

## EL DERECHO PENAL ECONOMICO EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Klaus Tiedemann

Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 50, año 1993, Lima p. 417 – 436.

Traducción realizada por Adán Nieto Marín del alemán (Universidad de Castilla-La Mancha). Universidad de Freiburg in Breisgau (Alemania).

### (p. 417) I. INTRODUCCION

Durante décadas el Derecho comunitario y los derechos penales nacionales se han ignorado mutuamente. La opinión mayoritaria, ayer y hoy, alega, para rechazar la posibilidad de un *ius puniedi* propio de la Comunidad europea que los Estados miembros, al firmar los Tratados, no renunciaron a este sector de su soberanía<sup>1</sup>. Con este argumento es suficiente tanto para la praxis alemana, como la ciencia, para fundamentar la referida carencia. En este aspecto, tan sólo tiene relevancia la cooperación policial entre los Estados miembros, la cual, además, no queda limitada al círculo de los países comunitarios<sup>2</sup>.

**(p. 418)** Para que ésta situación cambiase de raíz, se necesitó una decisión del TJCE, la que se produjo el 21-9-89<sup>3</sup>, en el denominado "escándalo del maíz griego". El caso se produce ante la tolerancia de la administración nacional, 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 (art. 5 del TCEE), la obligación de cada país miembro, en este caso la República helénica, de proteger penalmente los intereses comunitarios de igual modo que los intereses nacionales, así como de reprimir sus infracciones con el mismo celo y energía.

### II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO PENAL

La falta de un Derecho penal propio por parte de la Comunidad europea se extiende tanto a lo que se conoce como "*jurisdiction to prescribe*" como a la "*jurisdiction to enforce*"<sup>4</sup>. La comunidad ni puede crear tipos penales ni sus órganos pueden imponer sanciones. De este modo, durante mucho tiempo la atención tanto de la jurisprudencia comunitaria como de los jueces penales especialmente británicos, daneses, franceses e italianos ha recaído sobre los efectos indirectos del Derecho comunitario sobre el penal.

#### 1. LOS EFECTOS INDIRECTOS

Denominamos efectos indirectos a las relaciones entre el Derecho comunitario, tanto primario como derivado, y el económico estatal, en sentido amplio. Suele acontecer cuando en el transcurso de un

---

<sup>1</sup> En resumen, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, II, 1976, pág. 216, con referencias; antes BGHST 25, pág. 190 (193 y ss.). También en NJW 1973, pág. 1562: OEHLFR, voz «EG-Strafrecht» en KREKELER/TIEDEMANN/ULSENHEEMER/WEINMANN, *Handwörterbuches Wirtschafts- und Steuerstraf*, 1985, SGUBBI, voz «Diritto penale comunitario», en *Dig. it. delle dottrine penalistiche* (4a. ed.), 1990, IV, pág. 90 y ss., con un resumen de los fracasados intentos de ampliación.

<sup>2</sup> Vid. JESCHEK, en *Festschrift für Jhong-Won Kim*, 1991, pág. 955 y ss.; MÜLLER-RAPPARD/BASSIOUNI, *European Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, 1987, passim: VOGLER, *Jüra*, 1992, 588 y ss. Respecto a las perspectivas del futuro, ESER en *Bundeskriminal Verbrechenbekämpfung in europ. Dimension*, 1992, pág. 32.

<sup>3</sup> Rec. 1989, pág. 2965, también en NJW 1990, pág. 2245; EuZW 1990, pág. 99, con anotación de TIEDEMANN, *Vid.*, por el contrario, el asunto «Amsterdam Bulb», Rec. 1997, pág. 137 (150), también NJW 1977, pág. 1009. En donde se indicaba: «el art. 5 del TCEE deja a los Estados la elección de las medidas apropiadas, lo cual comprende incluso la elección de sanciones penales».

<sup>4</sup> Vid. TIEDEMANN, NJW 1979, pág 1852.

procedimiento, los jueces penales elevan una cuestión prejudicial ante el TJCE con el fin de interrogarle, acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma del Derecho económico protegida penalmente<sup>5</sup>. La jurisprudencia del Tribunal europeo recaída al contestar cuestiones prejudiciales (art. 177 del TCEE), tiene como cometido **(p. 419)** inmediato interpretar el Derecho comunitario (directivas, etc.) y no el Derecho penal nacional.

El influjo del Derecho comunitario en el Derecho penal nacional es en este aspecto sólo indirecto, ya que no se ejerce ni sobre la amenaza penal en sí, ni sobre la sanción a imponer, sino que se centra en los mandatos o prohibiciones que se contienen en el Derecho económico y que están en la base de la sanción y en el tipo penal en cuanto describe la infracción de la norma. Tiene, a este respecto, especial importancia la diferencia entre normas de comportamiento, que van dirigidas a los ciudadanos, y la norma sancionadora que va dirigida al juez penal o a la administración.

Metodológicamente es importante aclarar la amplia diferencia existente entre una ineficacia o una inaplicación de la norma penal nacional, como consecuencia de su contrariedad con el Derecho comunitario<sup>6</sup>, debido a su carácter superior o al mandato de *stand-still*<sup>7</sup> y la obligación, importante, de interpretación del Derecho nacional conforme a las directivas comunitarias<sup>8</sup>, obligación que se desprende también del principio de lealtad comunitaria. Un ejemplo, de este supuesto lo proporciona la jurisprudencia del TS alemán, al respecto del derecho penal medio ambiental. El concepto de desecho, en el momento en el cual producen los hechos, fue interpretado de acuerdo con la Directiva comunitaria relativa a los residuos y la jurisprudencia del TJCE, en el sentido de que debían incluirse dentro de este concepto los residuos susceptibles de ser reutilizados, al tener que ser reciclados<sup>9</sup>. El ejemplo muestra como debido a la falta de separación entre la norma de comportamiento, situada en el Derecho económico, y el tipo penal, los elementos de éste pueden ser influidos por el Derecho comunitario. Lo mismo podría ser válido, por lo demás, para la determinación de las obligaciones de cuidado en los delitos imprudentes<sup>10</sup>.

