ZUCCALÀ, G., "L'unitario Diritto penale europeo come meta del Diritto penale comparato? Comunicación en italiano del Simposio «Einheitliches Europaisches Strafgesetzbuch als Ziel der Stafrechtsvergleichung?», Bochum-Essen, 28-29 de septiembre de 2001", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, fasc. 3.

B. Fuentes normativas

B.1. Tratados internacionales y Derecho originario

- 1950 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979
- 1951 Tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Acero, adoptado en París el 18 de abril de 1951, BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986
- 1952 Tratado de la Comunidad Europea para la Defensa, de 27 de mayo de 1952, *Chronique de Politique Étrangère*, vol. V, nº 5/6, pp. 592 y ss.
- 1957 Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, adoptado en Roma el 25 de marzo de 1957, BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986
- Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982, BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, adoptado en Roma el 25 de marzo de 1957, BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986
- 1966 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977
- 1978 Protocolo de 1978, relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1984
- 1986 Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, BOE núm. 158, de 3 de julio de 1987
- 1992 Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1994
- 1994 Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, DO L 1, de 3.1.1994
- 1995 Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995. Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 316, de 27.11.1995
- 1996 Primer Protocolo, de 27 de septiembre de 1996, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996 por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 313, de 23.10.1996
- Acto del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea, DO L 313, de 23.10.1996

- 1997 Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999
- Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, DO C 195, de 25.6.1997
- Segundo Protocolo, de 19 de junio de 1997, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Acto del Consejo de 19 de junio de 1997 por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 221, de 19.7.1997
- Tercer protocolo anexo: el Protocolo relativo a la interpretación con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Acto del Consejo de 29 de noviembre de 1996 por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, DO C 151, de 20.5.1997
- 2001 Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, hecho en Niza el 26 de febrero de 2001, BOE núm. 24, de 28 de enero de 2003
- 2004 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, DO C 310 de 16.12.2004 (*no entró en vigor*)
- 2007 Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DO C 306, de 17.12.2007 (*pendiente de ratificación*)
- 2008 Protocolo número 7 sobre los privilegios e las inmunidades de la Unión Europea, DO C 115, de 9.5.2008

B.2. Derecho derivado

B.2.1. Reglamentos

- 1962 Reglamento nº 17: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DO 13, de 21.2.1962
- 1968 Reglamento (CEE) nº 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, DO L 175, de 23.7.1968
- Reglamento (CEE) nº 804/68 del Consejo, de 27 de junio de 1968, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche

y de los productos lácteos, DO L 148, de 28.6.1968

Reglamento (CEE) nº 837/68 de la Comisión, de 28 de junio de 1968, relativo a las modalidades de aplicación de la exacción reguladora en el sector del azúcar, DO L 151, de 30.6.1968

1970 Reglamento (CEE) nº 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970 sobre la financiación de la política agrícola común, DO L 94, de 28.4.1970, derogado

1986 Reglamento (CEE) nº 4056/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, DO L 378, de 31.12.1986

Reglamento (Euratom, CE) nº 2185/96 del Consejo de 11 de noviembre de 1996 relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, DO L 292, de 15.11.1996

1987 Reglamento (CEE) nº 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, DO L 374, de 31.12.1987

Reglamento (CEE) nº 822/87 del Consejo de 16 de marzo de 1987 por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, DO L 84, de 27.3.1987

1988 Reglamento (CEE) nº 4253/88 del Consejo de 19 de diciembre de 1988 por el que se aprueban disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2052/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, DO L 374, de 31.12.1988

1989 Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 395, de 30 de diciembre de 1989

Reglamento (CEE, Euratom) nº 1552/89 del Consejo, de 29 de mayo de 1989, por el que se aplica la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades, DO L 155, de 7.6.1989

1991 Reglamento (CEE) nº 595/91 del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación de la política agraria común, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 283/72, DO L 67, de 14.3.1991