## **(p. 420) 2. INFLUENCIA DIRECTA**

a) Una influencia directa del Derecho comunitario sobre el Derecho penal nacional existe, en primer lugar, de modo negativo, y su influjo se cierne sobre la amenaza legal y sobre la sanción impuesta en un caso determinado. El legislador, en virtud del principio de lealtad comunitaria, no puede crear un Derecho penal que vaya contra el Derecho comunitario. En este sentido, puede considerarse la sanción y la sentencia recaída como desproporcionado a tenor del principio de proporcionalidad comunitario<sup>11</sup>, al socavar profundamente alguna de las libertades comunitarias básicas o restringir la libre circulación de mercancías<sup>12</sup>. La condición para que se produzca este efecto es que la competencia, en el sector jurídico en el que se producen los hechos, sea compartida (*unterfallen*) por el legislador comunitario.

b) La incidencia del Derecho comunitario es también cuando éste remite al Derecho penal nacional, ampliando el campo de aplicación del tipo penal. Así ocurre, por ejemplo en el art. 27 del Protocolo del Tribunal de justicia CEE, al igual que en el art. 28 del Protocolo referente al Tribunal CECA, que remite al derecho penal nacional para el castigo del falso testimonio.

En todos estos supuestos la Comunidad ha conseguido una asimilación de sus intereses con los de los Estados miembros. No es, sin embargo, seguro, que la Comunidad disponga de competencias para

---

<sup>5</sup> Un resumen, en especial, de la praxis francesa e italiana en BIANCARELLI, *Revue de Science criminelle*, 1987, pág. 131 y ss.; DELMAS MARTY, *Droit pénal des affaires*, (3 ed.) (1990), 1, pág. 30 y ss.; PEDRAZZI, en UNIVERSITA DI PARMA (Hrsg.), *Droits communautaire et Droit pénal*, 1981, pág. 64 y ss.

<sup>6</sup> Vid. BGHST 37, pág. 168 (175) y NJW 199 1, pág. 435.

<sup>7</sup> Así, especialmente, LUTTER, JZ 1992, pág. 606. Acerca del tratamiento del error sobre la corrección de un balance TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, pág. 200 y ss.

<sup>8</sup> Vid., recientemente GOOTZ, NJW 1992, pág. 1853 y ss., con referencias.

<sup>9</sup> BGHST 37, pág. 333 (336) y NJW 1991, pág. 1621, 885 y as, con anotación de HORN.

<sup>10</sup> Sobre ello THOMAS, NJW 1991, pág. 2237 con ejemplos.

<sup>11</sup> Vid. STJCE «Casati», Rec. 1981, pág. 2595 (2618) y NJW, 1982, pág. 504; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1988, 1, pág. 661 y ss.

<sup>12</sup> STJCE «Watson» Rec. 1976, pág. 1185 y AUV 1976, pág. 2027; «Doncerwolcke» Rec. 1976, pág. 1921 y NJW 1978, pág. 1007; «Rivoira» Rec. 1977, pág. 226 y NJW 1978, pág. 1103; «Redmond» Rec. 1978, pág. 234 y NJW 1979, pág. 1033. «Casati» Rec. 1981, pág. 2595 y NJW 1982, pág. 504; DELMAS-MARTY (nota 5) pág. 34 y ss.; DÉCOCQ, en UNIVERSITA DI PARMA (nota 5) pág. 19 y ss.

realizar éste tipo de remisiones, diferentes a aquellas en las que, como por ejemplo en el caso del art. 194 del TEEA, la remisión se realiza mediante un Tratado de derecho internacional. El legislador comunitario, en el derecho secundario, sólo en muy raras ocasiones ha hecho uso de esta posibilidad. Pues, a la postre, supone que el Derecho comunitario, mediante la extensión del tipo penal, o declarando su expresa aplicación, establece un nuevo Derecho penal<sup>13</sup>. No plantea dudas, empero, la posibilidad de que, de acuerdo con el principio de lealtad comunitaria, los jueces nacionales realicen una **(p. 421)** interpretación extensiva de los tipos penales y, por ejemplo, comprenden en conceptos como el de “fondos públicos” (§ 264 VI StGB), las subvenciones pagadas directamente por la Comunidad.

c) Una influencia directa existe, igualmente por la asimilación de bienes jurídicos nacionales y comunitarios que como dijimos en la introducción, resulta ya de la obligación de protección implícita al principio de lealtad comunitaria. Esta obligación puede ser hecha valer mediante un recurso por incumplimiento -art. 169 TCEE- ante el Tribunal de justicia, como acaeció en el asunto del 'maíz griego'. En el caso de fraude a los intereses financieros la obligación se ha establecido expresamente en el art. 209a 1 del Tratado de Maastricht, previsión que sólo tiene valor declarativo a la vista de la jurisprudencia que venimos comentando. No está aún cerrado, qué intereses deben proteger penalmente los Estados miembros, a parte de los financieros y los judiciales.

En todo caso la obligación de asimilación deja gran libertad al legislador nacional. Este incluso podría otorgar una protección penal deficiente o, incluso, rechazando la utilización del Derecho penal, utilizar una sanción administrativa pecuniaria o cualquier otra sanción administrativa. No obstante, en el asunto del 'maíz griego' el Tribunal ha restringido de modo significativo esta libertad. Esta jurisprudencia se sitúa en el envés de la emitida al respecto de los efectos indirectos, mientras que en ésta última contempla el Tribunal las relaciones entre el derecho económico y el comunitario desde un punto de vista negativo y sirve a la protección de los ciudadanos la exigencia de que la protección penal de las prohibiciones y mandatos ha de ser eficaz y adecuada -no desproporcionado-, en relación a la protección de los intereses financieros reclama que las sanciones nacionales sean “eficaces (efectivas), adecuadas (proporcionales) y disuasorias”. Esta restricción de la libertad de decisión del legislador nacional, no impide que en sus manos quede un cierto margen de apreciación, para considerar una determinada amenaza penal como eficaz y disuasiva, por ejemplo, puede decidirse por emplear sanciones administrativas pecuniarias y no multas penales. Esta prerrogativa de apreciación es, por otro lado, inviable, pues en la actualidad no contamos con ningún medio empírico adecuado para medir la efectividad de una sanción<sup>14</sup>, e incluso, como apunta una nueva corriente criminológica, las sanciones pueden ser cambiadas, sin que su eficacia varíe su eficacia<sup>15</sup>. A pesar, no obstante, de la certeza de estas consideraciones, el legislador nacional debe, a tenor de lo indicado en el “*Mais-Urteil*” asegurar que la praxis sancionadora sea realmente efectiva y suficientemente disuasiva.

**(p. 422)** d) Fuera del Derecho pena], la Comunidad dispone de competencias para armonizar el derecho económico. Competencias que se derivan tanto de la autorización general, mencionada en la introducción, como de autorizaciones singulares (por ejemplo, el art. 118a del TCEE, respecto de la seguridad en el trabajo o el art. 57 II, referente a la “coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas”, basamento de la directiva sobre el blanqueo de capitales. Hasta la aprobación de las Directivas sobre “*insider trading*” y ‘blanqueo de dinero’, los intentos de] legislador comunitario, para que los ordenamientos nacionales sancionasen penalmente las infracciones de los mandatos o prohibiciones, habían sido muy discutidos v, finalmente, retirados por la Comunidad. Las versiones definitivamente aprobadas de éstas y otras nuevas directivas, declaran simplemente que los Estados miembros ‘establecerán las sanciones aplicables en caso de infracción’. No obstante, la directiva “*insider trading*” añade (art. 13) que “dichas sanciones deberán ser suficientes para incitar el respeto de tales disposiciones”. Asimismo la directiva sobre “blanqueo de capitales” habla, en su art. 14, de adoptar “las medias oportunas para garantizar la plena aplicación de todas las disposiciones de la presente Directiva”. Con ello se deja en manos del legislador estatal la elección del tipo de sanción y de su gravedad, pues tal como se indica en el art. 189. 111 del TCEE, las directivas deben dejar libertad en lo referente a la elección de la forma y los medios. Sin embargo, esta elección tiene, de nuevo,

<sup>13</sup> BRUNS, Der strafrechtliche Schutz der europäischen Marktordnungen für die Landwirtschaft, 1980, pág. 81, con referencias. Vid, también BGHSZ 27, pág. 181 (182) y NJW 1977, 1600; además THOMAS (nota 10)

<sup>14</sup> Cfr. TIEDEMANN, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht 1969, pág. 146, con referencias.

<sup>15</sup> Cfr. al respecto KAISER, Kriminologie (2 Aufl.). [1988]. pág. 895, también con referencias.

como límite la obligación de cooperación del art. 5 del TCEE. Desde el punto de vista de la lealtad comunitaria y en conexión con el principio de igualdad<sup>16</sup>, tanto nacional como comunitario, debe permitirse que el legislador estatal realice la protección requerida conforme a su sistema penal. En las directivas de las cuales nos venimos ocupando, el legislador comunitario ha determinado el contenido de la prohibición y el círculo de autores (por ejemplo, según el art. 2 de la Directiva sobre "insider trading" o "blanqueo de dinero": "los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales... quede prohibido"). Lo cual no significa otra cosa que la armonización no puede abarcar la determinación de la norma sancionadora<sup>17</sup>, pero sí la determinación de las prohibiciones y los mandatos. ya se encuentren éstos, como ocurre en el derecho penal accesorio, separados de la norma sancionadora o se integren en el tipo pena], como ocurre en los tipos del STGB. Con otras palabras y simplificando los términos: la imposibilidad de la Comunidad para emanar 'directivas penales' se encuentra no en el Derecho penal en su conjunto, ni tampoco sobre el tipo penal, sino que se centra en la determinación de la amenaza penal. Esta, a primera vista, banal (p. 423) distinción tiene una importancia capital, pues permite la armonización de los tipos sancionadores del Derecho penal económico, bajo la reserva de la función restrictiva, a la cual ya nos referimos en la introducción.

No es ninguna coincidencia que como consecuencia del "caso del maíz", la Decisión del Consejo de 13-11-91<sup>18</sup>, encargase a la Comisión, tan pronto como fuese posible, pero no después de la mitad de 1993, un estudio de derecho comparado acerca de los preceptos legales y administrativos de los Estados miembros con relación a la prevención y castigo de las prácticas fraudulentas, que suponen un daño para la Comunidad, "con el fin de aclarar que medidas deben ser tomadas...". La finalidad de esta declaración oficial no es sólo una asimilación a través de la inclusión de los intereses comunitarios en las normas penales, sino que también pretende su armonización en el interior de la Comunidad. No está claro si esta armonización puede llegar incluso a las sanciones, por una vía distinta a la de las directivas, mediante Reglamentos o mediante recursos por infracción. Las dificultades con que tropieza esta solución estriban no sólo en que la Comunidad carece de competencias penales, sino especialmente en la falta de un Parlamento democrático legislativo. Estas objeciones tienen razón. Únicamente podríamos reprocharles, que el fortalecimiento del poder de decisión del Parlamento europeo no significa necesariamente una actividad propia y únicamente parlamentaria. Además, el sistema del *Common Law* no conoce reservas legislativa, ni aún en el campo penal. A la vista de la crisis en que está sumido el modelo parlamentario tradicional, estas reservas pueden ser sustituidas por instancias administrativas legales con mayor grado de independencia. Por último, la competencia de dar instrucciones no es formalmente idéntica con la de crear derecho. Este problema global, relativo al sistema constitucional supranacional, no puede profundizarse más en éste lugar o ser cerrado totalmente.

e) Una armonización de los sistemas penales nacionales podría realizarse tal vez sobre la Parte general, como resultado del reconocimiento de los principios fundamentales del Derecho penal comunitario. En este sentido Cosson, en una de sus Crónicas, expresa su agradecimiento a la intervención del Derecho comunitario en la decisión de 5-12-83 de la Corte de casación francesa, en la que, al respecto de un caso de tráfico circular de productos químicos, se declaran inaplicables las presunciones, al respecto de la falsa procedencia de los productos, tradicionalmente incardinadas en el draconiano derecho penal aduanero francés<sup>19</sup>. En este caso se trata del principio de culpabilidad, especialmente conocido en el Derecho (p. 424) comunitario a través de las decisiones del TCJE, al respecto de la imposición de las sanciones administrativas comunitarias. Es, sin embargo, prematuro señalar que los principios sancionadores del Derecho comunitario, van a ser de aplicación sin más en el derecho pena] y sancionador administrativo nacional.