1992 Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, DO L 302, de 19.10.1992

1995 Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO L 312, de 23.12.1995

Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo

a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO L 312, de 23 de diciembre de 1995

Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO L 312, de 23.12.1995

Reglamento (CE) nº 1663/95 de la Comisión, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 729/70 del Consejo en lo que concierne al procedimiento de liquidación de cuentas de la sección de Garantía del FEOGA, DO L 158, de 08.07.1995

1996 Reglamento (CE, Euratom) nº 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, DO L 292, de 15.11.1996

1997 Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO L 180, de 9.7.1997

Reglamento (CE) nº 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, DO L 82, de 22.3.1997

1998 Reglamento (CE) nº 2532/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, DO L 318, de 27.11.1998

1999 Reglamento (CE) nº 2157/1999 del Banco Central Europeo, de 23 de septiembre de 1999, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, DO L 264 de 12.10.1999

Reglamento (CE) nº 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999

Reglamento (Euratom) nº 1074/1999 del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999

Reglamento (CE) nº 1258/1999 del Consejo de 17 de mayo de 1999 sobre la financiación de la política agrícola común, DO L 160, de 26.6.1999

Reglamento (CE) nº 1260/1999 del Consejo de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales, DO L 161, de 26.6.1999

Reglamento (CE) nº 1258/1999 del Consejo, sobre la financiación de la política agrícola común, DO L 160, de 26.6.1999

2000 Reglamento interno del Comité de vigilancia de la OLAF, DO L 41, de 15.2.2000

- 2002 Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 248, de 16.9.2002
- Reglamento (CE, Euratom) nº 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 357, de 31.12.2002
- Reglamento (CE, Euratom) nº 2343/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 185 del Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 del Consejo, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 357, de 31.12.2002
- 2003 Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 TCE, DO L 1, de 4.1.2003
- Reglamento (CE) nº 1788/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establece una tasa en el sector de la leche y de los productos lácteos, DO L 270, de 21.10.2003
- 2004 Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"), DO L 24, de 29.1.2004
- Reglamento (CE) nº 864/2004 del Consejo de 29 de abril de 2004 por el que se modifica, y se adapta con motivo de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia a la Unión Europea, el Reglamento (CE) nº 1782/2003 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores, DO L 161, de 30.4.2004
- 2006 Reglamento (CE, Euratom) nº 1995/2006 del Consejo, de 13 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, DO L 390, de 30.12.2006
- 2008 Reglamento (CE) nº 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), DO L 145, de 4.6.2008

B.2.2. Directivas

- 1977 Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, DO L 145, de 13.6.1977

- 1991 Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción, DO L 237, de 24.8.1991
- Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DO L 166, de 28.6.1991
- 1995 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DO L 281, de 23.11.1995
- 2005 Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, DO L 255, de 30.9.2005

B.2.3. Decisiones

- 1970 Decisión del Consejo 70/243/CECA, CEE, Euratom, de 21 de abril de 1970, relativa a la sustitución de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios de las Comunidades, DO L 94, de 28.4.1970
- 1980 Decisión 80/256/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1979, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado constitutivo CEE (IV/29.595 - Material Hi-Fi Pioneer), DO L 60, de 5 de marzo de 1980
- Decisión 80/1283/CEE de la Comisión, de 25 de noviembre de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29702 - Johnson & Johnson), DO L 377, de 31.12.1980
- 1986 Decisión de la Comisión 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.149 - Polipropileno). DO L 230, de 18.8.1986
- 1988 Decisión del Consejo 88/376/CEE, Euratom de 24 de junio de 1988 relativa al sistema de recursos propios de la Comunidad, DO L 185, de 15.7.1988
- 1992 Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.043 - Tetra Pak II), DO L 72, de 18.3.1992
- 1999 Decisión de la Comisión 1999/352/CE/CECA de 28 de abril de 1999, DO L 136, de 31.5.1999
- Decisión del Consejo 1999/394/CE, Euratom, de 25 de mayo de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades, DO L 149, de 16.6.1999
- Decisión de la Comisión 1999/396/CE, CECA, Euratom, de 2 de junio de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades [notificada con el número SEC (1999) 802], DO L 149, de