### 3. SANCIONES ADMINISTRATIVAS SUPRANACIONALES

Aun cuando la comunidad no dispone de competencias penales, si que posee competencias para establecer sanciones administrativas pecuniarias expresamente en el art. 87 del TCEE para el Derecho de la competencia y han sido previstas en otros preceptos del derecho primario y derivado, valga como

---

<sup>16</sup> Así STJCE «Cowan», Rec. 89. pág. 195 (220). También en NJW 19891 pág. 2183: SCHWARZE (nota 11), I, pág. 529. con referencias.

<sup>17</sup> En este sentido JOHANNES, EuR 1968, pág. 63 ss.

<sup>18</sup> DOCE n° C 32811 de 17-12-91.

<sup>19</sup> Rec. Dalloz 1984 Jurisprud., pág. 217 (218), con anotación de COSSON, así ya TIEDEMANN, en Festschrift für Jescheck, 1985, pág. 1434.

ejemplo el TCECA (arts. 65 párg. 5 y 66 párg. 6) y en la política de transportes (Reg. CEE n' 11/60, n° 1017/68, n° 4056/86 y n° 3975/87). La opinión dominante mantiene, además, que del art. 40 III y el art. 172 del TCEE se desprenden una competencia para crear sanciones pecuniarias administrativas en el sector pesquero y agrícola, aparte de otras medidas coactivas de naturaleza puramente administrativa<sup>20</sup>.

Estas sanciones administrativas supranacionales en el sector agrario y pesquero poseen la nota común de que son impuestas por instancias nacionales, las cuales tienen que aplicar el derecho comunitario y además los principios jurídicos desarrollados por la jurisprudencia del TJCE. Así, al hilo de esta función sancionadora, se realizará una pequeña armonización, la cual es ineludible y conveniente, pues las autoridades de los Estados miembros parten de distintas doctrinas acerca de la autoría y la participación, el estado de necesidad, el error etc. Sin embargo, como en la actualidad todavía muchos de los conceptos centrales del derecho penal no han sido definitivos, o no lo están aún claramente, por los órganos comunitarios y los Reglamentos específicos no hacen referencia a ellos en su totalidad, es comprensible y razonable que la Sección XX -control financiero- de la Comisión haya reflexionado, y en conexión con un proyecto de Reglamento ya publicado, haya codificado en un reglamento propio la Parte general de este derecho sancionador supranacional y los principios más relevantes del derecho procesal, como, por ejemplo, el *non bis in idem*. Esta normativa debería extender su validez, por decreto del Consejo de ministros, al respecto de las sanciones pecuniarias del derecho de la competencia y para el resto de sanciones.

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

#### **(p. 425) IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONADOR COMUNITARIO**

La Parte general, hasta la fecha no escrita, del derecho sancionador administrativo de la competencia y del TCECA, de una parte, así como del derecho agrícola y pesquero, de otra, conoce de un modo ya suficiente las garantías penales clásicas, especialmente el principio de legalidad y culpabilidad, que también son válidos en el caso de medidas, que buscan efectos semejantes a las penales, ya que independientemente de su denominación legal persiguen fines represivos. La aplicación de estos principios penales más allá del Derecho penal *strictu sensu*, se corresponde con la doctrina común del TEDH<sup>21</sup> y de los Tribunales constitucionales de Alemania, Francia y España<sup>22</sup>, y además con las leyes de contravenciones existentes en Italia, Portugal y Alemania<sup>23</sup>. En el Derecho comunitario tienen un expreso carácter punitivo las sanciones administrativas pecuniarias, y ello aunque el art. 15 del Reg. n° 17 y otros Reglamentos semejantes subrayen que las multas que contienen “no tienen carácter penal”<sup>24</sup>. De igual modo, debe ser considerada como una sanción administrativa pecuniaria, a pesar de que no existe una denominación expresa, el pago de una cantidad superior a la subvención concedida al lado de la devolución de la ayuda indebidamente pagada, contenida en el art. 3 del Reg. CEE no 2262/84 relativo a medidas especiales para el aceite de oliva<sup>25</sup>, a tenor del cual el productor debe “pagar una cantidad, que sea disuasiva y que guarde relación con el número de olivos declarados para la ayuda solicitada y los que existen auténticamente”. El TJCE, no obstante, de modo distinto al TEDH, mantiene la opinión tradicional, de que éste tipo de medidas se encuentran fuera del derecho criminal y deben ser calificadas como simples **(p. 426)** instrumentos administrativos. La no aplicación de las garantías penales puede originar aquí un nuevo conflicto entre el BVerfG y el TJCE.

<sup>20</sup> Cfr. TIEDEMANN, en Festschrift für Pfeiffer, 1988. pág. 114 y ss.; también STEBER. ZStW 103 (1991), pág. 972. Acerca de la doctrina de los «implied powers» en el derecho constitucional alemán, en relación con la Geldbusse, TIEDEMANN, AÖR 89 (1964), pág. 59 y ss.

<sup>21</sup> Publ. Serie A. Db. 22. 1977. §§ 80-82 «Engel»: Bd. 73, 1984. §§ 46-45, «Oztürk».

<sup>22</sup> Cfr. BACIGALUPO, Sanciones administrativas, 1991, pág. 19 y ss.; DELMAS-MARTY 1992, pág. 32 y ss.; con referencias; MARTY/TEITIGEN/COLLIN, Punir sans juger, 1992, pág. 32 y ss.; TIEDEMANN, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, pág. 15 y ss.

<sup>23</sup> Una panorámica del derecho comparado en DELMAS-MARTY, Revue Internationale de Droit Pénal, 1988, pág. 27 y ss.; PALIERO, Rivista trim. Diritto pubblico, 1980, pág. 1254 y ss.; SUAY RINCON, Sanciones administrativas, 1989, pág. 11 y ss.

<sup>24</sup> Así STJCE «ACF Chiemifarma N. V.». Rec. 1970, pág. 661 (703); «Buchler», Rec. 1970, pág. 733 (765); «Boehringer Mannheim GmnH», Rec. 1970 pág. 769 (881); «Pioneer», Rec. 1982. pág. 1825 (1905); WINKLER, Die Rechtsnatur der Geldbusse im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 1971; vid. además SCHROTH, Economic Offences in EEC Law, 1982 (sobre ello TIEDEMANN, ZStW 102 (1990), pág. 98 y ss.).

<sup>25</sup> DOCE n° L 208111 de 3-8-84.