16.6.1999

Decisión 1999/726/CE del Banco Central Europeo, de 7 de octubre de 1999, sobre prevención del fraude (BCE/1999/5, DO L 291, de 12.11.1999)

- 2000 Decisión del Consejo 2000/597/CE, Euratom, de 29 de septiembre de 2000, sobre el sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas, DO L 253, de 7.10.2000
- 2002 Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DO L 63, de 6.3.2002

B.2.4. Decisiones marco

- 2000 Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2000, relativa a la lucha contra la trata de seres, DO L 203, de 1.8.2002
- Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, DO L 140, de 2.6.2000
- 2003 Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, DO L 29, de 5.2.2003
- 2005 Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, DO L 255, de 30.9.2005

B.3. Informes

- 1994 Informe anual de la Comisión, "Lucha contra el fraude", 1994
- 1997 Informe Explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado por el Consejo el 26 de mayo de 1997, DO C 191, de 23.06.1997
- 1998 Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Texto aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998), DO C 391, de 15.12.1998.
- Informe especial nº 8/98 relativo a los servicios de la Comisión encargados de la lucha contra el fraude, y en particular de la Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude (UCLAF), DO C 230 de 22.7.1998
- Informe especial nº 8/98 sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la «Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude» (UCLAF), acompañado de las respuestas de la Comisión (Presentado con arreglo al segundo párrafo del apartado 4 del artículo 188 C del Tratado CE), DO C 230, de 22.7.1998
- 1999 Informe Explicativo del segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Texto aprobado por el Consejo el 12

de marzo de 1999), DO C 91, de 31.03.1999

- 2005 Informe Especial del Tribunal de Cuentas nº 1/2005, DO C 202, de 18.8.2005, p. 1, aprobado por el Consejo en sus Conclusiones de 8 de noviembre de 2005

B.4. Dictámenes

- 1991 Dictamen del TJCE 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Dictamen emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado, «Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, sobre la creación del Espacio Económico Europeo», Rec. 1991, pág. I-6079
- 1992 Dictamen del TJCE 1/92, de 10 de abril de 1992, Rec. 1992, pág. I-2821
- 1994 Dictamen 1/94 del TJCE, de 15 de noviembre de 1994, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos internacionales en materia de servicios y de protección de la propiedad intelectual
- 1996 Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996, (Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en Rec. 1996, p. I-01759 y DO C 180, de 22.6.1996
- 1999 Dictamen nº 2/1999 del Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas sobre la propuesta modificada de un Reglamento (CE, Euratom) del Consejo relativo a las investigaciones que lleve a cabo la Oficina contra el Fraude, DO C 154 de 1.6.1999
- 2005 Dictamen del Tribunal de Cuentas 6/2005, sobre una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 1073/1999 y (Euratom) nº 1074/1999 relativos a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) DO C 202, de 18.8.2005

B.5. Normativa interna

- 1974 Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974
- 1977 Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, BOE núm. 7, de 8 de enero de 1977. Derogada
- 1990 Ley 31/1990, de 27 de Diciembre, de Presupuestos Generales Del Estado para 1991, BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1990
- 1992 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992
- 1993 Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 1993. Derogado
- 1999 Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999

- 2003 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003
- 2005 Real Decreto 754/2005, de 24 de junio, por el que se regula el régimen de la tasa láctea, BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005
- 1983 Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, BOE núm. 152, de 27 de junio de 1983
- 1995 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995
- Ley Orgánica 6/1995, de 29 de Junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código penal relativos a los delitos contra la Hacienda pública y Contra la Seguridad social, BOE núm. 151, de 30 de junio de 1995
- Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995
- 2003 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003
- 2007 *Proyecto* de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A: proyectos de ley, de núm. 119-1, de 15 de enero de 2007