## 1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio "*nullum crimen, nulla poenitentia sine lege*" (art. 8 de la Declaración francesa de 1789 de Derechos del hombre y art. 103 GG) se encuentra con dificultades en el Derecho comunitario derivado, como consecuencia de que el 'legislador' es en la Comunidad un órgano que pertenece a lo que usualmente designamos como ejecutivo. Las críticas contra esta falta de fundamento democrático han ido en aumento últimamente<sup>26</sup> y la situación puede remediarse o mitigarse en el futuro, a través de una mayor participación del Parlamento Europeo en el ámbito sancionador.

Tiene relevancia práctica en la actualidad el principio de 'creación legal' en el ámbito comunitario, con la promoción de *lex scripta* como principio de la sanción, pues supone que cada intervención en los derechos fundamentales y, en consecuencia, la imposición de sanciones debe encontrar fundamento en el texto de un Reglamento<sup>27</sup>. Dos corolarios del principio de legalidad han preocupado siempre al TJCE: que el 'legislador' introdujera o agravara mandatos o sanciones con efecto retroactivo y que el juez o bien la administración, cuando actúa como órgano sancionador, respetaran la prohibición de analogía.

a) El principio de irretroactividad aparece en la jurisprudencia del TJCE y en las decisiones de la Comisión como un principio del derecho penal, vigente en todo el ámbito comunitario y como un Derecho fundamental de los ciudadanos<sup>28</sup>. En su caso de 13-11-90 (Fedesa)<sup>29</sup> el Tribunal ha declarado al igual que ya lo hiciera anteriormente en un asunto referente al régimen de cuotas que excepcionalmente está permitido la retroactividad de las normas extrapenales, subrayando sin embargo, que este efecto no queda permitido para las sanciones con carácter punitivo. Hecho que (p. 427) provoca una "disociación" en la uniformidad del campo de validez de normas extrapenales.

b) Especial mitemo pone el Tribunal en la afirmación de la prohibición de la analogía, que se corresponde con el principio tradicional francés de deber de interpretación restrictiva. En la praxis del Derecho de la competencia -art. 85 y 86 TCEE- el principio se evidencia en que sólo son sancionadas las prácticas graves que han sido ya señaladas como claramente prohibidas<sup>30</sup>.

Particularmente en el sector agrario el Tribunal da muestra de ser partidario de una interpretación literal respecto de los términos de las tarifas aduaneras, con lo que da totalmente cabida a las aspiraciones de los procesados<sup>31</sup>. Este hecho facilita, sin embargo, el fraude de ley y otro tipo de irregularidades, las cuales se previenen en el Derecho alemán a través de cláusulas legales, que declaran necesario constatar la intención de los autores, ya que el fraude de ley se corresponde estructuralmente con la analogía, pues al igual que en ésta, y de forma distinta a lo que ocurre en la simulación, traspasa el tenor literal posible<sup>32</sup>. El Tribunal de justicia busca a través de la interpretación teleológica y de un amplio concepto de simulación, semejante al que existe en el Derecho francés, impedir los casos más graves, como, por ejemplo, rechazar que ha existido una exportación hacia un país tercero cuando las mercancías han sido acto seguido reintroducidas<sup>33</sup> o en el caso de subvenciones a la exportación de alimentos para cerdos, haber utilizado en el preparado la substancia subvencionada en una ínfima cantidad<sup>34</sup>. O cuando se fabricó, tan sólo con el fin de obtener una subvención, una incomible mayonesa dietética, la cual consiguió, al ser importada, una tarifa más baja, la de los condimentos, 21.04, o en todo caso la 21.07, que se refiere a los preparados alimenticios, resultando imposible su inclusión como grasa de mantequilla (p. 428) (*Butterfett*)<sup>35</sup>. La ya mencionada resolución del Consejo de 1-3-11-1991

<sup>26</sup> BRUNS (nota 13), pág. 90; JESCHECK en LK (1 1 Aufl.), (1992), Einl. Rdnr., pág. 107; RUPP, ZRP 19901 pág. 3.

<sup>27</sup> STJCE «Grondgrand Frères» Rec. 1981, pág. 1931 (1942); «Köneck» Rec. 1984, pág. 3291 (3302).

<sup>28</sup> «Kirk» Rec. 1984, pág. 2689 (2718); «Fedesa» Rec. 1990, I, pág. 4023 y en EuZW 1991, pág. 123.

<sup>29</sup> Rec. 1990, pág. 4023 y EuZW 1991, pág. 123; sobre las decisiones anteriores BIANCARELLI (nota 5) pág. 345 y ss., con referencias.

<sup>30</sup> DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis, 1989. pág. 345 y ss., con referencias.

<sup>31</sup> Por todas, sent. «Biegi» Rec. 1979, pág. 1103 (1120, 1126). «Anglo Irish Meat» Rec. 1981, pág. 2263 (2281 y ss.).

<sup>32</sup> TIEDEMANN, voz «Umgehung», en Handwörterbuch (nota 1), con referencias.

<sup>33</sup> «Reihmühlen Düsseidorf» Rec. 1971, pág. 823 (828 y ss., 834 y ss.); «Töfer» Rec. 1981, pág. 2465.

<sup>34</sup> «Cremer» Rec. 1977, pág. 1593 (1605 y ss.).

<sup>35</sup> Cfr. «Siemers» Rec. 1971, 919 (929), así GÜRSKI en TIEDEMANN (Hrsg.), Die Verbrechen in der Wirtschaft, (2 Aufl.) (1972), pág. 36. Acerca de la exportación de una salchicha no comestible, «Müras» Rec. 1973, pág. 693 (974 y ss.).

indica, con razón, al respecto que ya en los años setenta presentó a la Comisión un Proyecto con el fin de atajar los casos de fraude de ley y simulación, en el cual se formulaban modernamente, y que debían incorporarse, incluso en caso de necesidad, mediante una modificación de los Tratados, ya que es manifiesto que el derecho inglés desconoce estas figuras<sup>36</sup>.

## 2. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

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

En el Derecho comunitario, al respecto de las infracciones del TCECA, la Comisión ya en los años ochenta mantenía todavía que era superflua la prueba de la culpabilidad individual. Mientras que, por el contrario, el TJCE, lo más tarde en el caso Thyssen<sup>37</sup>, declaraba la necesidad de constatar la culpabilidad.

Esta exigencia, en el campo del Derecho de la competencia viene dada a los órganos comunitarios por el art. 15 I y II del Reg. n° 17 en el cual se declara que para la imposición de una sanción es necesario el dolo o la negligencia. En la praxis, frecuentemente, al TJCE le ha bastado con la declaración de que existía “al menos negligencia”, dejando de lado la constatación del dolo, incluso a la hora de calcular la sanción. Esta equiparación del dolo y la imprudencia debe ser aclarada dentro de la singularidad de este sector jurídico, en el cual, como en general ocurre en el Derecho penal económico, no nos encontramos tanto ante delitos materiales (p. 429) como ante infracciones de un deber, así sucede, por ejemplo, en el parágrafo 216 del STGB, donde se equiparan también el dolo y la imprudencia. Lo anterior viene a corresponderse incluso con el concepto procesal de hecho manejado por el TJCE, el cual es un concepto normativo y no fáctico-histórico<sup>38</sup>.

## 3. ERROR

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

Lo anterior no dependía únicamente del carácter coactivo policial del antiguo derecho penal administrativo, sino que también era relevante la preocupación declarada de que el reconocimiento del error de derecho dejaría al buen criterio de los ciudadanos la validez del mismo. La separación (alemana) entre antijuricidad y culpabilidad hace esta preocupación innecesaria, teórica y prácticamente.

Las nuevas codificaciones del derecho sancionador administrativo, sucesoras de antiguas teorías del derecho penal administrativo, se apoyan en la categoría y reglas penales.

En Portugal, el Decreto Legislativo n° 433 del 27-10-82 sobre contravenciones acoge la teoría del dolo (art. 8 11), anteriormente también válida en la doctrina alemana para el campo de las contravenciones.

En el derecho comunitario la Comisión, el Tribunal y los Abogados generales se han encontrado con todas las clases imaginables de error, pues la alegación del error es una de las que con más frecuencia se utilizan en el Derecho penal económico. Es inútil para los procesados, en cuanto pueden ser sancionados por imprudencia, alegar que el desconocimiento de estar realizando el tipo, también en el Derecho comunitario, excluye el dolo o que éste debe abarcar, además del conocimiento de los hechos, su sentido social<sup>39</sup>. La evitabilidad del error cualquiera que sea su modo, es, en consecuencia, una

<sup>36</sup> GÖTZ, en BÖRNERIBULLINGER (Hrsg.), Subventionen im Gemeinsamen Markt, 1978. pág. 405

<sup>37</sup> “Thyssen/Comisión” Rec. 1983, pág. 3271 (3740).

<sup>38</sup> Cfr. TIEDEMANN, ZStW 102 (1990), pág. 117.

<sup>39</sup> DANNECKERIFISCHER-FRrSCH (nota 29), pág. 280 y HILDEBRANDT, Der Irrtum im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1990, pág. 76 y ss., con referencias.

categoría de suma importancia. La no imposición de sanción alguna, como consecuencia de que el error inevitable excluye la culpabilidad<sup>40</sup>, evidencia tanto que el Derecho (p. 430) comunitario reconoce este principio, como que el error evitable da lugar a una aminoración de la sanción.

El error de derecho -error de prohibición- es sólo inevitable, de modo similar a lo que ocurre en los derechos belga, holandés e Italiano, si se debe a una información falsa o equivocada de la Comisión. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso "Pfeifer & Langen"<sup>41</sup>. De igual modo, se admite cuando la Comisión ha tolerado durante mucho tiempo un comportamiento antijurídico, creyendo el procesado, en consecuencia, que su comportamiento era lícito. En el asunto "Ferriere di San Carlo"<sup>42</sup>, podemos encontrar un ejemplo de esto último. Las empresas de terceros Estados deben, por lo demás, informarse acerca de la reglamentación existente en el mercado común<sup>43</sup>. Es irrelevante la creencia de que se actúa bajo una causa de justificación, como, por ejemplo, que sea permitida una restricción de la competencia como defensa ante prácticas de *dumping*<sup>44</sup>.

#### 4. CAUSAS DE JUSTIFICACION Y DE EXCULPACION

De nuevo, en correspondencia con la tradición francesa, el Derecho comunitario no conoce la separación entre la antijuricidad y la culpabilidad. Este hecho conduce a una falta de argumentos al discutirse las causas, que excluyen la punibilidad. Además, nuestra exposición será breve<sup>45</sup>, ya que las causas de justificación, como por ejemplo la legítima defensa o el estado de necesidad, no han llevado en ningún caso hasta la exención de responsabilidad. Dejando de lado la poca verdad que suelen encerrar las alegaciones de las defensas, en el derecho de la competencia las situaciones especiales que pueden dar lugar a casos de legítima defensa o estado de necesidad, pueden ser hechas valer mediante un proceso formal ante la Comisión, a través de la información y consiguiente dispensa de sanción. En el sistema de cuotas de producción de acero los casos que se producen presentan la particularidad, de que este sistema se pone en marcha para superar las situaciones de crisis del mercado y debe servir como advertencia de la dificultad de la situación (p. 431) económica para que las empresas afectadas que se encuentran con mayores reservas. Como el legislador comunitario en su regulación tomó ya en consideración la situación del mercado y además prevé un procedimiento específico para que puedan ser tenidas en cuenta, podemos decir que, en definitiva, por regla general únicamente van a provocar situaciones de justificación o disculpa peligros que provengan de fuera del mercado.

a) En un principio, en la jurisprudencia del TJCE la legítima defensa no es definida con claridad, al ser introducidos en su configuración criterios pertenecientes al estado de necesidad, tal como éste es aplicado en la mayoría de los ordenamientos estatales. Así desde el punto de vista del derecho alemán (§§ 32 11 STGB, 15 II OWIG) no puede aceptarse la introducción del principio de proporcionalidad.

De la extensa práctica comunitaria interesa destacar, que la legítima defensa no es de aplicación contra actos antijurídicos de la Comisión y que tampoco se admite la defensa contra prácticas ilícitas de *dumping*. En ambos casos se considera que deben observarse los cauces como medio adecuado<sup>46</sup>.

b) El estado de necesidad fue alegado en el ya mencionado caso de las "cuotas de acero", con el fin de justificar los excesos de producción. El Tribunal desde el primer asunto, en el caso "Valsabbia", ha rechazado esta alegación ya que no han existido peligros de liquidación para las empresas<sup>47</sup>.