B.6. Normativa extranjera

- 1871 *Strafgesetzbuch (StGB)* o Código Penal alemán, de 15 de mayo de 1871
- 1909 *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (GWV)*, Ley de Lucha contra la Competencia Desleal, de 7 de junio de 1909, en su última versión modificada por la Ley de 22 de junio de 1998
- 1942 R.D. de 16 de marzo de 1942, n. 262 *Approvazione del testo del Codice Civile, Edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale*, n. 79, de 4 de abril de 1942
- 1968 *Ordnungswidrigkeitengesetz (OWig)* o ley de Contravenciones e infracciones

administrativas, de 1 de octubre 1968

- 1976 *Abgabenordnung (AO)* u Ordenanza Tributaria Alemana, de 16 de abril de 1976
- 1981 Ley de 24 de noviembre de 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale*, GU de 30 de noviembre de 1981, n. 329, S.O.
- 1993 Ley de 28 de diciembre de 1993, n. 562, *Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza delle disposizioni ad esso connesse o complementari*, GU de 31 de diciembre de 1993, n. 306
- 1999 Decreto Legislativo de 30 de diciembre de 1999, n. 507, *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205*, GU de 31 de diciembre de 1999, n. 306

B.7. Otros

- 1969 Documento PE 22504, Proyecto de una memoria sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho Penal, de 8 de julio de 1969, elaborado por Boertien
- 1989 Documento JUR (89) D3500. de 20 de julio de 1989
- 1990 Documento XX B 2 (90) D 2112 sw, de 13 de junio de 1990
- 1991 Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 13 de noviembre de 1991, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades, DO C 328, de 17.12.1991
- 1997 Resolución del Parlamento Europeo sobre la creación de un espacio jurídico y judicial europeo para la protección de los intereses financieros de la UE contra la criminalidad internacional, DO C 200, de 30.6.1997
- 1999 Acuerdo Interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), DO L 136, de 31.5.1999
- 2000 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, DO C 364, de 18.12.2000
- Documento IP/00/201, de 1 de marzo de 2000
- 2001 Documento SEC (2001) 2029 final, de 07.11.2001, Comunicación de la Comisión sobre blindaje de la legislación y de la gestión de los contratos contra el fraude, no publicada en el Diario Oficial
- 2003 Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio ne bis in idem, DO C 100, de 26.4.2003
- 2005 Resolución relativa a una política global de la UE contra la corrupción (6902/05, 6901/2/05), adoptada por el Consejo Justicia y Asuntos de Interior Luxemburgo el 14 de

abril de 2005

- 2008 Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1073/1999 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (COM(2006)0244 – C6-0228/2006 – 2006/0084(COD)), Referencia PE 409.747v03-00, A6-0394/2008

C. Fuentes jurisprudenciales

C.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- 1984 Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984, *Öztürk c. Alemania*, asunto nº 8544/79, serie A, nº 73
- 1988 Sentencia del TEDH de 7 de octubre de 1988, *Salabiaku c. Francia*, asunto 10519/83, serie A, nº 141 A
- 1989 Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, asunto 14038/88, serie A, nº 161
- 1993 Sentencia del TEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis*, asunto 14307/88, serie A, nº 260 A
- 1995 Sentencia del TEDH de 22 de noviembre de 1995, *S.W. c. Reino Unido*, asunto 20166/92, serie A, nº 335 B
- 1997 Sentencia del TEDH de 29 de agosto de 1997, *A.P. y otros c. Suiza*, asunto 19958/92, Recueil 1997-V
- Sentencia del TEDH de 29 de agosto de 1997, *E.L. y otros contra Suiza*, asunto 20919/92, Recueil 1997-V
- 2001 Sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, asuntos 34044/96, 35532/97 y 44801/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-II
- 2002 Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwine c. Reino Unido*, asunto 28957/95, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI

C.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera instancia

- 1954 Sentencia del TJCE de 21 de diciembre de 1954, *Francia c. Alta Autoridad CECA*, asunto 1/54, Rec. 1954, p. 7
- 1959 Sentencia del TJCE de 4 de febrero de 1959, *Strork*, asunto 1/58, en Rec. 1958, p. 43
- 1960 Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft c. Alta*

- Autoridad*, causas reunidas 36, 37, 38 y 40/59, Rec. 1960, p. 857
- 1962 Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1962, *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena*, asunto 16/61, Rec. 1962, p. 547
- Sentencia del TJCE de 13 de Julio de 1962, caso Klöckner, asunto 17/61, Rec. 1962, p. 615
- 1963 Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 3
- 1969 Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhem*, asunto 14/68, Rec. 1969, p. 1
- Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto 29/69, Rec. 1969, p. 419
- 1970 Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Comisión*, asunto 41/69, Rec. 1970, p. 661
- Sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co.*, asunto 25/70, Rec. 1970, p. 01161
- Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1125
- 1971 Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, asunto 6/71, Rec. 1971, p. 828
- 1972 Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, *ICI*, asunto 48/69, Rec. 1972, p. 619
- Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1972, *Boehringer*, asunto 7/72, Rec. 1972, p. 1281
- 1973 Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1973, *Nordsee*, asunto 122/73, Rec. 1973, p. 1511
- 1974 Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, *Janssens*, asunto 4/72, Rec. 1974, p. 491
- Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, *Costa Enel*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141
- Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn c. Home Office*, asunto 41/74, Rec. 1974, p. 1337
- 1975 Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors*, asunto 26/75, Rec. 1975, p. 1389
- Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, *Suiker unie y otros*, asunto reunidos 41-48, 50, 54-56, 111, 113 y 114/73, Rec. 1975, p. 1663
- 1976 Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Sabena*, asunto 43/75, Rec. 1976, p. 455
- Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, *Watson et Belmann*, asunto 118/75, Rec. 1976, p. 1185
- Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1976, *Kramer*, asuntos 3, 4 y 6/76, Rec. 1976, p. 1311

- Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolacke*, asunto 41/76, Rec. 1976, p. 1921
- Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, asunto 33/76, Rec. 1976, p. 1989
- 1977 Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1977, *Amsterdam Bulb*, asunto 50/76, Rec. 1977, p. 137
- Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, *Bela-Mühle c. Grows Farm*, asunto 114/76, Rec. 1977, p. 1211
- 1978 Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 1978, *Miller c. Comisión*, asunto 19/77, Rec. 1978, p. 131
- Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, asunto 27/76, Rec. 1978, p. 207
- 1979 Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, *Buitoni*, asunto 122/78, Rec. 1979, p. 677
- Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, asunto 85/76, Rec. 1979, p. 461
- Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1979, *P. Biegi*, asunto C-158/78, Rec. 1979, p. 1120
- Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium*, asunto 32/78, Rec. 1979, p. 2480
- Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, asunto 2/79, Rec. 1979, p. 3703
- 1980 Sentencia del TJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denavit italiana*, asunto 61/79, Rec. 1980, p. 1205
- Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1980, *Regina c. Pieck*, asunto 157/79, Rec. 1980, p. 2171
- Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1980, *Comisión c. Reino Unido*, asunto 32/79, Rec. 1980, p. 2403
- 1981 Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión c. Reino Unido*, asunto 804/79, Rec. 1979, p. 1045
- Sentencia del TJCE de 9 de julio de 1981, *Gondrand*, asunto 169/80, Rec. 1981, p. 1931
- Sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, asunto 203/80, Rec. 1981, p. 2595
- 1983 Sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1983, *Fromançais*, asunto 66/82, Rec. 1983, p. 395
- Sentencia del TJCE de 11 de mayo de 1983, *Klöckner*, asuntos reunidos 303/81 y 312/81, Rec. 1983, p. 1507
- Sentencia del TJCE de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française*, asunto 100/80, Rec. 1983, p. 1825

- Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *SpA San Giorgio*, asunto 199/82, Rec. 1983, p. 3595
- Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 1983, caso *Thyssen AG*, asunto 188/82, Rec. 1983, p. 3721
- 1984 Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1984, *Denkavit Nederland*, asunto 15/83, Rec. 1984, p. 171
- Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1984, *Kirk*, asunto 63/83, Rec. 1984, p. 2689
- Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984, *Ferriera Valsabbia/Comisión*, asunto 209/83, Rec. 1984, p. 3089
- Sentencia del TJCE de 25 de septiembre de 1984, *Könecke*, asunto 117/83, Rec. 1984, p. 3291
- 1985 Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84, Rec. 1985, p. 2605
- Sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 1985, *Man sugar*, asunto 181/84, Rec. 1985, p. 2889
- 1986 Sentencia de TJCE de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil*, asunto 174/84, Rec. 1986, p. 559
- Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1986, *Reino Unido c. Consejo*, asunto C-84/94, Rec. 1966, p. I-5755
- 1987 Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 1987, caso *Demirel*, asunto 12/86, Rec. 1987, p. 3719
- Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1987, *Ferriere San Carlo*, asunto 344/85, Rec. 1987, p. 4435
- Sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1987, caso *Maizena*, asunto 137/85, Rec. 1987, p. 4587
- 1988 Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, *Comisión c. Consejo*, asunto 165/87, Rec. 1988, página 05545
- 1989 Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1989, *Cowan / Trésor public*, asunto 186/87, Rec. 1989, p. 195
- Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1989, *Schröder*, asunto 265/87, Rec. 1989, p. 2237
- Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*, asunto 46/87, Rec. 1989, p. 2859
- Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Grecia*, asunto 68/88, Rec. 1989, p. 2965
- 1990 Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1990, *Comisión c. Alemania*, asunto 217/88, Rec. 1990, p. 2879

- Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1990, *Hansen*, asunto C-326/88, Rec. 1990, p.I-2911
- Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e.a.*, asunto 331/88, Rec. 1990, p. I-4023
- 1991 Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1991, *Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, asunto C-328/89, Rec. 1991, p. I-2450
- Sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357
- 1992 Sentencia del TJCE de 16 de enero de 1992, *Procedimientos penales contra X*, asunto X-373/90, Rec. 1992, p. I-131
- Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1992, Alemania c. Comisión, asunto C-240/90, Rec. 1992, p. I-05383
- 1993 Sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1993, *Schumacher*, asunto C-365/92, Rec. 1993, p. I-6071
- 1994 Sentencia del TJCE de 24 de marzo de 1994, *Bostock*, C-2/92, Rec. p. I-955
- Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, *Milchwerke Köln*, asunto C-352/92, Rec. 1994, p. I-3385
- Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1994, *Bayer c. Comisión*, asunto C-195/91 P, Rec. p. I-5619
- 1996 Sentencia del TJCE de 29 de febrero de 1996, *Skanavi y Chryssanthakopoulos*, asunto C-193/94, Rec. 1996, p. I-929
- Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 1996, *Allain*, asunto C-341/94, Rec. 1994, p. I-4649
- Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido c. Consejo*, asunto C-84/94, Rec. 1966, p. I-5755
- 1997 Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania c. Consejo*, C-233/94, Rec. 1997, p. I-2405
- Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1997, *Rosalba Palmisani*, asunto C-261/95, Rec. 1997, p. I-4025
- Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997, *National Farmer's Union*, asunto C-354/95, Rec. 1995, p. I-4559
- 1998 Sentencia del TJCE de 16 de junio de 1998, *Lemmens*, asunto C-226/97, Rec. 1998 p. I-3711
- Sentencia del TJCE de 29 de octubre de 1998, *Ibiynka Awoyemi*, asunto C-230/97, Rec. 1998, p. I-6781

- 1999 Sentencia del TPI de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission, dit «PVC II»*, asuntos reunidos T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. 1999, p. II-931
- Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Comisión c. Anic*, asunto C-49/92P, *Réc.* 1999, p. I-4125
- Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Montecatini*, asunto C-235/92 P, Rec. 1999, p. I-4539
- Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999, *Nunes y de Matos*, asunto C-186/98, *Réc.* p. I-4883
- 2000 Sentencia del TJCE de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, asunto C-292/97, *Réc.* 2000, p. I-2737
- Sentencia del TPI de 29 de septiembre de 2000, *International Potash Cie*, asunto T-87/98, Rec. 2000, p. II-3179
- 2001 Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2001, *Comisión c. Francia*, asunto C-333/99, Rec. p. I-1025
- 2002 Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2002, *Comisión c. Nea Energeiaki Technologia*, asunto C-416/98, Rec. 2002, p. I-1759
- Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, *Airtours*, asunto T-342/99, Rec. 2002, p. II-2585
- Sentencia del TPI de 4 de julio de 2002, *Arne Mathisen*, asunto T-340/99, Rec. 2002, p. II-2905
- Sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-06677
- Sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 2002, *Grundig Italiana*, asunto C-255/00, Rec. 2002, p. I-80035
- 2003 Sentencia del TJCE de 16 de enero de 2003, *Annie Pansard*, asunto C-265/01, Rec. 2003, p. I-683
- Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, *Gözütok et Bruügge*, asuntos reunidos C-187/01 y C-385/01, Rec. 2003, p. I-1345
- Sentencia del TPI de 19 de marzo de 2003, caso *CMA CGM y otros*, asunto T-213/00, Rec. 2003
- Sentencia del TJCE de 10 de junio de 2003, *Comisión c. Banco Europeo de Inversiones*, asunto C-15/00, Rec. 2003, p. I-7281
- Sentencia del TJCE de 10 de junio de 2003, *Comisión c. Banco Central Europeo*, asunto C-11/00, Rec. 2003, p. I-07147
- Sentencia del TPI de 9 de julio de 2003, *Kyowa*, asunto T-223/00, Rec. 2003, p. II-2553
- Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01,

- Réc. 2003, p. I-8913
- Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-176/2003, Rec. 2005, p. I-7879
- Sentencia del TJCE de 28 de septiembre de 2003, *Volkswagen AG*, asunto C-338/00 P, Rec. 2003, p. I-9189
- 2004 Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland*, asunto C-204/00 P, Rec. 2004, p. I-123
- 2005 Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2005, *Silvio Berlusconi - Sergio Adelchi - Marcello Dell'Utri e a.*, asuntos reunidos C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. 2005, p. I-3565
- 2006 Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, asunto C-436/04, Rec. 2006, p. 2333
- Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2006, *Archer Daniels Midland Company*, asunto C-397/03, Rec. 2006, p. I-4429
- Sentencia del TPI de 14 de diciembre de 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros*, asuntos reunidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. 2006, p. II-5169
- 2007 Sentencia del TJCE de 8 de marzo de 2007, *Roquette Frères*, asunto C-441/05, Rec.2007, p. I-1993
- Sentencia del TJCE de 8 de febrero de 2007, *Grupo Danone c. Comisión*, asunto C-3/06 P, Rec. 2007, p. I-01331
- Sentencia del TJCE de 10 de mayo de 2007, *SGL Carbon AG c. Comisión de las Comunidades europeas*, asunto C-328/05 P, Rec. 2007, p I-3921
- Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 2007, *Comisión c. Consejo*, asunto C-440/05, Rec. 2007 p. I-09097
- Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, *Pipeline Méditerranée et Rhône*, asunto C-314/06, Rec. 2007, p. I- 12273
- 2009 Sentencia del TPI de 28 de enero de 2009, *Centro Studi Antonio Manieri, Srl*, asunto T-125/06, *no publicada*