El Tribunal ha extendido, en el caso "Pioneer"<sup>48</sup>, al Derecho de la competencia la necesidad de que exista un peligro concreto que amenace la existencia de la empresa, agregando además, que la comisión de la contravención debe ser el único medio para conjurar el peligro. Su aceptación depende, por lo demás y en consonancia con el principio de libre competencia, como se subraya, entre otros, en

<sup>40</sup> Decisión de la Comisión «Papel de pagamento» 78/252/CEE, DOCE, n° L 70/54/64.

<sup>41</sup> "Suiker Uni/Comisión" Rec. 1975, p. 1663 (2026).

<sup>42</sup> "Ferriere di San Carlo" Rec. 1987, pág. 4435 (4449 y ss.).

<sup>43</sup> Vid. por todas Decisión de la Comisión 85/202/CEE, DOCE n° L 85/14, 25. Así DANNECKER/FISCHER-FRITSCH (nota 29) pág. 282 y ss.

<sup>44</sup> Decisión Comisión 86/6/7/CEE, DOCE n° L 376/21, 27.

<sup>45</sup> Ampliamente WAGEMANN, *Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1992, pág. 87 y ss.

<sup>46</sup> STJCE "Pioneer", Rec. 1983, pág. 1825 (1901 y ss.).

<sup>47</sup> "Valsabbia I", Rec. 1980, pág. 907; ulteriormente "Zinz Produocer group", Decisión de la Comisión 84/405/CEE DOCE n° L 92/1, así como "Meldoc", 86/596/CEE DOCE n° L 249/50, 62.

<sup>48</sup> STJCE "Pioneer", Rec. 1983, pág. 1825 (1901 y ss.);

el caso “ Klöckner ”<sup>49</sup>, de que la empresa no haya contribuido con su propio comportamiento a la situación de dificultad. Es por tanto evidente, el por qué no se ha justificado el comportamiento de ninguna empresa como consecuencia de la alegación de estado de necesidad. La Comisión otorga incluso un valor menor a la existencia de una determinada empresa que a la existencia de todas las empresas en el mercado. No se corresponde la ponderación de bienes e intereses realizada por el Tribunal, con el derecho alemán al respecto de la causa de justificación de los parágrafos 34 STGB y 16 OWIG. El último de los criterios empleado sí que es conocido por el estado de necesidad (*état de nécessité*) en el Derecho francés y, según la concepción alemana, se corresponde mejor con el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB).

c) En estas circunstancias la fuerza mayor, que no posee carácter penal, adquiere una gran relevancia práctica, en el derecho penal la imposibilidad de acción o de actuar de otro modo excluye ya la tipicidad. En el Derecho comunitario la *vis maior (force majeure)* procede el régimen de cauciones, que, como hemos indicado, asegura el sistema de exportación e importación de productos agrícolas<sup>50</sup>.

En más de cuarenta decisiones el Tribunal ha utilizado este camino de la fuerza mayor. En un primer momento, en el sector agrícola y, más tarde, en el sistema de cuotas de acero, en el derecho de transportes y en el de la competencia. En la jurisprudencia aún no ha quedado claro, y en este asunto andan también divididas las opiniones de los Abogados generales, si nos encontramos ante una causa de justificación o ante una aplicación del principio de proporcionalidad comunitario<sup>51</sup>.

Con más detalle, podemos distinguir entre una noción estricta y otra amplia de fuerza mayor. La primera exige la absoluta imposibilidad, mientras que la segunda se orienta más en la dirección de exigir que se actúe con el cuidado exigido a un comerciante prudente y juicioso. "jurisprudencia del Tribunal, según el sector, ha oscilado entre ambos conceptos. En la actualidad, se vuelca más hacia el concepto amplio, admitiendo la fuerza mayor, cuando se actúa bajo circunstancias desacostumbradas e imprevisibles, de cuyo influjo el procesado no ha podido sustraerse y sólo podría haber evitado pagando un precio desproporcionado<sup>52</sup>.

La fuerza mayor así entendida puede tener una gran importancia para aquellos estados en los cuales existe responsabilidad penal de modo independiente a la culpabilidad. Al mismo tiempo, la fórmula acuñada puede tener valor en los

**(p. 433)** ordenamientos penales como concreción, en futuros desarrollos, de la medida de culpabilidad de la imprudencia.

#### 4. AUTORIA Y PARTICIPACION

Varias contravenciones contra el derecho comunitario presentan la característica de delitos especiales, por lo que sólo pueden ser cometidos por determinado círculo de autores -por ejemplo, en el art. 86 del TCEE, es necesario ostentar una posición dominante en el mercado-. No se sabe bien, a la vista de la jurisprudencia del TJCE, si aparte de los autores pueden ser también sancionados otras personas como partícipes (inductores, cómplices). El partícipe no realiza por sí mismo ninguno de los comportamientos típicos y no existe en el derecho comunitario cláusulas de extensión de la punibilidad, como las existentes en los parágrafos 26, 27 STGB y 14 OWIG. En el caso “Gussglas in Italien”<sup>53</sup>, la Comisión consideró partícipe en un acuerdo restrictivo de la competencia a una empresa de servicios que suministró una serie de datos. El acuerdo con esta empresa, por parte de las firmas italianas y francesas, era una parte totalmente independiente del acuerdo restrictivo. En consecuencia, la empresa de servicios no debía haber sido objeto de sanción alguna. Un acuerdo contrario al art. 85 sólo es posible entre empresas que compitan, ofertando o demandando, en el mercado en cuestión<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> “Klöckner-Werke/Comisión”, Rec. 1983, pág. 4134 (4148 y ss.)

<sup>50</sup> Cfr., por ejemplo, Art. 8 del Reg. CEE n° 87/62, Art. 6 del Reg. CEE n° 136/64; Art. 6 Reg. CEE n° 192/75; art. 18 Reg. CEE n° 193/75, al respecto LOYANT, *Revue trim. de droit européen*, 1980, pág. 256 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. FLYNN, *European Law Review*, 1981, pág. 102 y ss.; DANNECKER/FISCHER-FRITSCH (nota 29), pág. 308 y ss; WAGEMANN (nota 45). pág. 118.

<sup>52</sup> Cfr. WAGEMANN (nota 45). pág. 118, con referencias.

<sup>53</sup> Decisión de la Comisión 80/1334/CEE, DOCE n° L 383/19, así ya TIEDEMANN, *NJW* 1986, pág. 1842.