C.3. Jurisprudencia interna

- 1983 Sentencia del TC 77/1983, de 3 de octubre, BOE núm. 266, de 7 de noviembre de 1983
- 1984 Sentencia del TC 75/1984, de 27 de junio, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1984
- 1986 Sentencia del TC 66/1986, de 23 de mayo, BOE núm. 144, de 17 de junio de 1986
- 1988 Sentencia del TC 239/1988, de 14 de febrero, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989

- 1991 Sentencia del TS de 30 de enero de 1991, RJ 1991\469
Sentencia del TS de 5 de noviembre de 1991, RJ 1991\7948
Sentencia del TS de 3 de diciembre de 1991, RJ 1991\8964
- 1992 Sentencia del TC 95/1992, de 11 de junio, BOE núm. 169, de 15 de julio de 1992
- 1993 Sentencia del TS de 24 de febrero de 1993, RJ 1993\1530
Sentencia del TS de 9 de marzo de 1993, RJ 1993\2547
- 1995 Sentencia del TC 164/1995, de 13 de noviembre, BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1995
- 1998 Sentencia del TS de 25 de febrero de 1998, RJ 1998\1193
- 2000 Sentencia del TC 276/2000, de 16 de noviembre, BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2000
Sentencia del TS de 18 de diciembre de 2000, RJ 2000\10664
- 2001 Sentencia del TS de 19 de febrero de 2001, RJ 2001\368
Sentencia del TS de 10 de octubre de 2001, RJ 2001\8554
Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2001, RJ 2002\2033
- 2002 Sentencia del TS de 30 de abril de 2002, RJ 2002\6839
Sentencia del TS de 26 de octubre de 2002, RJ 2002\10067
Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2002, RJ 2003\546
- 2003 Sentencia del TS de 3 de enero de 2003, RJ 2003\782
Sentencia del TS de 28 de febrero de 2003, RJ 2003\2451
- 2005 Sentencia de la AN de 2 de febrero de 2005, JUR 2008\357009
Sentencia del TS de 3 de febrero de 2005, RJ 2005\6665
- 2006 Sentencia del TS de 6 de octubre de 2006, RJ 2006\8006
Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2006, RJ 2006\9505

C.4. Otras

- 1998 Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 23 y 24 de marzo de 1988, asunto 364/1988, *Gazzeta Ufficiale, 1ª Serie Speciale Corte Costituzionale* nº 13, de 30 de marzo de 1988
- 2002 Cámara de Derechos Humanos para Bosnia Herzegovina, *Boudellaa y otros c. Bosnia*

Herzegovina y la Federación de Bosnia Herzegovina (11 de octubre de 2002, Nos. CH/02/8679, CH/02/8689, CH/02/8690 & CH/02/8691)

D. Otras fuentes

<http://buscon.rae.es>

<http://consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1&lang=es>

<http://curia.europa.eu>

<http://dialnet.unirioja.es>

<http://ec.europa.eu>

http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.html

http://eca.europa.eu/portal/page/portal/eca_main_pages/home

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://europa.eu>

<http://noticias.juridicas.com>

<http://trobes.uv.es>

<http://www.boe.es>

<http://www.cepc.es>

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>

<http://www.ecb.int/ecb/html/index.es.html>

<http://www.echr.coe.int/echr>

<http://www.eib.europa.eu>

<http://www.europarl.europa.eu/parliament.do?language=es>

<http://www.iustel.com>

<http://www.realinstitutoelcano.org>

<http://www.ucm.es>

<http://www.westlaw.es>