<sup>54</sup> TIEDEMANN, en *Festschrift für Jescheck*, pág. 1420: también GRABITZ-KOCH, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 1983, Art. 15 Reg. n° 17 Rdnr. 46.

Fuera del campo de los delitos especiales, en el que encontramos también dificultades para delimitar el círculo de personas que actúa por empresa destinataria de la norma<sup>55</sup>, es difícil la distinción entre la autoría típica y la participación impune. Este hecho depende de si se maneja un sistema extensivo de autor o unitario, como el que existe en algunos Estados miembros, donde es considerado autor - o partícipe- el que contribuye causalmente a la realización del delito. De *lege lata*, hoy en el Derecho comunitario, al no existir una declaración expresa al respecto, y ser más conforme con el Estado de derecho un concepto restrictivo de autor, es más que dudosa la sanción de aquellas personas que no realizan el tipo.

#### **(p. 434) 5. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS Y UNIDAD ECONOMICA**

Tanto el Derecho sancionador CEE, como CEE se aplica exclusivamente a empresas, las cuales son las destinatarias de las normas de comportamiento económico y objeto de las sanciones. La introducción adicional de sanciones contra personas naturales, está próxima, al igual que en el sector agrario y pesquero, la introducción de sanciones contra las empresas además de las impuestas a los autores, personas naturales.

A la persona jurídica no sólo se le imputa, como ocurre en el § 30 OWIG, las acciones de sus órganos y representantes legales, sino la de todos aquellos que actúan por su cuenta<sup>56</sup>. En la nueva praxis comunitaria a diferencia de lo que ha ocurrido tradicionalmente -la imputación a la empresa de la culpabilidad de las personas naturales- existe una clara tendencia a declarar una culpabilidad propia de la persona jurídica, para lo que basta, de modo semejante a lo que ocurre en el Derecho civil, las reglas del tráfico ("*Verkehrsmassstab*")<sup>57</sup>. Al igual que en el § 30 OWIG cuando el representante actúa más allá de su competencia la empresa se ve libre de toda sanción.

Especialmente interesante es la construcción con relevancia para las sanciones pecuniarias, del concepto de unidad económica entre las empresas que forman un Konzern.

A través de esta construcción, que es apoyada en una dependencia general, consecuencia de una mayoría de capital, de la existencia de ordenes globales y coincidencia parcial del personal directivo o de la unidad de producción<sup>58</sup>, se ha conseguido la aplicación extraterritorial del Derecho comunitario a empresas que no pertenecen a la Comunidad europea, por ejemplo, en el caso de las "materias colorantes" y "Zoja", y que son realizados de acuerdo con la regulación de los EE.UU.<sup>59</sup>. La construcción no encuentra, sin embargo, paralelismo en el modelo alemán de contravenciones, donde podría ser basada sólo en una participación activa

**(p. 435)** (§ 14 OWIG) o en una posición de garante de la empresa madre con respecto, sólo, a las empresas filiales 100%<sup>60</sup>.

#### **V. RESUMEN Y PERSPECTIVAS**

La situación actual del Derecho penal económico con respecto a la Comunidad europea está marcada por un periodo de transición entre un amplio desinterés y la falta o el no total percibimiento de un modelo sancionador, cuyas dos características principales pueden entrecruzarse ya hoy: el desarrollo en un derecho sancionador administrativo moderno, con garantías similares a las clásicas del Derecho criminal y procesal, y la sanción de empresas, independiente de su personalidad jurídica. Ambas características pueden encontrarse en los ordenamientos jurídicos de relevantes Estados miembros, como, por ejemplo, desde la mitad de los 80, la *Autorités Administratives Indépendantes* del derecho sancionador administrativo francés. La creación de sanciones financieras, diversas y que responden a una nueva tipología, está en consonancia y corresponde con las recomendaciones del Consejo de Europa del derecho penal de las personas jurídicas<sup>61</sup>. Este sistema, palia un tanto la falta de competencias

<sup>55</sup> Cfr. TIEDEMANN, NJW 1986, pág. 1842, con referencias.

<sup>56</sup> DANNECKER/FISCHER-FRITSCH (nota 29), pág. 285 y ss.

<sup>57</sup> GRABITZ/KOCH (nota 54), Rdnr. 29 y ss.

<sup>58</sup> Extensamente RÜTSCHE, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987: sobre ello también OTTO, ZStW (1990), pág. 180 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. TIEDEMANN, NJW, 1979, pág. 1851, con referencias.

<sup>60</sup> TIEDEMANN (nota 59), pág. 1852: RENGIER, en KK-OWIG, 1989, parágr. 14 Rdnr. 67.

<sup>61</sup> Recomendación N» R(88) 18 de 20-10-88, acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, al respecto de delitos que son cometidos en el ámbito de sus negocios.

penales (*strictu sensu*) de la Comunidad. No se puede aún saber si en un futuro próximo, mediante una modificación de los Tratados, esta carencia será remediada, Constituye una situación provisional, la cual se superará cuando se posean competencias para crear un Derecho penal económico en sentido estricto, los recientes trabajos preparatorios acometidos en Alemania e Italia en pos de la asimilación, en sus sistemas penales, de los intereses comunitarios con los nacionales<sup>62</sup>, y la armonización en relación con las condiciones de protección de los valores del mercado común. Esta situación provisional, la aceptación al menos de la protección de los intereses europeos, especialmente sus intereses financieros, por parte del legislador nacional, deberá ser reemplazada, paso a paso, mediante la democratización del legislador comunitario, reforzando la intervención del Parlamento europeo, en el marco de una razonable solución supranacional. La actual activación del art. 5 TCEE, utilizado también como recurso interpretativo en la jurisprudencia del BVerfG<sup>63</sup>, recuerda, en la historia constitucional, a los medios empleados en los albores del Estado moderno para la consecución de sus fines, es típica de un período de transición y en ningún modo puede ser considerada ilegítima, **(p. 436)** en cuanto la Comunidad se adecua a las exigencias esenciales de un Estado desarrollado, ni sobre todo teniendo presente la función integradora del Derecho comunitario.

---

<sup>62</sup> Cfr. acerca de la reforma italiana JFSCHECK (nota 26), Rdnr. 103.

<sup>63</sup> BVerfGE 73, 339 (369) y en NJW 1987, 577 - Solango 11.